

zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging 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.

Dit is inzonderheid het geval wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om voor het prijsevenwicht naar een ander niveau te streven dan hetwelk bij mededinging zou zijn ontstaan, en 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.

9. Het is de functie der mededinging op het stuk van de prijzen een zo laag mogelijk prijsniveau te handhaven en het goederenverkeer tussen de Lid-Statens te bevorderen ten einde aldus, naar gelang van de produktiviteit en het aanpassingsvermogen der ondernemingen, een optimale spreiding der activiteiten mogelijk te maken.
Een beweeglijk en gedifferentieerd prijsverloop bevordert één der wezenlijke doelstellingen van het Verdrag, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de produktiebronnen van de gehele Gemeenschap.
10. Weliswaar staat het iedere fabrikant vrij zijn prijzen te wijzigen en daartoe rekening te houden met het tegenwoordige of te verwachten gedrag zijner concurrenten; het is echter anderzijds in strijd met de mededin-

gingsregelen van het Verdrag wanneer een fabrikant op enigerlei wijze met zijn concurrenten samenwerkt ten einde een gecoördineerde gedragslijn inzake prijsverhogingen vast te stellen en het welslagen daarvan te verzekeren door tevoren iedere onzekerheid omtrent het over en weer te volgen gedrag ten aanzien van de hoofdzaken der te ondernemen actie, zoals percentage, voorwerp, datum en plaats der verhogingen, uit te sluiten.

11. Wanneer een in een derde staat gevestigde vennootschap haar zeggenschap over een in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappij gebruikt om deze laatste een besluit tot prijsverhoging te doen toepassen dat ook door andere ondernemingen wordt uitgevoerd en derhalve een door artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verboden gedraging oplevert, moeten de handelingen der dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden aangerekend. Bij de toepassing van de mededingingsregelen prevaleert de eenheid van marktgedrag van moeder- en dochtermaatschappij boven de — uit eigen rechtspersoonlijkheid blijkende — formele zelfstandigheid dier vennootschappen.
12. Het onvermeld laten van argumenten ter staving van de bevoegdheid van de administratie der Gemeenschap kan de controle op de gegrondheid harer beschikkingen niet belemmeren.
De administratie der Gemeenschap is niet gehouden in haar beschikkingen alle argumenten te vermelden waarop zij zich nadien, ter bestrijding van eventueel tegen de wettigheid harer handelingen opgeworpen middelen, zou kunnen beroepen.

In de zaak 48-69

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES Ltd. (hierna te noemen ICI), gevestigd te London en te Manchester, ten deze bijgestaan en vertegenwoordigd door

mrs. C. R. C. Wijckerheld Bisdom en B. H. ter Kuile, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, domiciliegekozen hebbende te Luxemburg bij J. Loesch, advocaat, 2, rue Goethe,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridische adviseurs J. Thiesing, G. Marchesini en J. Griesmar, als gemachtigden, bijgestaan door prof. mr. W. van Gerven, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur E. Reuter, 4, boulevard Royal,

verweerster,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 24 juli 1969 over een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/26.267 — kleurstoffen), geplaatst in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. L 195 van 7 augustus 1969, blz. 11 en volgende,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: R. Lecourt, President, J. Mertens de Wilmars en H. Kutscher, Kamerpresidenten, A. M. Donner, A. Trabucchi (rapporteur), R. Monaco en P. Pescatore, Rechter.

Advocaat-Generaal: H. Mayras

Griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — Overzicht van de feiten

Overwegende dat de aan het geding ten grondslag liggende feiten kunnen worden samengevat als volgt:

Op grond van aanwijzingen, verstrekt door beroepsorganisaties van verschillende kleurstoffenverwerkende industrieën, is de Commissie overgegaan tot verificaties ten einde vast te stellen of tot de

prijsverhogingen van deze produkten, zoals die zich sedert begin 1964 in de landen van de Gemeenschap hebben voorgedaan, door de betrokken ondernemingen bij wege van „afstemming” is overgegaan.

Op grond van deze verificaties heeft de Commissie drie uniforme prijsverhogingen geconstateerd. De meeste anilinekleurstoffenprijzen werden tussen 7 en 20 januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg en per 1 januari 1965 ook in Duitsland met 15 % verhoogd; op dezelfde dag gingen bijna alle fabrikanten in Duitsland en in de landen die reeds door de verhoging van 1964 waren getroffen, over tot een uniforme verhoging van 10 % van de prijzen van kleurstoffen en pigmenten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden. Ten slotte werd er per 16 oktober 1967 een verhoging van 8 % van de prijzen van alle kleurstoffen toegepast door bijna alle fabrikanten in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg; deze prijsverhoging bedroeg in Frankrijk 12 % en bleef in Italië achterwege.

