EUROPEES KARTELRECHT 1971-1972: KRIJGT HET KARTELMES KARTELS?¹⁾

door Prof. Mr. Drs. J. Th. Degenkamp

INHOUDSOPGAVE bij „Europees kartelrecht 1971-1972”.

1. Inleiding
2. Een overzicht van het geldend kartelrecht
 - 2.1. Een inleidende opmerking.
 - 2.2. De kartelbepalingen van het EEG-Verdrag: de artt. 85 en 86.
 - 2.2.1. Algemene uitzonderingen op (= vrijstellingen van) het kartelverbod van art. 85 lid 1.
 - 2.2.1.1. Enkele vrijstellings-verordeningen.
3. De toepassing van de Europese kartelregels.
 - 3.1. Algemene opmerkingen.
 - 3.2. Toepassing van de kartelbepalingen door het Hof.
 - 3.2.1. Het arrest De Haecht-Wilkin-Janssen.
 - 3.2.2. Enige andere belangrijke uitspraken van het Hof.
 - 3.2.2.1. Nationale industriële eigendomsrechten en Europees kartelrecht.
 - 3.2.2.2. „Onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en de extra-territoriale werking van het EEG-kartelrecht.
 - 3.2.2.3. „Zuiver” nationale kartels en EEG-kartelrecht.
 - 3.2.2.4. Concentratie van ondernemingen; misbruik van economische machtspositie?
 - 3.3. Toepassing van de kartelbepalingen door de Commissie.
 - 3.3.1. Enkele beschikkingen met betrekking tot art. 85.
 - 3.3.2. Enkele beschikkingen met betrekking tot art. 86.
4. Concentratie van ondernemingen en de controle op de concentratiebeweging; te verwachten ontwikkelingen.

1 INLEIDING

In mijn vorig overzicht van de ontwikkeling van het Europees kartelrecht wees ik er in het voorwoord op, dat de jaren 1969 en 1970 in het teken stonden van de *voltooiing* van de gemeenschappen. In aansluiting hierop kan worden gesteld, dat de jaren '71 en '72 in het teken stonden van de *uitbreiding* en van de *verdieping*.

De Tien werd niet gehaald, maar de uitbreiding van zes naar negen leden wel, waarbij vooral de intree van Groot-Brittannië van bijzonder belang is als derde „grote mogendheid” in de EEG. Met betrekking tot de verdieping van de gemeenschappen werd in het vorige overzicht reeds vermeld, dat de Raad van Ministers op 22 maart 1971 een voorstel tot verwezenlijking in etappes van een Europese Economische en Monetaire Unie had aanvaard. Tijdens de

¹⁾ Dit artikel is een vervolg op het overzicht van de ontwikkeling van het Europees kartelrecht. [Degenkamp 1971]

top-conferentie op 19 en 20 oktober 1972 te Parijs, spraken de Staatshoofden en Regeringsleiders uit, dat naar hun inzicht „voor Europa het tijdstip is aangebroken om zich terdege bewust te worden van de eenheid van zijn belangen, van de uitgestrektheid van zijn mogelijkheden en van de omvang van zijn plichten” en dat derhalve gestreefd dient te worden naar een Europese Unie voor 1980.

Intussen zijn de resultaten van de eerste etappe (de jaren 1971 tot en met 1973) op de weg naar de economische en monetaire unie niet indrukwekkend. [ESB 1973b]

De Raad van Ministers is zich steeds duidelijker gaan ontwikkelen in de richting van een intergouvernementeel orgaan, is steeds minder gemeenschapsorgaan geworden. [Theunissen 1973]

De recente olie-crisis heeft de Lid-Staten zeer duidelijk „op zich zelf teruggevoerd”; van soli(e)dariteit is in de praktijk niet zo verschrikkelijk veel te merken. De politieke integratie op gemeenschapsbasis is vermoedelijk door de oliecrisis in een (nog) lagere versnelling gezet.

De toetreding van drie nieuwe leden had tot gevolg dat overgangsbepalingen werden vastgesteld; ook voor het kartelrecht niet zonder belang, zoals uit het navolgende zal blijken. [Meij 1973]

In 1972 werd ook een jubileum gevierd. De belangrijke kartelverordening nr. 17 was op 13 maart 1972 tien jaar in werking; een jubileum waar de Rotterdamse hoogleraar in het Europees Recht [B. Baardman 1972] zijn intrede deed aan wijdde.

Dat de ontwikkeling niet stilstond, maar integendeel na deze tussenbalans een aantal flinke schokken te zien gaf zal uit het hierna volgende overzicht blijken. [Mok 1973]

Vooraf door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna aangeduid met: „het Hof”) is een aantal beslissingen genomen die van groot belang zijn voor de ondernemingen.

Het schrijven van een overzicht van de ontwikkeling van het Europees kartelrecht is een hachelijke zaak. Enerzijds is het welhaast uitgesloten volledigheid te betrachten, anderzijds is een beperking tot enkele hoofdpunten voor de lezer die de ontwikkelingen als niet-jurist op een zekere afstand volgt, weinig zinvol, als niet de achtergrond waartegen deze ontwikkelingen zich afspelen, wordt geschetst, of de mogelijkheid bestaat zich op andere wijze snel en volledig te oriënteren.

Nu bestaat sinds april 1972 deze laatste betrekkelijk eenvoudige mogelijkheid. Gehoor gevend aan een verzoek van het Europese Parlement publiceert de Europese Commissie jaarlijks een apart verslag over het gevoerde mededingingsbeleid. [Verslag 1972; Verslag 1973]

Dit overzicht kan hierdoor een ander karakter krijgen. Voornamelijk de -

naar het inzicht van de schrijver - voor de lezers van dit blad belangrijke ontwikkelingen zullen worden vermeld en van commentaar worden voorzien nadat een overzicht van de achtergrond - in casu het geldend recht - is gegeven.

Dit artikel zal bevatten:

- een overzicht van het geldend kartelrecht (paragraaf 2);
- enkele - naar het inzicht van de schrijver - belangrijke toepassingen van dit recht door het Hof en de Europese Commissie gegeven in 1971 en 1972 (paragraaf 3);
- een kort overzicht van te verwachten ontwikkelingen met betrekking tot de rechtsregels ten aanzien van concentratie van ondernemingen (paragraaf 4).

2 EEN OVERZICHT VAN HET GELDEND KARTELRECHT

2.1 Een inleidende opmerking

Het E.E.G.-kartelrecht is voor een belangrijk deel vastgelegd in de artt. 85 tot en met 90 van het E.E.G.-Verdrag en de daarop gebaseerde verordeningen. Zoals uit het navolgende zal blijken spelen echter ook de artt. 2 en 3 van het Verdrag, waarin de „beginselen” en de „doeleinden” van de gemeenschap zijn geformuleerd, bij de interpretatie van de artt. 85 e.v. door o.a. het Hof een grote rol.

Het in artikel 2 geformuleerde doel van de E.E.G. is, kort gezegd: harmonische ontwikkeling van de economische activiteit, gestage en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit en een toenemende verbetering van de levensstandaard. Als middel ter bereiking van deze doelstelling is o.a. gekozen de instelling van een gemeenschappelijke markt. Een ander middel: het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten, moet in de jaren '70 leiden tot een economische en monetaire unie. De economische unie wordt hierbij omschreven als een zone waarbinnen onder werkzame concurrentie vrij verkeer van mensen en middelen plaatsvindt, zonder onevenwichtigheden. De monetaire unie wordt omschreven als het gebied waarbinnen a.h.w. één geldeenheid functioneert (volledige inwisselbaarheid, onderling onveranderlijke vaste koersen).

Teneinde de gemeenschappelijke markt te verwezenlijken is het beleid er o.a. op gericht concurrentie-valsing in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten tegen te gaan (art. 3f E.E.G.-Verdrag). Het Hof van Justitie - de laatste en hoogste instantie met betrekking tot het vaststellen van de betekenis van de in het Verdrag (en de daarop gebaseerde verordeningen) geformuleerde rechtsregels - is van oordeel, dat art. 3f van het Verdrag een doelstelling betreft „die is terug te vinden in verschillende verdragsbepalingen, welker interpretatie door haar wordt beheerst”; Rechtsoverweging nr. 23. [Jurisprudentie 1973a; SEW 1973d]

De regels met betrekking tot de mededinging (de artt. 85 tot en met 95 van het Verdrag) worden naar het inzicht van het Hof - voor wat betreft de interpretatie - dus mede beheerst door de algemene bepalingen (de artt. 2 en 3) van het Verdrag.

In het navolgende zal de aandacht vooral gericht zijn op de regels geformuleerd in de artt. 85 en 86 en het daarop gebaseerde zgn. „secundaire verdragsrecht” (verordeningen etc.), dus de mededingingsregels die voor de ondernemingen gelden. Niët zullen worden behandeld de voorschriften met betrekking tot steunmaatregelen door de staten en de regels die gelden met betrekking tot staatsmonopolies van commerciële aard.

2.2 De kartelbepalingen van het EEG-Verdrag: de artt. 85 en 86

Art. 85 lid 1 verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, welke ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en welke de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

Lid 2 van dit art. bepaalt dat de verboden gedragingen - voor zover zij rechtshandelingen (b.v. kartelovereenkomsten) zijn - van rechtswege nietig zijn.

In lid 3 wordt de mogelijkheid geopend het verbod van lid 1 buiten toepassing te verklaren als aan bepaalde criteria is voldaan.

Artikel 86 verbiedt het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt door een of meer ondernemingen.

2.2.1 Algemene uitzonderingen op (= vrijstellingen van) het kartelverbod van artikel 85 lid 1

Zoals hiervoor werd vermeld, kan het kartelverbod van artikel 85 lid 1 buiten toepassing worden verklaard. Deze buiten toepassingverklaring kan betrekking hebben op bepaalde soorten kartels en heeft dan een *algemeen* karakter; zij kan ook betrekking hebben op een bepaald kartel en heeft dan een *individueel* karakter.

De algemene buiten toepassingverklaring wordt *vrijstelling* genoemd, de individuele *ontheffing*.

De bevoegdheid tot het vaststellen van een vrijstellings-verordening berust alleen dan bij de Commissie als zij hiertoe door de Raad van Ministers bevoegd is verklaard. De bevoegdheid tot het vaststellen van een ontheffings-beschikking berust bij de Commissie, op grond van de hierna te behandelen Verordening No. 17.

2.2.1.1 Enkele vrijstellings-verordeningen

A. Alleen-verkoopovereenkomsten

Een vrijstelling geldt voor bepaalde soorten alleen-verkoopovereenkomsten op grond van Verordening 67/67. Voorwaarde is onder andere dat niet sprake is van absolute gebiedsbescherming (dus geen import- en exportver-

boden), voorwaarde is voorts dat deze overeenkomsten gesloten zijn tussen ondernemingen in verschillende Lid-Staten.

Uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat alleen-verkoopovereenkomsten tussen ondernemingen binnen één Lid-Staat niet onder het kartelverbod kunnen vallen, noch dat dergelijke nationale kartels als zij geen betrekking hebben op im- of export gevrijwaard zijn van het kartelverbod. Het Hof is van mening dat een dergelijk kartel „naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft”. [Jurisprudentie 1972b]

Aangezien Verordening 67/67 per 31 december 1972 afliep en de Commissie van mening was dat de Verordening bevredigend had gewerkt, is de geldigheidsduur verlengd tot 31 december 1982. [PB 1972f]

B. Specialisatie-overeenkomsten

In mijn vorige overzicht [Degenkamp 1971, blz. 406] werd reeds melding gemaakt van het voorstel van de Commissie aan de Raad haar de bevoegdheid te verlenen vrijstelling te verlenen met betrekking tot bepaalde groepen specialisatie-overeenkomsten. De Raad van Ministers heeft hierop positief gereageerd, waarna de Commissie deze verordening heeft vastgesteld. [PB 1972g]

De vrijstelling betreft uitsluitend specialisatie-overeenkomsten ten aanzien van de technische productie. Specialisatie ten aanzien van de verkoop en ten aanzien van het verlenen van diensten valt buiten de vrijstelling. De vrijstelling is alleen van toepassing als de producten waarop de productie-specialisatie betrekking heeft in geen Lid-Staat meer dan 10% van de totale omzet in gelijke of gelijksoortige producten uitmaakt en als de totale omzet van de aan de specialisatie-overeenkomst deelnemende ondernemingen - met inbegrip van de aan deze ondernemingen verbonden ondernemingen - niet meer dan 150 miljoen rekeneenheden bedraagt.

3 DE TOEPASSING VAN DE EUROPESE KARTELREGELS

3.1 Algemene opmerkingen

Het in art. 85 geformuleerde verbod kan worden toegepast op de in lid 1 omschreven gedragingen, minus de groepen gedragingen die op grond van de in 2.2.1.1 omschreven vrijstellingen niet aan het kartelverbod zijn onderworpen.

Bij de toepassing door overheidsorganen speelt de Europese Commissie een centrale rol; wordt daarbij gecontroleerd door het Hof. Ook de nationale autoriteiten spelen bij de toepassing een rol.

In Verordening nr. 17 (de kartelverordening) is de toepassing van de kartelbepalingen van het Verdrag nader geregeld.

Deze verordening bevat o.a.:

- een regeling m.b.t. de bevoegdheden van de Commissie;
- een afbakening van de bevoegdheden van de Commissie in verhouding tot die van de nationale autoriteiten (w.o. de nationale rechter);

m a b blz. 488

- criteria op grond waarvan zg. „lichte” en „zware” kartels worden onderscheiden;
- overgangsregelingen voor „oude” (= op het tijdstip van inwerkingtreding van Verordening 17: 13 maart 1962, bestaande) kartels.

Tot de bevoegdheid van de Commissie behoort het vaststellen van:

- 1 *verbodsbeschikkingen*. De Commissie kan daarnaast een boete opleggen, kan voor de toekomst een bepaald gedrag voorschrijven aan degene tot wie de beschikking is gericht (de zg. injunction), en kan de naleving van dit gebod afdwingen door middel van het opleggen van een dwangsom.
- 2 *ontheffingen*. Voor sommige kartels - de zg. „zware” - is aanmelding een noodzakelijke voorwaarde voor het verlenen van een ontheffing.
- 3 *negatieve verklaringen*. Stelt de Commissie een dergelijke verklaring vast, dan beslist zij dat of naar haar inzicht art. 85 niet van toepassing is of dat art. 85 wel van toepassing is, maar dat zij (de Commissie) niet van plan is tegen het kartel op te treden.

Op grond van art. 9 lid 3 van Verordening nr. 17 blijven de nationale autoriteiten bevoegd het kartelverbod toe te passen, en dus bijvoorbeeld kartels nietig te verklaren, „zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid”. In 1970 [Jurisprudentie 1970a] heeft het Hof expliciet beslist dat de nationale rechter behoort tot de nationale autoriteiten genoemd in dit artikel.