Op 31 mei 1967 besloot de Commissie ingevolge artikel 3 van 's Raads verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure in te leiden wegens vermoedelijke schending van artikel 85 van het Verdrag, zulks tegen de ondernemingen die ter vaststelling van de prijzen van kleurstoffen hun gedragingen onderling hadden afgestemd, met name ook tegen de firma Imperial Chemical Industries Ltd. te Londen.

Bij aangetekende brief van 11 december 1967, gericht tot deze te Bazel gevestigde onderneming, deelde de Commissie haar dit besluit mede. Bij deze mededeling was een uiteenzetting gevoegd, behelzende de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking had genomen jegens de ondernemingen die aan voormelde prijsverhogingen hadden deelgenomen. De Commissie deed deze mededeling en deze uiteenzetting uitgaan tot zowel in de Gemeenschap als in derde landen gevestigde kleurstoffenfabrikanten en hun binnen de gemeenschappelij-

ke markt gevestigde dochterondernemingen en vertegenwoordigers, ten getale van 60.

In de uiteenzetting van de punten van bezwaar verklaarde de Commissie dat tot de prijsverhogingen binnen de EEG was overgegaan door de navolgende fabrikanten — en door hun dochterondernemingen of vertegenwoordigers —:

- Azienda colori nazionali affini Spa (ACNA) te Milaan (Italië),
- Industria piemontese dei colori di anilina Spa (IPCA) te Milaan (Italië),
- Fabbrica lombarda colori anilina Spa (FLCA) te Milaan (Italië),
- Industria electro-chimica bergamasca te Bergamo (Italië),
- Farbenfabriken Bayer AG te Leverkusen (Bondsrepubliek Duitsland),
- Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main (Bondsrepubliek Duitsland),
- Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF) te Ludwigshafen (Bondsrepubliek Duitsland),
- Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main (Bondsrepubliek Duitsland),
- Société française des matières colorantes SA (Francolor) te Parijs (Frankrijk),
- Fabriek van chemische produkten Vondelingenplaat NV te Rotterdam (Nederland),
- Ciba SA te Bazel (Zwitserland),
- Sandoz SA te Bazel (Zwitserland),
- J. R. Geigy SA te Bazel (Zwitserland),
- Fabrique de matières colorantes Durand et Huguenin SA te Bazel (Zwitserland),
- Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Manchester (Engeland),
- Yorkshire Dyeware and Chemical te Leeds (Engeland) en
- E. I. Du Pont de Nemours Company Inc. te Wilmington, Del. (Verenigde Staten van Amerika).

Op 10 december 1968 maakte de raadsman van ICI aan de vertegenwoordigers

van de Commissie en van de Lid-Staten haar standpunt kenbaar met betrekking tot de uiteenzetting van de punten van bezwaar der Commissie.

Op haar zitting van 24 juli 1969 nam de Commissie een beschikking, waarbij de firma Imperial Chemical Industries Ltd. werd veroordeeld tot een geldboete van 50 000 rekeneenheden, zulks wegens inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, welke deze onderneming zou hebben begaan door te zamen met andere ondernemingen onderling afgestemde gedragingen deel te nemen bij het vaststellen van het percentage van de prijsverhogingen — en van de voorwaarden waaronder deze verhogingen in de sector kleurstoffen in 1964, 1965 en 1967 zouden worden toegepast —.

Om dezelfde redenen werd in deze beschikking een geldboete van 50 000 rekeneenheden opgelegd aan:

- Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG,
- Cassella Farbwerke Mainkur AG,
- Farbenfabriken Bayer AG,
- Farbwerke Hoechst AG,
- Société française des matières colorantes SA,
- Ciba SA,
- J. R. Geigy SA en
- Sandoz SA,

en een geldboete van 40 000 rekeneenheden aan Azienda colori nazionali affini Spa.

Bij akte, gedeponneerd ter griffie van het Hof op 1 oktober 1969, heeft ICI beroep tot nietigverklaring dezer beschikking ingesteld.

II — Conclusies van partijen

Overwegende dat *verzoekster* heeft geconcludeerd dat het den Hove behage:

- „1. de bestreden beschikking te vernietigen;
2. de Commissie van de EEG in de kosten van het geding te veroordelen.”

Overwegende dat *verweerster* heeft geconcludeerd dat het den Hove behage:

- „— het beroep ongegrond te verklaren;
- verzoekster in de kosten van het geding te veroordelen.”