Art. 4 van de verordening nr. 17 stelt voor sommige kartels de aanmelding als noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen verlenen van een ontheffing van het kartelverbod door de Commissie (de „zware” kartels). Voor andere kartels - de zogenaamde „lichte” kartels - geldt deze „verplichting” (= noodzakelijke voorwaarde voor het verlenen van een ontheffing) niet.

Tot deze lichte kartels behoren mededingingsregelingen tussen ondernemers in een Lid-Staat, die niet betreffen import of export van die staat; octrooi-, merk-, licentie- en know how-overeenkomsten; individuele verticale prijsbindingsregelingen; research- en ontwikkelingsovereenkomsten; en - sinds eind 1971 [Pb 1971b] - sommige productie-specialisatie-overeenkomsten gesloten door kleine en middelgrote ondernemingen.

Zware kartels zijn alle niet-lichte kartels. Verordening nr. 17 bevat ten slotte overgangsregelingen met betrekking tot zogenaamde oude en nieuwe kartels.

Tot voor kort behoorden tot de categorie oude kartels uitsluitend die welke bestonden op het moment van inwerkingtreding van verordening nr. 17 (13 maart 1962); als gevolg van de toetreding van de drie nieuwe leden is een nieuwe groep oude kartels ontstaan waarvoor ook een overgangsregeling geldt.

Deze groep bestaat uit de kartels die gesloten zijn voor 1 januari 1973 en die ten gevolge van de toetreding onder de kartelbepalingen van het EEG-Verdrag vielen.

Uit het navolgende zal blijken dat thans het onderscheid oud-nieuw voor wat

betreft de positie van de kartelgenoten in veel gevallen van groter belang is dan het onderscheid licht-zwaar.

Ten aanzien van de toepassing door de nationale rechter en de Commissie fungeert het Hof als betekenisvaststeller in hoogste instantie. Wordt in beroep gegaan tegen een beschikking van de Commissie, dan beoordeelt het Hof de door de Commissie gegeven beschikking; wordt aan een nationale rechter verzocht de kartelbepalingen van het EEG-Verdrag toe te passen, dan fungeert het Hof als betekenisvaststeller in hoogste instantie; de beslissing wordt - binnen het kader van de door het Hof gegeven interpretatie - gegeven door de nationale rechter.

Art. 177 van het EEG-Verdrag bepaalt hieromtrent dat nationale rechterlijke instanties „indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk achten” het Hof *kunnen* verzoeken een zogenaamde interpretatieve (pre-judiciële) uitspraak te doen.

Is de nationale rechterlijke instantie de hoogste nationale rechter, dan bestaat een *verplichting* een interpretatieve uitspraak te vragen.

3.2 Toepassingen van de kartelbepalingen door het Hof

Uit het voorgaande blijkt dat een ménagerie à trois een rol speelt bij de toepassing van de mededingingsregelingen: Hof, Commissie en nationale rechter.

Het Hof heeft hierin een laatste en hoogste instantie-bevoegdheid voor wat betreft het vaststellen van de betekenis van de regels, de Commissie heeft het monopolie m.b.t. de ontheffingen en de nationale rechter heeft de bevoegdheid tot nietigverklaring zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid. Deze merkwaardige mengeling van bevoegdheden heeft een groot aantal problemen doen ontstaan. Belangrijkste vraag werd: is een kartel dat onder artikel 85 lid 1 valt, geldig of niet (vast te stellen door nationale rechter) zolang de Commissie geen uitspraak heeft gedaan? Met andere woorden: in welke gevallen werkt het kartelverbod van art. 85 lid 1 *rechtstreeks*? Aangezien deze vraag een centraal probleem vormt voor het Europese kartelrecht zal hierna (onder 3.2.1.) eerst een uitspraak van het Hof hieromtrent worden behandeld; in de volgende paragraaf 3.2.2. zullen enkele andere uitspraken van het Hof aan de orde komen.

3.2.1 Het arrest *De Haecht-Wilkin-Janssen* [Jurisprudentie 1973b]

Het „dilemma” - enerzijds nietigheid van rechtswege op grond van kartelverbod (art. 85 lid 1), anderzijds mogelijkheid van buiten toepassingverklaring van dit verbod (art. 85 lid 3) - werd tot voor kort door het Hof „opgelost” door in vele gevallen te stellen dat sprake was van zogenaamde „*voorlopige geldigheid*”, waardoor voor de „automatische” nietigheids-sanctie van rechtswege weinig ruimte overbleef.

Kort geleden [Jurisprudentie 1973b] heeft het Hof echter bovengenoemd arrest gewezen dat - hoewel het buiten de periode 71/72 valt - toch als eerste aan de orde zal worden gesteld.

Tot aan deze uitspraak van het Hof kon worden gesteld dat oude aangeelde zware kartels en oude en nieuwe lichte kartels voorlopig geldig waren totdat de Commissie een uitspraak had gedaan.

De nietigheids-sanctie van art. 85 lid 2: „Verboden overeenkomsten of besluiten zijn van *rechtswege* nietig”, kon - door deze interpretatie van het Hof - slechts door de nationale rechter ten aanzien van een klein gebied worden toegepast, namelijk ten aanzien van nieuwe zware en niet-aangemelde kartels.

De rechtspositie van nieuwe (na 13 maart 1962 tot stand gekomen) zware kartels die aangemeld waren, was onzeker.

Deze voor kartelgenoten gunstige interpretatie²) motiveerde het Hof met een verwijzing naar de rechtszekerheid. De ondernemingen hadden (en hebben: J.Th.D) geen (officiële) invloed op de snelheid van besluitvorming van de Commissie. Het risico dat de Commissie op een verzoek tot buiten toepassingverklaring zou reageren of spontaan (in geval van lichte kartels) een verbod zou opleggen, werd door het Hof niet op de ondernemingen gelegd: *totdat* de Commissie optrad kon in beginsel worden uitgegaan van de *voorlopige geldigheid* van het kartel; als de Commissie optrad, werkte de nietigheid terug tot het tijdstip waarop het verbod gegeven was.

In het arrest van 6 februari 1973 is het Hof een andere koers gaan varen: de - tot dan toe - onzekere rechtspositie van nieuwe zware kartels werd nader geconcretiseerd: het Hof besliste dat aan dergelijke kartels „slechts voor risico van de partijen uitvoering kan worden gegeven”; de nationale rechter kan dus de nietigheid vaststellen!

Het Hof stelt dat het beginsel van de rechtszekerheid weliswaar eist dat bij de toepassing van het kartelverbod rekening moet worden gehouden met de duur van de procedure van de Commissie, maar stelt verder dat „zulks de rechter niet vermag te ontheffen van de verplichting recht te doen aan de justiciabelen die de nietigheid van rechtswege inroepen” (rechtsoverweging 11).

Het Hof stelt in de daarop volgende rechtsoverweging dat als aan de nationale rechter toepassing van art. 85 wordt verzocht, hij kan beslissen:

- gebruik te maken van de bevoegdheid ex art. 177 van het Verdrag een pre-judiciële beslissing te vragen aan het Hof;
- dat het kartel niet valt onder de werkingssfeer van art. 85 omdat het de mededinging of de handel tussen de Lid-Staten niet „merkbaar” ongunstig beïnvloedt; of
- dat „de onverenigbaarheid van het kartel met artikel 85 niet in twijfel kan worden getrokken” en dus de nietigheid vaststellen, een uitspraak die terugwerkt voor oude kartels tot 13 maart 1962 en voor nieuwe kartels tot het tijdstip van het sluiten van de kartelovereenkomst.