III — Middelen en argumenten van partijen

1. De extraterritoriale bevoegdheid van de Commissie

A — Stellingen van verzoekster

Grievens betreffende de bevoegdheid welke de Commissie voor zich opeist op grond van de gevolgen binnen de gemeenschappelijke markt van verzoeksters activiteiten buiten de gemeenschappelijke markt

a) naar internationaal recht

Verzoekster betoogt dat de beschikking welke de Commissie te haren aanzien heeft genomen, berust op een onjuiste rechtsopvatting nopens de extraterritoriale bevoegdheid van de Gemeenschap. Werd ter rechtvaardiging van de procedure welke krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 tegen ICI is ingeleid in de brief van de Directeur-generaal Concurrentie aan verzoekster van 22 januari 1968 (bijlage 3 bij het verzoekschrift) een beroep gedaan op de opvatting dat artikel 85 van het Verdrag van toepassing is op gedragingen van elders gevestigde ondernemingen binnen de gemeenschappelijke markt, in de bestreden beschikking worden ten gunste van de bevoegdheid van de Gemeenschap jegens deze ondernemingen meer algemene gronden aangevoerd, doordien wordt uitgegaan van de gedachte dat de mededingingsregels van het Verdrag van toepassing zijn op alle beperkingen van de mededinging welke binnen de gemeenschappelijke markt leiden tot gevolgen als bedoeld in artikel 85, lid 1, zonder dat zou behoeven te worden onderzocht of de ondernemingen die deze beperkingen teweegbrengen, binnen of buiten de Gemeenschap zijn gevestigd.

Vergeleken met het standpunt dat wordt ingenomen in genoemde brief van 22 januari 1968, berust de beschikking derhalve op een veel ruimere opvatting van de bevoegdheid der Commissie, welke erop neerkomt dat er op het gebied van het mededingingsrecht repressieve maatregelen kunnen worden toegepast wegens de gevolgen welke in derde landen verrichte handelingen binnen de Gemeenschap teweegbrengen.

Verzoekster stelt dat deze zienswijze met het volkenrecht in strijd is. Zij beroept zich daartoe op de opvatting van een aantal schrijvers uit verschillende landen en legt voorts als bijlage bij haar beroepschrift de tekst over van een advies van professor Jennings, hoogleraar in het internationaal recht aan de universiteit van Cambridge, betreffende de volgende vraag: „Wordt volgens de beginselen welke zowel in de praktijk als in het volkenrecht zijn erkend, door artikel 85 en door verordening nr. 17 aan de Commissie de bevoegdheid verleend te gelasten dat aan bepaalde gedragingen een einde wordt gemaakt en ICI tot een geldboete te veroordelen, en kan de beschikking van de Commissie voor ICI bindend zijn, hoewel ICI een in het Verenigd Koninkrijk ingeschreven, te London gevestigde vennootschap is?”

Dit advies was reeds voor het in artikel 19 van verordening nr. 17 bedoelde verhoor ter kennis van de Commissie gebracht. Verzoekster vraagt het Hof dit stuk als deel van het beroepschrift te willen beschouwen.

In zijn advies merkt professor Jennings op, dat de staten met betrekking tot overtredingen van strafrechtelijk karakter welke kunnen worden geacht algemeen als zodanig erkende inbreuken op het gemene recht te zijn, het beginsel van de territorialiteit der strafwet enigszins hebben verruimd. De wetgeving inzake de handelsbeperkingen behoort echter niet tot de categorie waarvoor de nationale praktijk veel beoordelingsvrijheid laat, doch veeleer tot de categorie van het bijzonder publiekrecht van een staat of een groep van staten; in territoriale

zin moet het toepassingsgebied dier wetgeving derhalve beperkt zijn, tenzij in een bijzondere regel anders wordt bepaald. Met betrekking tot het territoriaal criterium wijst professor Jennings erop, dat het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak is uitgegaan van een objectieve maatstaf en heeft uitgesproken dat een delict geacht moet worden zich op het nationaal grondgebied te hebben voorgedaan, wanneer de gevolgen, beschouwd als één der bestanddelen van het delict, zich op dat grondgebied hebben voorgedaan. In de studie van Harvard Research is erop gewezen, dat er sprake moet zijn van een wezenlijk bestanddeel van het delict. Eerst sinds 1945 — toen een Hof van Beroep in de Verenigde Staten uitspraak deed in de zaak Aluminium Company of America (Alcoa) — heeft men in de Amerikaanse jurisprudentie het objectieve territorialiteitscriterium als een simpele *effects-theory* voorgesteld en die theorie bovendien niet op een commuun delict, doch op het antitrustrecht toegepast. In dit arrest wordt niet langer de eis gesteld, dat het met dat recht strijdig gedrag ten dele heeft plaatsgevonden binnen de grenzen van de staat die zich te dien aanzien bevoegd acht, en slechts verlangd dat het een economische terugslag heeft op het handelsverkeer binnen het territoir van deze staat — hetgeen veel meer dan een gradueel verschil inhoudt —. Aldus wordt de extraterritoriale bevoegdheid in wezen op het territorialiteitsbeginsel gegrondvest, hetgeen een innerlijke tegenstrijdigheid is.

Volgens de opvatting van een comité van eminente Europese rechtsgeleerden, dat het American Law Institute heeft bijgestaan, is een territoriale fundering voor de uitoefening van bevoegdheid met betrekking tot elders begane handelingen die binnen het eigen grondgebied tot gevolgen leiden onjuist, tenzij de gewraakte activiteiten — en de gevolgen ervan — algemeen worden beschouwd als wezenlijke elementen van een strafrechtelijk of civielrechtelijk delict volgens het recht van staten met een redelijk ontwikkeld

rechtsstelsel. Professor Jennings merkt nu op dat men het er in de doctrine over eens is, dat tot laatstgenoemde categorie noch de rechtsbeginselen noch de rechtsmethoden voor kartels en andere beperkende praktijken behoren. In de laatste twintig jaar is door verschillende staten, onder meer Frankrijk, Duitsland, Italië, Engeland, Nederland, Canada en andere Europese en niet-Europese landen, geprotesteerd tegen de pogingen tot inmeniging van bepaalde gezagsorganen in de Verenigde Staten, die op de hiervoor bestreden theorie zijn gebaseerd. Daarbij zou gewag zijn gemaakt van de grenzen welke het internationale recht aan de bevoegdheid der staten stelt en verzet zijn aangetekend tegen de extraterritoriale bevoegdheid welke de gezagsorganen der Verenigde Staten voor zich opeisen.

In januari 1966 heeft het juridisch comité van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa een rapport uitgebracht, volgens hetwelk iedere Lid-Staat bevoegd kan zijn in overeenstemming met de wet uitspraak te doen over een buiten zijn grondgebied gesloten overeenkomst, ook al is deze aangegaan door niet-onderdanen, met dien verstande dat die staat geen stappen tot tenuitvoerlegging van zulk een uitspraak mag ondernemen, tenzij hij daartoe over extraterritoriale bevoegdheden beschikt. Deze versie van de „gevolgen-theorie” is, haar onschuldige formulering ten spijt, van verschillende zijden op fel verzet gestuit.

Een aantal staten, waaronder Nederland, hebben bij de wet aan de op hun grondgebied gevestigde vennootschappen verboden aan buitenlandse gezagsorganen stukken of gegevens betreffende hun activiteiten op bedoeld grondgebied te verstrekken.

Uit een en ander leidt de auteur van bedoeld advies af, dat de hedendaagse praktijk der staten duidelijk ingaat tegen de pogingen aan het antitrustrecht een extraterritoriale toepassing te geven. Professor Jennings merkt anderzijds op, dat bij extraterritoriale toepassing van antitrustwetten in ieder geval éénrichting-verkeer moet zijn uitgesloten.

De Europese Gemeenschap en haar Lid-Staten zouden derhalve bereid moeten zijn te aanvaarden dat een derde staat op dezelfde wijze tegen in de Gemeenschap gevestigde ondernemingen optreedt. Hij wijst er voorts op, dat de Gemeenschap, anders dan staten, niet over „inherente” bevoegdheden, doch alleen over attributieve bevoegdheden beschikt. En nergens treedt in de Verdragen de bedoeling van de auteurs naar voren aan de EEG een extraterritoriale competentie te verlenen inzake de mededingingsregelen; integendeel, blijkens de artikelen 85 en 86 wil men deze bevoegdheid beperken, niet slechts tot de Gemeenschap, doch bovendien — binnen de Gemeenschap — tot de handel tussen Lid-Staten. Het ware trouwens absurd aan de Lid-Staten de bedoeling toe te schrijven de Gemeenschap zulk een bevoegdheid te verlenen, nu zij zelf het eraan ten grondslag liggend beginsel hebben afgewezen en hebben getoond niet van zins te zijn de daartoe strekkende pretenties van de Amerikaanse autoriteiten te aanvaarden. Professor Jennings komt tot de slotsom, dat de EEG ten aanzien van ICI slechts rechtsmacht heeft ten aanzien van gedragingen binnen de Gemeenschap die een inbreuk op de Gemeenschapsregelen inzake de mededinging inhouden. Met betrekking tot ICI's gedragingen elders zou daarentegen iedere bevoegdheid zijn uitgesloten.

b) krachtens het recht van de Lid-Staten

In haar beroepschrift onderzoekt *verzoekster* de stukken betreffende de voorbereiding van de Franse en Duitse antitrustwetgeving en de desbetreffende Nederlandse wetgeving; zij komt tot de conclusie dat deze staten het als een onduidelbare aanslag op hun soevereiniteit beschouwen, wanneer een derde staat in het kader van zijn kartelwetgeving sancties toepast jegens in één dezer staten gevestigde vennootschappen wegens handelingen verricht op het grondgebied van de staat van vestiging, zelfs wanneer de gedragingen van deze vennootschappen binnen de derde staat tot gevolgen hebben geleid. Het mag er derhalve niet

voor worden gehouden, dat de Commissie daartoe jegens in derde staten gevestigde ondernemingen wel bevoegd zou zijn.