Aanmelding van kartels heeft geen schorsende werking meer, het nietigheidszwaard hangt boven de kartelpartners met alle gevolgen van dien. Als de rechter de nietigheid vaststelt: men (de kartelgenoten) kan elkaar niet op grond van wanprestatie aanspreken bij niet-naleving van de kartelregels; een derde die bijvoorbeeld gebruik maakt van wanprestatie van een van de kartel-

²) Door het Hof vastgelegd in de arresten: De Geus-Bosch en Van Rijn; Portelange-Smith Corona Marchant International; Bilger-Jehle; en Rochas-Bitsch. [Jurisprudentie 1962; 1969; 1970a; 1970b]

partners, kan niet met behulp van de onrechtmatige daadsactie „tot de orde” worden geroepen, etcetera, etcetera.

In rechtsoverweging 13 stelt het Hof dat de voorgaande overwegingen zowel voor *zware* als voor *lichte* kartels gelden „daar een dergelijke vrijstelling (van aanmelding-J. Th. D.) slechts een niet-beslissende aanwijzing geeft dat de betrokken kartels in het algemeen minder schadelijk zijn voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt”. „Oud-nieuw” is derhalve - zoals reeds hiervoor werd gesteld - een belangrijker onderscheid dan „zwaar-licht”.

Samenvattend kan de juridische positie van kartels na dit arrest als volgt worden weergegeven:

Oude Kartels (voor de zes van de EEG-overeenkomsten gesloten vóór 13 maart 1962, voor de negen van de EEG-overeenkomsten gesloten vóór 1 januari 1973)

Aanmeldingsbehoefstig in verband met mogelijke vrijstelling (zwaar) en niet aangemeld: nietig vanaf respectievelijk 13 maart 1962, 1 januari 1973. Zware aangemelde en lichte kartels: *geldig tot* (= voorlopig geldig) eventueel verbod door Commissie (de beschikking van de Commissie werkt terug tot 13 maart 1962, respectievelijk 1 januari 1973).

Nieuwe Kartels

Zwaar en niet-aangemeld: nietig vanaf het tijdstip van het sluiten van de kartelovereenkomst.

Zware aangemelde en lichte kartels: niet voorlopig geldig: de nationale rechter *kan* de nietigheid vanaf het moment van het sluiten van de kartelovereenkomst vaststellen zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid.

Het oprichten van een kartel waarop art. 85 van toepassing kan worden geacht is door de uitspraak van het Hof nu dus met meer risico's omgeven: zelfs lichte kartels zijn niet meer voorlopig geldig. [ESB 1973a; SEW 1973b]

3.2.2 Enige andere belangrijke uitspraken van het Hof van Justitie

Naast het hiervoor behandelde arrest zijn door het Hof in de jaren 71-72 ten aanzien van de artikelen 85 en 86 nog enige andere belangrijke uitspraken gedaan.

Deze uitspraken betreffen de volgende probleemgebieden:

- de verhouding nationale industriële eigendomsrechten en Europees kartelrecht (3.2.2.1);
- onderling afgestemde feitelijke gedragingen (art. 85 EEG-Verdrag 3.2.2.2);
- nationale kartels en EEG-kartelrecht (3.2.2.3);
- concentratie van ondernemingen, misbruik van economische machtsposities (3.2.2.4).

3.2.2.1 Nationale industriële eigendomsrechten en Europees kartelrecht

Een bijzonder probleemgebied vormt de verhouding van de Europese mededingingsregels tot de zogenaamde industriële en intellectuele eigendomsrechten (merkrechten, octrooirechten en daarmee verwante subjectieve rechten).

Deze rechten verlenen in beginsel bescherming voor een nationaal gebied ten behoeve van de rechthebbende of degenen die een van het oorspronkelijke recht afgeleid recht hebben verkregen (bijvoorbeeld een licentiehouder), en kunnen derhalve nationale grenzen binnen de Euromarkt doen ontstaan, kunnen absolute nationale gebiedsbescherming verschaffen aan de gerechtigde.

In 1966 reeds besliste het Hof in het befaamde Grundig-Consten arrest [Jurisprudentie 1966] dat een *merkrecht* niet kan worden gebruikt om parallelimporten (importen verricht door een niet-merkgerechtigde) te weren. In het Sirena-Eda arrest [Jurisprudentie 1971a] werd dit beleid gecontinueerd en besliste het Hof dat het kartelverbod van toepassing is op het door middel van een beroep op het merkrecht weren van parallelle importen. Ten aanzien van *octrooirechten* besliste het Hof in 1968 [Jurisprudentie 1968] dat de artikelen 85 en 86 octrooirechten in hun „bestaan” niet raken en dat de uitoefening van die rechten „op zich zelf” niet verboden is. Beslist werd dat een octrooihouder met behulp van zijn recht importen mag tegenhouden van producten die in het importerende land onder zijn octrooi vallen, maar die in het exporterende land niet kunnen worden geoctrooieerd.

In het arrest Deutsche Grammophon/Metro SB Groszmärkte [Jurisprudentie 1971b] besliste het Hof naar aanleiding van een hem voorgelegde prejudiciële vraag dat de rechthebbende op een exclusief recht ten aanzien van geluidsdragers - i.c. een grammofoonplatenuitgever die naar Duits recht een op het *auteursrecht* gelijkend recht heeft - in strijd handelt met de mededingingsbepalingen van het EEG-Verdrag als hij, door gebruik making van zijn „auteursrecht” tracht te verhinderen dat import plaats vindt uit landen waar de producten door hemzelf of door anderen met zijn toestemming (i.c. door een dochteronderneming) in de handel zijn gebracht.

De uitoefening van een industrieel of intellectueel eigendomsrecht valt onder het verbod van art. 85 lid 1 wanneer door middel van dit recht nationale grensbarrières worden opgericht. Het „bestaan” van deze rechten wordt dus in zoverre aangetast dat als gevolg van de kartelbepalingen sommige gedragingen van de gerechtigden verboden worden; octrooirechten komen er daarbij in verhouding zonder kleerscheuren af tot nu toe!

3.2.2.2 „Onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en de extra-territoriale werking van het EEG-kartelrecht; (de aniline-arresten) [Jurisprudentie 1972a]

Art. 85 lid 1 verbiedt naast de „echte” kartels (gebaseerd op een kartelovereenkomst of op een rechtshandeling waarbij bijvoorbeeld een kartelvereniging in het leven is geroepen) ook „onderling afgestemde feitelijke gedragingen”.

In 1969 had de Commissie verbodsbeschikkingen gericht tot en geldboetes opgelegd aan een aantal kleurstoffen-fabrikanten wegens inbreuken op art. 85 lid 1 door onderling afgestemde prijsverhogingen in 1964, 1965 en 1967. De ondernemingen zijn in beroep gegaan en deze beroepen zijn - voor wat

betreft de hoofdzaak, de vraag of hun gedrag strijd opleverde met het bepaalde in art. 85 lid 1 - door het Hof verworpen.

Ook aan ondernemingen gevestigd buiten de EEG werden door de Commissie boetes opgelegd.

In beroep besliste het Hof dat parallel gedrag (i.c. algemene en uniforme prijsverhogingen) niet gelijk gesteld mag worden met onderling afgestemd gedrag, maar een aanwijzing voor zodanig gedrag kan opleveren als dit gedrag leidt tot marktvoorwaarden die afwijken van de „normale”; dit is in het bijzonder het geval - aldus het Hof - wanneer het parallel gedrag de betrokkenen in staat stelt de prijzen en hun relatieve marktpositie te brengen op een niveau dat afwijkt van de situatie waarin sprake is van daadwerkelijke concurrentie.