Grievens betreffende de bevoegdheid welke de Commissie op grond van verzoeksters gedragingen binnen de gemeenschappelijke markt voor zich opeist

Professor Jennings gaat na, of de levering van kleurstoffen krachtens cif-contracten een op het grondgebied van de Gemeenschap verrichte activiteit is. Cif-contracten waarbij ICI kleurstoffen aan haar dochtermaatschappijen binnen de EEG verkoopt, worden geregeerd door de Engelse wet, zodat sprake is van een door ICI in Engeland verrichte activiteit. Slechts met een beroep op de *theory of effects* zou men ertoe kunnen komen voor de EEG met betrekking tot deze contracten territoriale bevoegdheid te claimen. Professor Jennings wijst er echter op, dat ook fob-contracten tot *effects* als hierbedoeld kunnen leiden. Op grondslag van de *theory of effects* zou men aldus komen tot de absurde conclusie, dat de territoriale bevoegdheid geldt voor een extraterritoriale activiteit van buitenlanders in hun eigen land.

De auteur gaat ten slotte na, of verzoekster kan worden geacht te hebben gehandeld op het grondgebied van de EEG door tussenkomst van haar binnen de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen. Hij betoogt dat de dochtermaatschappijen niet — krachtens daartoe strekkende lastgeving — voor rekening van ICI hebben gehandeld, zodat het optreden dezer dochtermaatschappijen haar niet kan worden toegerekend. De eigen rechtspersoonlijkheid van de dochtermaatschappij moet worden geëerbiedigd: de wet kan niet voorbijzien aan hetgeen zij zelf heeft tot stand gebracht. Deze laatste overweging pleit tegen de stelling dat wanneer een dochtermaatschappij volledig door de moedermaatschappij wordt gecontroleerd, de gedragingen van de dochtermaatschappij rechtegens aan de moedermaatschappij zouden mogen worden toegerekend, ook bij gebreke van een echte lastgeving.

Volgens het „American Law Institute Restatement of the Conflicts of Laws” „kan jurisdictie ten aanzien van een dochtermaatschappij jurisdictie ten aanzien van de moedermaatschappij medebrengen, wanneer de moedermaatschappij de dochtermaatschappij zozeer controleert en beheerst, dat zij in feite het zelfstandig bestaan van laatstgenoemde als vennootschap niet langer eerbiedigt”. Professor Jennings concludeert, dat zolang niet wordt aangetoond dat een dochtermaatschappij een door de moedermaatschappij bediende automaat is, haar eigen rechtspersoonlijkheid dient te worden geëerbiedigd, zodat wanneer een dochtermaatschappij aan een bepaalde jurisdictie is onderworpen, zulks niet medebrengt dat die jurisdictie ook voor de moedermaatschappij zou gelden. Hij besluit zijn rapport door erop te wijzen, dat wanneer de Europese landen in de toekomst mochten bewilligen in een verzwakking van de theorie inzake de eigen rechtspersoonlijkheid hunner nationale vennootschappen, zij daarmee de deur zouden openzetten voor de economische politiek van vreemde mogenheden.

Grief betreffende de motivering van de bevoegdheid

In de bestreden beschikking wordt niet vastgesteld, of de gevolgen van ICI's gedragingen kunnen worden beschouwd als bestanddelen van een onrechtmatige — en in de Lid-Staten met een ontwikkeld rechtstelsel algemeen als zodanig beschouwde — handeling en of de gevolgen binnen de EEG met name van belang zijn voor zover zij rechtstreeks uit de specifieke gedragingen van ICI voortvloeien.

Verzoekster verbindt aan voormelde overwegingen de conclusie, dat de beschikking schending inhoudt van wezenlijke vormvoorschriften, nu de Commissie haar afwijzing van de bezwaren welke met betrekking tot haar territoriale bevoegdheid door ICI waren opgeworpen, onvoldoende met redenen heeft omkleed. Bovendien wordt door de beschikking zowel het Verdrag als het volkenrecht geschonden, omdat de Commissie

zich ten onrechte bevoegd heeft geacht met betrekking tot handelingen, door verzoekster buiten de gemeenschappelijke markt verricht, en wel zulks alleen op grond van het feit dat deze handelingen binnen de Gemeenschap tot gevolgen hebben geleid.