Het Hof was van mening dat de marktpositie van de betrokken ondernemingen afzonderlijk zo sterk was dat enkele van hen een algemene prijsbeweging omhóóg niet hadden behoeven volgen teneinde bij voorbeeld hun marktaandeel te vergroten. Ook de bestaande opdeling van de gemeenschappelijke markt in vijf nationale markten met eigen structuur, maakt volgens het Hof spontane en identieke prijsverhogingen onwaarschijnlijk.

Een oligopolist mag zich even verstandig gedragen als hij is, mag dus rekening houden met reacties op zijn marktgedrang van zijn collegae op de markt, mag echter niet samen met zijn „concurrenten” een gedragslijn vastleggen ten aanzien van deze reacties op elkaars marktgedrag.

In deze kleurstoffen-arresten is tevens de vraag omtrent de mogelijke extra-territoriale werking van het Europees kartelrecht aan de orde gekomen. Drie ondernemingen niet gevestigd binnen de EEG (onder andere in Zwitserland) betwistten de bevoegdheid van de Commissie boetes op te leggen voor handelingen buiten de gemeenschap begaan. Hieromtrent besliste het Hof dat deze ondernemingen het marktgedrag van hun - binnen de EEG opererende - dochterondernemingen dwingend vaststelden en dat deze dochters binnen de EEG ageerden; de „feitelijke” beslissingsmacht werd derhalve door het Hof doorslaggevend geacht³). Betrokkenen hebben zich - volgens het Hof - wel schuldig gemaakt aan onderling afgestemde gedragingen *binnen* de gemeenschappelijke markt; van „echte” extra-territoriale werking is - door de gegeven interpretatie van het Hof - in dit geval dus geen sprake.

3.2.2.3 „Zuiver” nationale kartels en EEG-kartelrecht (het *Vereniging van Cement*) *H(andelaren)-arrest* [Jurisprudentie 1972b; SEW 1973a]

Cement is kennelijk niet alleen in staat een hecht verband tussen stenen te leggen maar ook tussen vervaardigers en handelaren. Ten aanzien van beide groepen is in het verleden sprake geweest van botsing met het Europees kartelrecht.

Het belang van het VCH-arrest berust op de omstandigheid dat het Hof heeft beslist dat ook een nationaal kartel - i.c. de Vereniging van Cement-

³) Een beslissing in dezelfde zin werd gegeven in de zaak *Béguelin-Import Export Nice*. [Jurisprudentie 1971c]

handelaren - met uitsluitend Nederlandse leden, de handel *tussen* de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en dus kan vallen onder het verbod van art. 85 lid 1.

Het Hof besliste (rechtsoverweging 29): „dat een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde vervlechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft”.

In rechtsoverweging 30 besliste het Hof dat de over en weer binding van de leden plus het verbod tot verkoop aan door de Vereniging niet-erkende wederverkopers het opereren van niet-Nederlandse producenten of handelaren op de Nederlandse markt bemoeilijkt.

Voorts stelde het Hof dat een sluitend en strak opgezet systeem van richtprijzen ongeoorloofd is, aangezien „de deelnemers hierbij met een redelijke mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen;” (rechtsoverwegingen 21 en 25).

Beslissend is ook hier - evenals in de hiervoor behandelde aniline-arresten dat de marktgenoten de onzekerheid ten aanzien van elkaars reacties op de markt niet mogen elimineren.

Conclusie: ook zuiver nationale kartels kunnen onder het verbod van art. 85 vallen! ⁴⁾

3.2.2.4 Concentratie van ondernemingen; misbruik van economische machtspositie? (het Continental Can-arrest) [Jurisprudentie 1973a; SEW 1973c; van der Esch 1973; de Jong 1973]⁵⁾

Ook het Continental Can-arrest valt strikt genomen buiten de gekozen periode 1971-1972, maar zal toch vanwege het grote belang voor zowel economen als juristen worden behandeld. De kernvraag is: kan concentratie van ondernemingen door bijvoorbeeld overname het (verboden) misbruik maken van economische machtspositie opleveren?

Art. 86 van het EEG-Verdrag bepaalt immers dat het misbruik maken van een machtspositie verboden is.

Jarenlang is door juristen en economen gestreden over de vraag of concentratie van economische macht bij gebruikmaking van het ene middel (i.c. kartelvorming) verboden was, en bij gebruikmaking van een ander middel (bijvoorbeeld door overname of fusie van ondernemingen) geoorloofd (= niet verboden) was (de dubbele standaard).

Door velen werd verdedigd dat deze dubbele standaard gold: concentratie in de kartelvorm is in beginsel verboden, concentratie door middel van fusie of overname is in beginsel niet verboden. Het Hof heeft op deze vragen in het Continental Can-arrest een ondubbelzinnig antwoord gegeven: „dat de artikelen 85 en 86 op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instand-

⁴⁾ Zie voor een overzicht van de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak-ontwikkeling L. De Gryse. [1973]

⁵⁾ Een volledig overzicht van alle tekorten - inclusief de pleidooien van de raadslieden - geeft A. H. Hermann. [1973]

houding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt;

dat de beïnvloeding van de mededinging, 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; dat bij ontbreken van uitdrukkelijke voorschriften niet mag worden aangenomen dat het Verdrag, dat in art. 85 bepaalde besluiten van gewone ondernemersverenigingen, waardoor de mededinging wordt beïnvloed maar niet uitgeschaeld, verbiedt, daarentegen in art. 86 zou gedogen dat ondernemingen, na een organische eenheid tot stand te hebben gebracht, een zodanige machtspositie gaan innemen dat elke serieuze concurrentiemogelijkheid in wezen wordt uitgesloten;

dat een zo uiteenlopende juridische behandeling in de mededingingsregels als geheel een bres zou slaan, die de goede werking van de gemeenschappelijke markt in gevaar zou kunnen brengen;

dat immers, indien het ter omzeiling van de in artikel 85 vervatte verboden voldoende zou zijn om bij de afspraken een zodanige toenadering tussen de ondernemingen tot stand te brengen, dat zij aan de toepassing van dit artikel ontsnappen zonder binnen het bereik van artikel 86 te komen, het geoorloofd zou worden in strijd met de grondbeginselen van de gemeenschappelijke markt een wezenlijk deel dier markt af te grendelen”.

De dubbele standaard is hiermede expliciet verworpen; schrijver dezes verheugt zich daarover [SEW 1967; de Richemont 1971; OECD 1970]

Nochtans werd de verbodsbeschikking van de Commissie na ingesteld beroep door Continental Can door het Hof vernietigd. De feitelijke gronden en beoordelingen waar de Commissie haar beschikking op had gefundeerd waren naar het inzicht van het Hof „niet genoegzaam aangetoond”.

Hoe lagen de zaken?

Europemballage - Europese dochter van de Amerikaanse Continental Can Company - verwierf 80% van de aandelen en converteerbare obligaties van de Nederlandse onderneming Thomassen & Drijver-Verblifa NV.

Op 9 december 1971 nam de Commissie een beschikking tegen Continental Can waarin werd gesteld dat deze overname in strijd met artikel 86 werd geacht. Continental Can ging van deze beschikking in beroep bij het Hof. Naar het inzicht van Continental Can was er geen sprake van misbruik van machtspositie in de zin van art. 86.