B — Stellingen van verweerster

Verweerster meent dat de in casu aan ICI verweten gedragingen zich binnen de gemeenschappelijke markt afspelen. Bovendien vonden de gedragingen van ICI in het buitenland plaats onder omstandigheden — en leidden zij tot gevolgen — welke naar internationaal recht de gezagsorganen van de Gemeenschap in ieder geval bevoegd maakten het communautaire mededingingsrecht toe te passen.

a) *De bevoegdheid der Commissie op grond van gedragingen van ICI binnen de gemeenschappelijke markt*

Verweerster merkt allereerst op, dat de termen „gedragingen” en „gedrag” ruimer zijn dan het verrichten van daden; zelfs stilzitten of stilzwijgen kan in bepaalde omstandigheden een „gedraging” zijn. De aan verzoekster verweten gedragingen bestaan daarin, dat zij aan haar dochtermaatschappijen binnen de Gemeenschap bevelen heeft gegeven tot verhoging van de prijzen — zoals blijkt uit de beide telexmededelingen die bij het verweerschrift zijn gevoegd (bijlagen IV-22 en III-31) —. En beïnvloeding van de gedragslijn der dochtermaatschappijen is een „gedraging” van verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt, die deel uitmaakt van de feitelijke gedragingen welke de Commissie heeft vastgesteld en die onder haar bevoegdheid vallen. De argumenten welke verzoekster enerzijds ontleent aan de leveringsmodaliteiten, voorzien in de koopcontracten welke zij met haar dochtermaatschappijen heeft gesloten, en anderzijds aan de juridische zelfstandigheid welke aan deze dochtermaatschappijen jegens haar toekomt, doen niets af aan de economische realiteit, dat wil zeggen aan ICI's beïnvloeding van de gedragslijn harer dochter-

maatschappijen. Zich van zuiver formele argumenten bedienen, houdt verweerster aan verzoekster voor dat — naar professor Jennings zelf toegeeft — een cif-contract de werking van de gemeenschappelijke markt in meerdere mate beïnvloedt dan een fob-contract, terwijl ook de bewering dat het contract, nu het in Engeland is gesloten, uitsluitend een „gedraging” binnen dat land zou inhouden, voor betwisting vatbaar is: Volgens de verzendtheorie komt het contract tot stand ter plaatse waar hij die het aanbod aanvaardt — in casu de dochtermaatschappij — de brief, houdende acceptatie van het aanbod, verzendt.

Wat betreft de verhouding tussen dochtermaatschappijen en moedermaatschappij: verweerster is van mening dat men hier door een strikt juridisch vertegenwoordigingsbegrip de werkelijkheid niet juist weergeeft. Het komt in casu aan op de vaststelling dat verzoeksters dochtermaatschappijen ter zake van de ICI ten laste gelegde gedragingen als „loutere executanten” zijn opgetreden, des dat zij in de mededingingsverhoudingen met derden voorkomen als het verlengstuk van ICI op de gemeenschappelijke markt.

b) *De bevoegdheid van de Commissie op grond van de gevolgen binnen de gemeenschappelijke markt van een gedraging van verzoekster buiten de gemeenschappelijke markt*

Subsidiair — voor het geval dat het Hof de gegrondheid van voormelde stellingen in twijfel mocht trekken — betoogt *verweerster*, dat zij bevoegd was met betrekking tot de gedraging van ICI buiten de gemeenschappelijke markt, omdat die gedraging op de gemeenschappelijke markt is betrokken — opvatting welke volgens verweerster zowel in overeenstemming is met de huidige stand van het volkenrecht als met het recht der Lid-Staten —.

Verweerster wijst erop, dat alleen de vraag naar de wetgevende en reglementerende bevoegdheid van de internationale rechtssubjecten in geding is — met uitsluiting van het probleem betreffende hun

bevoegdheid tot het nemen van uitvoeringsmaatregelen in het buitenland —.

aa) De bevoegdheid van de Commissie naar internationaal recht

Verweerster merkt op, dat de schaarse gezaghebbende internationale arresten vooral betrekking hebben op de bevoegdheid der staten tot vervolging van inbreuken op het gemene recht. Het kartelrecht is veeleer bestuursrechtelijk van aard; bovendien maken de gevolgen van een inbreuk op het kartelrecht zelden of nooit „een rechtstreeks materieel gevolg van de handeling” uit. Daarom zal men de internationale precedentes steeds hebben af te stemmen op het eigensoortig karakter van deze gevallen.