Hieromtrent besliste het Hof dat er sprake kan zijn van misbruik van machtspositie (rechtsoverweging 26): „... indien een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, d.w.z. slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming”; gesproken zou kunnen worden van een „quasi-monopolie” of „market-leadership”. Dat de Commissie uiteindelijk verloren heeft op „feitelijke gronden”, is m.i. vermoedelijk voor een deel verklaarbaar uit de door de Commissie zelf gekozen enge interpretatie van art. 86. In overeenstemming

met een reeds in 1966 gepubliceerd voorlopig standpunt [Concurrentie 1966] had de Commissie haar beschikking gebaseerd op de motivering dat van misbruik sprake is als door de concentratie de concurrentie „praktisch wordt uitgeschakeld” en dus niet reeds als sprake is van market-leadership.

Het Hof is van mening dat, als de Commissie haar beschikking grondt op een dergelijke „volledige” uitschakeling, hoewel „een zo restrictieve voorwaarde als de uitschakeling van elke mededinging niet in alle gevallen geldt”, de Commissie de plicht heeft voldoende gronden aan te voeren of althans dient te bewijzen „dat de mededinging zo wezenlijk werd beïnvloed dat de overblijvende concurrenten geen toereikend evenwicht konden vormen” (rechtsoverweging 29). De Commissie heeft het dus wellicht voor een deel aan zichzelf te wijten dat zij „op punten” verloor!

De relevante markt

In de overwegingen van het Hof speelt de bepaling van *de betrokken markt* (the relevant market) een belangrijke rol.

De betekenisvaststelling van dit begrip is een van de meest controversiële kwesties in het economisch recht. In Amerika is deze problematiek gekoppeld aan o.a. de Clayton Act die fusies verbiedt „where in *any line of commerce* in any section of the country the affect of such acquisition may be to lessen competition . . .” (Section 7). In de US versus Continental Can-zaak besliste het Supreme Court dat de overname van Hazel-Atlas Co. (glasverpakkingen) door Continental Can (blikverpakkingen) in strijd was met Section 7 ondanks het feit dat „the interchangeability of use may not be so complete and the cross-elasticity of demand not so immediate as in the case of most intra-industry mergers”. [OECD 1970; Boukema 1973]

Het Europese Hof stelt vast (rechtsoverweging 32) dat voor de beoordeling van de machtspositie van een van de dochters van Continental Can - namelijk Schmalbach-Lubecawerke - „de begrenzing van de *betrokken markt* van essentieel belang is, daar de concurrentiemogelijkheden slechts kunnen worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken der onderhavige producten, waardoor zij bijzonder geschikt zijn om in een *constante behoefte te voldoen* (cursief J. Th. D.) en slechts in geringe mate *met andere producten verwisselbaar* (cursief J. Th. D.) zijn”.

In de beschikking van de Commissie waren drie markten onderscheiden:

- 1 een markt van lichte verpakkingen voor vleesconserven;
- 2 een markt van lichte verpakkingen voor visconserven;
- 3 een markt van metalen deksels.

Het Hof stelt vast dat door de Commissie niet is aangegeven waardoor deze markten zich van elkaar onderscheiden - de markten 1, 2 en 3 kunnen dus één markt vormen -; noch wordt door de Commissie aangegeven waarom de markten 1, 2 en 3 geen deelmarkt vormen van „de algemene markt voor licht metalen verpakkingen, met name de metalen verpakkingen voor groenten- en fruitconserven, gecondenseerde melk, olijfolie, vruchtesappen en chemisch-technische producten” (rechtsoverweging 33).

Het Hof stelt vast dat „de betrokken producten immers slechts dan kun-

nen worden geacht een afzonderlijke markt te vormen, indien zij niet alleen zijn te individualiseren door het enkele feit dat zij voor de verpakking van bepaalde producten worden gebruikt, maar tevens op grond van bijzondere productiekenmerken waardoor zij specifiek geschikt zijn voor deze bestemming”.

Het Hof is van oordeel dat sommige delen van de beschikking de gedachte doen opkomen dat de algemene markt voor lichtmetalen verpakkingen ook naar het inzicht van de Commissie de relevante markt is; als gevolg hiervan kleeft aan de beschikking „een fundamentele onzekerheid”. Deze onzekerheid blijkt - zoals het Hof in overweging 35 stelt - ook uit de omstandigheid dat de Commissie in de bestreden beschikking enerzijds stelde dat toetreding tot de markt door buitenstaanders gezien de technische voorsprong van de Continental-groep en in aanmerking genomen de daartoe benodigde investeringen, onmogelijk was; anderzijds in de beschikking werd vermeld dat een conservenfabriek door middel van een dochter-onderneming „zelf” verpakkingen was gaan vervaardigen.

Het Hof komt op grond van deze overwegingen tot de conclusie dat de „feitelijke grondslag” onvoldoende is aangetoond en vernietigt de beschikking.

Conclusie

Ondanks het verlies van de Commissie is deze beslissing van het Hof van het grootste belang. De door het Hof gekozen betekenis van artikel 86 maakt het mogelijk *achteraf* op te treden tegen concentraties in de vorm van fusie of overname.

Het ziet ernaar uit dat de „relevante markt”-literatuur door deze uitspraak snel in omvang zal toenemen. Hierbij dient door economen te worden bedacht dat datgene wat door het Hof „relevante (betrokken) markt” wordt *genoemd* relevante markt *is*. Kritiek van economen op de door het Hof gekozen criteria heft het bindend karakter van de genomen beslissing niet op. De beslissing van het Hof dat in een bepaald geval sprake is van één markt is een *vaststelling*, géén *voorstel*. Men zou kunnen stellen dat hier sprake is van „black magic”: de uitspraak van de rechter heeft tot gevolg dat een bepaald feit (in de rechtswerkelijkheid) *ontstaat*.

De Commissie heeft in de Continental Can-zaak wel haar spel gered, maar de wedstrijd verloren. Het spel wordt verder gespeeld en door de Commissie zijn voorstellen geformuleerd die het de Commissie mogelijk moeten maken ook *preventief* controle uit te oefenen op de zich nog steeds in versneld tempo doorzettende concentratiebeweging.

3.3 Toepassing van de kartelbepalingen door de Commissie; enkele beschikkingen

De relatieve verscherping van het kartelbeleid - ingezet medio 1972 - uit zich ook in de beschikkingspraktijk van de Commissie. De absoluut hoogste boete tot nu toe valt net buiten de beschreven periode: op 2 januari 1973 werd aan een aantal suiker-industrieën voor in totaal 9 miljoen rekeneenheden boeten opgelegd!

Binnen de door ons gekozen periode valt wèl een boete van 60.000 reken-

eenheden opgelegd aan WEA-Filipacchi Music SA te Parijs (grammofoonplatenfabrikant, o.a. exclusief contract met de Rolling Stones, 51% dochter van Warner Brothers en voor 39% in handen van de bank Rothschild; de werkelijkheid overtreft soms alle verbeelding!), de boete bedraagt - naar door de Commissie wordt medegedeeld [PB 1972h] - meer dan 1% van de omzet van de betrokken onderneming. Het betrof hier een geval van nationale marktafgrendeling door middel van export-verboden opgelegd aan afnemers (een zogenaamd Grundig-Consten-geval).

In het navolgende zullen enkele beschikkingen van de Commissie summier worden behandeld; slechts een beperkte keuze kan worden gedaan uit de door de Commissie in 1971 vastgestelde 21 beschikkingen en de in 1972 vastgestelde 15 beschikkingen.

3.3.1 Enkele beschikkingen met betrekking tot art. 85

Ten aanzien van een verkoopkantoor voor de export opgericht door Duitse fabrikanten dat vooral gericht was op de Benelux-markt is door de Commissie een verbodsbeschikking gegeven [PB 1972b]. Naar het inzicht van de Commissie was er wel sprake van verbetering van de afzet, maar de „prijs” werd te hoog geacht: totale uitschakeling van de onderlinge concurrentie op de exportmarkt aangezien verkoopkantoor prijzen en quota kon vaststellen en voorts alleen wederverkoper was op de betrokken markt.