Volgens het arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak is de bevoegdheid van een staat in beginsel niet beperkt tot handelingen, op zijn eigen grondgebied verricht; integendeel, behoudens verbod door een volkenrechtelijke regel mag een staat in bepaalde omstandigheden in beginsel van zijn bevoegdheid gebruik maken met betrekking tot handelingen, buiten zijn grondgebied door buitenlanders verricht. Met toepassing van dit principe op de zaak waarin zijn rechtsmacht was ingeroepen, heeft het beslissende betekenis toegekend aan het feit dat één der bestanddelen van de overtreding was verwezenlijkt — en vooral ook dat de gevolgen zich hadden voorgedaan — op het grondgebied van de staat welks bevoegdheid in geding was. Dit is de grondslag van wat men de „objectieve territorialiteitstheorie” heeft genoemd. Deze theorie is dus ontstaan, toen het ging om toepassing van strafwetten van het klassieke type op delicten waarbij handeling en resultaat een onlosmakelijk geheel vormen. Daarentegen is het beginsel dat de bevoegdheid van een staat zich kan uitstrekken tot handelingen, door buitenlanders op het grondgebied van een andere staat verricht, zeer in het algemeen gesteld.

Het Alcoa-arrest, waarin een overeenkomst tussen zes buitenlandse vennootschappen tot reglementering van hun

produktie door middel van quota's, met name voor hun uitvoer naar de Verenigde Staten, met de Sherman-Act in strijd werd geacht, hield een bevestiging in van de gelding van het Amerikaanse kartelrecht, zonder dat expliciete grenzen werden gesteld aan de extraterritoriale toepassing van dit antitrustrecht, zodat men eruit kon afleiden dat iedere buitenslands tussen buitenlanders tot stand gekomen afspraak waarin de mededinging op de Amerikaanse markt wordt beperkt, onder het verbod van het Amerikaanse antitrustrecht kon vallen, hoe indirect, verwijderd en onbelangrijk het verband of de gevolgen van de afspraak met respectievelijk op de markt aldaar ook mogen zijn. Bovendien vormde dit arrest het uitgangspunt voor een ruime extraterritoriale uitlegging van de bevoegdheid der Amerikaanse rechtbanken en regeringsinstanties, die enerzijds zijn overgegaan tot het geven van *injonctions* aan buitenslands gevestigde ondernemingen en anderzijds tot het gelasten van wijziging van in den vreemde tussen vreemdelingen gesloten contracten of statuten.

De diplomatieke protesten die op deze handelswijze zijn gevolgd, betroffen uitsluitend de toepassing van de Amerikaanse antitrustwetgeving in het buitenland.

Dit probleem is echter in casu niet aan de orde; in de aangevochten beschikking wordt alleen vastgesteld, dat de gewraakte gedragingen een inbreuk vormen op artikel 85 van het Verdrag — en deswege een geldboete opgelegd —. En oplegging van een geldboete alleen kan niet gerekend worden tot de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging.

Artikel 39 van de Nederlandse wet op de economische mededinging moet ook als een reactie op een te extensieve uitlegging van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging worden beschouwd.

Met betrekking tot het gevaar van een te ver doorgedreven toepassing van de Alcoa-doctrine op de legislatieve bevoegdheden wijst *verweerster* erop, dat enerzijds de bevoegdheid van een staat niet

kan worden gegrondvest op enigerlei indirecte verwijderde band met zijn economie en anderzijds strikte toepassing van de objectieve territorialiteitsleer weinig bevredigend is, wanneer het erom gaat de bevoegdheid van een staat te bepalen op grond van gevolgen die niet zo onlosmakelijk aan de handeling verbonden zijn dat zij daarmee één geheel vormen. De oplossing bestaat in het zoeken van een redelijke middenweg tussen deze beide standpunten, die aan de speciale eisen van het kartelrecht recht doet wedervaren. De noodzaak van zulk een middenweg werd door het Zwitserse Tribunal fédéral erkend in een arrest van 21 maart 1967 betreffende de toepassing van de federale kartelwet op een marktverdelingsovereenkomst — met daaraan gekoppelde exclusiviteitsovereenkomst — gesloten tussen Franse en Zwitserse ondernemingen (Recueil officiel du Tribunal fédéral 93, II, blz. 192 e.v.). Dit rechtscollège opteert voor een uitbreiding van het strikte objectieve territorialiteitsbeginsel door de bevoegdheid van de staat te gronden op de economische uitwerking op zijn grondgebied van in het buitenland verrichte handelingen of gedragingen, mits deze „rechtstreeks gevolg hebben voor de mededinging op Zwitsers grondgebied”.