Anderzijds is door de Commissie een negatieve verklaring gegeven aan een aantal kleine en middelgrote ondernemingen die een gelijksoortige export-verkooporganisatie hadden opgezet aangezien hier - naar het inzicht van de Commissie - niet sprake was van „merkbare beperking van de mededinging” [PB 1972a].

In de bouw-sector werd in 1972 onder andere ingegrepen bij beschikking van 22 december 1972 [PB 1972h] tegen de Vereniging van Groothandelaren in sanitaire artikelen (GISA), die meer dan 75% van de binnenlandse verkoop controleerde. Groothandelaren - lid van de Vereniging - waren verplicht een bepaald deel van hun aankopen bij Nederlandse fabrikanten te doen; hetgeen volgens de Commissie strijdigheid opleverde met art. 85. De acties van de Commissie tegen de overeenkomst van de GISA met de Nederlandse fabrikanten (Fabrisan) en met de verenigingen van installateurs hadden succes: de overeenkomsten werden door partijen ontbonden, nadat de Commissie de procedure had ingeleid; een beschikking was dus niet meer nodig. Belangrijke ontheffingen zijn onder andere verleend in de sector specialisatie-overeenkomsten [PB 1972c; 1972d; 1972e] een samenwerkingsvorm waar de Commissie in beginsel positief tegenover staat.

3.3.2 Enkele beschikkingen met betrekking tot art. 86

Art. 86 - dat misbruik maken van economische machtsposities verbiedt - is pas in 1971 door de Commissie voor de eerste maal toegepast tegen de GEMA [PB 1971a].

Deze Duitse BUMA-organisatie had de leden (tekstdichters, componisten en uitgevers van muziek) praktisch voor het leven in de „houd”-greep; voorts was van enige discriminatie ten opzichte van buitenlanders sprake.

De GEMA was in Duitsland monopolist en maakte - naar het inzicht van de Commissie - door de onder andere hiervoor vermelde gedragingen misbruik van haar machtspositie.

Ten aanzien van de Continental Can beschikking van de Commissie moge worden verwezen naar het hiervoor behandelde arrest van het Hof van Justitie.

Eind 1972 werd door de Commissie vastgesteld dat sprake is van misbruik van een machtspositie als een onderneming met een feitelijk monopolie (i.c. Commercial Solvents Corporation (CSC) en haar Italiaanse dochter (ICI) de leveranties aan afnemers-ondernemingen staakt. CSC is feitelijk monopolist op de wereldmarkt van nitropropan en aminobutanol (halffabrikaten voor de productie van een TBC-bestrijdingsmiddel: Ethambutol).

CSC leverde via de dochter ICI gedurende een periode van vier jaar (1966-1970) grote hoeveelheden aan de Italiaanse firma ZOJA. Na een mislukte poging tot overname van ZOJA verplichtte CSC haar dochter ICI zelf het geneesmiddel te gaan verhandelen. ZOJA zag zich van de markt „gedrukt” en diende april 1971 een klacht in bij de Commissie. De Commissie is van mening dat zowel CSC als ICI misbruik hebben gemaakt van een machtspositie en heeft beide ondernemingen bevolen - onder oplegging van een dwangsom - de leveranties aan ZOJA te hervatten.

In dit geval werden de moeder (CSC) en de dochter (ICI) gezien als één economische beslissingseenheid,⁶⁾ als één onderneming, aangezien CSC de meerderheid van de aandelen in ICI had en voorts allerlei personele unies in het bestuursvlak bestonden.

4 CONCENTRATIES VAN ONDERNEMINGEN EN DE CONTROLE OP DE CONCENTRATIEBEWEGING; TE VERWACHTEN ONTWIKKELINGEN

In het eerste verslag over het mededingingsbeleid wordt door de Commissie medegedeeld dat in de jaren 1970-1971 een studieprogramma is opgezet om empirische gegevens te verkrijgen omtrent het concentratieverschijnsel [Verslag 1972, blz. 169]. Voorlopige conclusie van het onderzoek is dat een versneld proces van concentratie optreedt binnen de EEG; het aantal besluitvormings-centra ten aanzien van de productie neemt af. Het aantal concentraties door fusies (door middel van overname van meer dan 50% van de aandelen) bedroeg in 1970 het drievoudige van het aantal in 1962. Als gevolg van de toenemende concentratie kan de „werkzaamheid” van de mededinging afnemen.

⁶⁾ Zie hieromtrent ook de Christiani en Nielsen-beschikking [Degenkamp 1971, blz. 404], de Kodak-beschikking [PB 1970]. Deze opvatting van de Commissie is bevestigd door het Hof in de zaak Béguelin-Import Export Nice [Jurisprudentie 1971c]

Naar het inzicht van het Hof beogen de regels van het EEG-Verdrag „de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging”.

De betekenis die het Hof heeft gegeven aan art. 86 van het EEG-Verdrag in het hiervoor behandelde Continental Can-arrest maakt in bepaalde gevallen optreden *achteraf* door de Commissie mogelijk. De Commissie is van mening dat daarnaast ook *preventief* optreden mogelijk moet worden gemaakt.

In een op 18 juli 1973 door de Commissie aan de Raad aangeboden conceptverordening wordt voorgesteld controle vooraf op concentratie van ondernemingen mogelijk te maken. In de toelichting bij dit ontwerp stelt de Commissie dat in sommige sectoren van het bedrijfsleven sprake is van een „alarmerende toeneming van de concentratie-grad”.

Volgens art. 1 van deze ontwerp-verordening zijn concentratiehandelingen die de „daadwerkelijke mededinging” verhinderen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

„Kleine” concentraties worden niet in de regeling betrokken (klein: de totale omzet van de concentratiepartners bedraagt minder dan 200 miljoen rekeeneenheden en het marktaandeel van de betrokkenen is in geen van de Lid-Staten meer dan 25% van de relevante markt).

Van concentratie is sprake als de controle over ondernemingen wordt verworven, waarbij „controle” wordt omschreven als de mogelijkheid tot bepaling van de gang van zaken van een onderneming. In de verordening wordt een aantal mogelijkheden tot verkrijging van deze macht aangegeven:

- verkrijging van aandelen (fusie);
- het sluiten van overeenkomsten die invloed verlenen op de samenstelling en besluiten van de organen van een onderneming;
- „verdergaande” (voor wat betreft looptijd of omvang) dan de „gebruikelijke” samenwerkingsovereenkomsten met betrekking tot de inkoop en de afzet; etcetera.

In art. 1 lid 3 van de voorgestelde verordening wordt de mogelijkheid geschapen van een buiten toepassing verklaring ten aanzien van concentraties „die onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van een doel dat in het algemeen belang van de Gemeenschap van hoger belang wordt geacht”. De moeilijkheden met art. 85 lid 2 (verboden overeenkomsten zijn van rechtswege nietig) hebben de Commissie kennelijk „wijs” gemaakt: in art. 3 lid 2 van de ontwerp-verordening wordt bepaald dat beschikkingen van de Commissie waarbij de onverenigbaarheid van een concentratie wordt uitgesproken, *niet* van rechtswege tot nietigheid van de rechtshandelingen leiden die in verband met deze concentratie zijn verricht.

Ten aanzien van grote concentraties (totale omzet van het concern meer dan 1 miljard rekeeneenheden) wordt voorgesteld een aanmeldingsplicht in te voeren. Binnen drie maanden na de aanmelding kan de Commissie een procedure inleiden.

De effectuering van een voorgenomen concentratie kan door de Commissie worden opgeschort.

In beginsel zal de Commissie verplicht zijn binnen negen maanden een beslissing ten aanzien van de concentratie te nemen.

Wordt dit voorstel door de Raad geaccepteerd, dan zal (eindelijk: J. Th. D.) de mogelijkheid ontstaan het concentratieproces enigszins te controleren. Daarbij ontveinst schrijver dezes zich niet dat „controleren” hier een andere betekenis heeft dan: „de mogelijkheid hebben de gang van zaken te *bepalen*”. Het is voorts niet uitgesloten dat de grote Europese concentraties buiten schot blijven aangezien de voorgestelde bepalingen ruimte geven voor een beleid dat vooral „boze buitenstaanders” (i.c. niet-Europeanen) treft, wier belangen vermoedelijk niet in het algemeen belang van hoger belang zullen worden geacht dan de belangen van Europeanen.

VERWIJZINGEN

- Baardman, B. (1972) - Tien jaren Europees kartelrecht. Zwolle, 1972
- Boukema, C. A. (1973) - De fusie. Deventer, 1973. pag. 59 e.v.
- Concurrentie (1966) - Het vraagstuk van de concentraties in de gemeenschappelijke markt. Serie Concurrentie, nr. 3. Brussel, 1966
- Degenkamp, J. Th. (1971) - De ontwikkeling van de Europese integratie en van het Europees kartelrecht rond het einde van de overgangperiode van de Europese Gemeenschappen, 1969-1970. MAB 45 (1971), nr. 10 (november), blz. 394-412
- Economisch-statistische berichten (1973a), Europa-bladwijzer, 23 mei 1973, blz. 455.
- Economisch-statistische berichten (1973b), blz. 560 e.v.
- Esch, B. van der (1973) - Het vonnis van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak Continental Can TVVS 16 (1973), nr. 9 (september), blz. 230 e.v.
- Gryse, L. de (1973) - Zaak 48/72 De Haecht-Wilkin-Janssen, SEW 1973, nr. 5, mei, blz. 328 e.v.
- Hermann, A. H. (1973) - Continental Can Cy. v. Commission of the European Communities. Legal Reports. London, 1973
- Jong, H. W. de (1973) - Wending in de Europese mededingingspolitiek. ESB 58 (1973), nr. 289 (maart), blz. 209
- Jurisprudentie (1962) - De Geus-Bosch en van Rijn, 13/61, 6 april 1962. Jurisprudentie VIII, blz. 91
- Jurisprudentie (1966) - Gevoegde zaken 56 en 58/64, 13 juli 1966. Jurisprudentie XII, blz. 449
- Jurisprudentie (1968) - Parke Davis-Beintema Interpharma en Centrpharma, zaak 24/67, 29 februari 1968. Jurisprudentie XIV, blz. 81
- Jurisprudentie (1969) - Portelange-Smith Corona Marchant International, 10/69, 9 juli 1969. Jurisprudentie XV, blz. 309
- Jurisprudentie (1970a) - Bilger-Jehle, 43/69, 18 maart 1970. Jurisprudentie XVI, blz. 127
- Jurisprudentie (1970b) - Rochas-Bitsch, 1/70, 30 juni 1970. Jurisprudentie XVI, blz. 515
- Jurisprudentie (1971a) - Sirena-Eda, 40/70, 18 februari 1971. Jurisprudentie XVII, blz. 69
- Jurisprudentie (1971b) - Deutsche Grammophon - Metro S B Grossmärkte, 78/70, 8 juni 1971. Jurisprudentie XVII, blz. 487
- Jurisprudentie (1971c) - Béguelin-Import Export Nice, 22/71, 25 november 1971. Jurisprudentie XVII, blz. 949
- Jurisprudentie (1972a) - Zaken 48, 49, 51-57/69, 14 juli 1972. Jurisprudentie XVIII, blz. 619, 713, 745, 787, 845, 851, 887, 927, 933.
- Jurisprudentie (1972b) - VCH (cement), 8/72, 17 oktober 1972. Jurisprudentie XVIII, blz. 977.
- Jurisprudentie (1973a) - Continental Can, 6/72, 21 februari 1973, Jurisprudentie XIX, blz. 215
- Jurisprudentie (1973b) - De Haecht-Wilkin-Janssen, 48/72, 6 februari 1973, Jurisprudentie XIX, blz. 77
- Meij, A. W. H. (1973) - 1972: Keerpunt in de ontwikkeling van de Europese Gemeenschappen. N.J.B. 48 (1973), nr. 24 (juni), blz. 726 e.v., in het bijzonder blz. 729
- Mok, M. R. (1973) - Tien jaren en tien maanden. TVVS 16 (1973), nr. 5 (mei), blz. 134 e.v.
- OECD (1970) - Market power and the law. Paris, 1970
- PB (1970) - Kodak-beschikking, 30 juni 1970. PB L 147, 7 juli 1970, blz. 24
- PB (1971a) - GEMA-beschikking, 2 juni 1971. PB L 134, 20 juni 1971, blz. 15
- PB (1971b) - Verordening nr. 2822/71, 20 december 1971. PB L 285, 29 december 1971
- PB (1972a) - Safco-beschikking, 16 december 1971. PB L 13, 17 januari 1972, blz. 44
- PB (1972b) - Nederlandse Cement-Handelsmaatschappij-beschikking, 23 december 1971. PB L 22, 26 januari 1972, blz. 16
- PB (1972c) - Man-Saviem (vrachtauto's)-beschikking, 17 januari 1972. PB L 31, 4 februari 1972, blz. 29
- PB (1972d) - Wild Paris-Leitz France (microscopen)-beschikking, 23 februari 1972. PB L 61, 13 maart 1972, blz. 27
- PB (1972e) - Papeterie Bolloré (dun papier)-beschikking, 26 juli 1972. PB L 182, 10 augustus 1972, blz. 24
- PB (1972f) - Verordening nr. 2591/72, 8 december 1972. PB L 276, 9 december 1972, blz. 15.
- PB (1972g) - Verordening nr. 2779/72, 21 december 1972. PB L 292, 29 december 1972, blz. 23
- PB (1972h) - GISA (sanitaire artikelen)-beschikking, 22 december 1972. PB L 303, 31 december 1972, blz. 45
- Richemont, J. de (1971) - Les concentrations d'entreprises et la position dominante. Paris, 1971
- SEW (1967) - Degenkamp. Enige opmerkingen over volkomen en onvolkomen concentratie van ondernemingen in het sociaal-economisch recht. SEW 15 (1967), nr. 8/9 (aug./sept.), blz. 504 e.v.
- SEW (1973a) - Zaak 8/72. Met noot van L. de Gryse. SEW 21 (1973). nr. 5 (mei), blz. 316
- SEW (1973b) - Zaak 48/72. SEW 21 (1973), nr. 5 (mei), blz. 333 e.v.

SEW (1973c) - Continental Can - arrest. SEW 21 (1973), nr. 5 (mei), blz. 349

SEW (1973d) - Continental Can arrest. SEW 21 (1973), nr. 5 (mei), blz. 354

Theunissen, A. R. A. (1973) - De implicaties van de economische en monetaire unie voor het gemeenschapsrecht en voor het nationaal recht. Preadvies Vereniging voor Europees recht. SEW 21 (1973), nr. 10 (oktober), blz. 600 e.v.

Verslag (1972) - Eerste verslag over het mededingingsbeleid, Europese Commissie, april 1972

Verslag (1973) - Tweede verslag over het mededingingsbeleid. Europese Commissie, april 1973