Bij het zoeken naar zulk een middenweg kan men enerzijds werken met een criterium waarin de bevoegdheid tot *directe gevolgen* wordt beperkt, zoals het Zwitserse Tribunal fédéral deed, en zich anderzijds laten leiden door het *beschermingsbeginsel*, uitgaande van de gedachte dat handhaving van de economische orde en behoud van de handelingsvrijheid der economische subjecten voor iedere staat een zwaarwegend wettig belang vormen. Omdat de communautaire kartelwetgeving tot de openbare orde der Gemeenschap behoort, kan verzoeker moeilijker beweren dat zij bij verkoop harer produkten naar de Gemeenschap met die wetgeving geen rekening behoeft te houden. Aan de hand van de recente *point de rattachement*-leer kan men tot een dergelijk resultaat komen. Op

grond van een en ander betoogt verweerster dat de Gemeenschap, wanneer het er (des neen) voor zou moeten worden gehouden dat verzoeksters gedraging volledig elders heeft plaatsgehad, nochtans bevoegd was wegens de economische uitwerking dezer gedraging op de gemeenschappelijke markt en de daarin besloten liggende inbreuk op de kartelrechtelijke openbare orde van de Gemeenschap. Om tot dit resultaat te komen behoeft men slechts de „economische gevolgen”-theorie voorzichtig toe te passen en de belangrijke directe economische uitwerking van verzoeksters gedrag, met name de opeenvolgende prijsverhogingen op de gemeenschappelijke markt in aanmerking te nemen. Dit resultaat is in overeenstemming met de beginselen, welke het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak heeft opgesteld, en met het eerdere standpunt van de Commissie zoals dit blijkt uit haar beschikkingen in de zaken Grosfillex PB 1964, blz. 915), Bendix (PB 1964, blz. 1426), Vitapro (PB 1964, blz. 2287), Transocean (PB 1967, nr. 163, blz. 10) en European Machine Tool Exhibition (PB 1969, nr. L 69, blz. 13).

bb) De vraag of de bevoegdheid welke de Commissie voor zich opeist, in overeenstemming is met het nationale recht van de Lid-Staten

In antwoord op verzoeksters stelling dat het onaanvaardbaar ware dat de Gemeenschap, bij gebreke van uitdrukkelijke voorschriften van het Verdrag waarbij zij is opgericht, een extraterritoriale bevoegdheid waarvan de Lid-Staten niet willen weten, zou kunnen uitoefenen, wijst *verweerster* er allereerst op, dat ook al zou de Gemeenschap meer rechten opeisen dan de Lid-Staten tot dusver deden, daartegen geen enkel bezwaar kan worden ingebracht, immers de Gemeenschap is een autonoom internationaal rechtssubject; het is mogelijk dat de Lid-Staten in het verleden niet volledig hun volkenrechtelijke bevoegdheid hebben opgeëist. Doch wat hiervan ook zij, *verweerster* ontkent dat de Gemeenschap

in casu meer rechtsmacht opeist dan de Lid-Staten.

De door verzoekster bedoelde diplomatieke protesten en legislatieve maatregelen vormen een reactie op een excessieve extraterritoriale uitoefening van executiebevoegdheid en zeggen dus weinig over de houding dier staten ten aanzien van de extraterritoriale werking der eigen kartelwetgeving.

Verweerster geeft een overzicht van de wettelijke voorschriften der Lid-Staten op het stuk der mededinging en van de commentaren der doctrine en concludeert dat de „economische gevolgen”-theorie en het beschermingsbeginsel ten grondslag liggen aan het eigen kartelrecht van de vier Lid-Staten met een eigen wettelijke regeling ten deze.

De Gemeenschap kan en mag derhalve een zelfde standpunt innemen.

cc) De grief betreffende de motivering inzake de bevoegdheid

Verweerster herinnert aan 's Hofs rechtspraak op het stuk der motivering, met name aan het arrest Grundig-Consten volgens hetwelk het bestuur in een procedure tot vaststelling van inbreuken zijn beslissingen niet met redenen behoeft te omkleden voor zover daarbij door partijen voorgedragen middelen worden verworpen. Bovendien merkt verweerster op dat de motivering ten aanzien van de bevoegdheid der Gemeenschap mede is te vinden in de overwegingen der beschikking betreffende de uitwerking van verzoeksters handelingen op de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt en het handelsverkeer tussen Lid-Staten.

C — Memorie van repliek van verzoekster

a) De internationale rechtspersoonlijkheid der Gemeenschap

Verzoekster betwist allereerst de stelling van verweerster, dat de beginselen inzake de bevoegdheid der staten ook voor de Gemeenschap zouden gelden. De Gemeenschap moge een internationaal rechtssubject zijn, zij heeft geen andere

rechten dan haar door de staten zijn toegekend, terwijl de staten dragers zijn van de totaliteit van rechten en verplichtingen die het internationale recht erkent.

b) De bevoegdheid op grond van ICI's gedrag binnen de Gemeenschap

Met betrekking tot de haar toegeschreven handelingen binnen de gemeenschappelijke markt merkt verzoekster op, dat beïnvloeding van de gedragslijn van ICI's dochterondernemingen binnen de Gemeenschap door het zenden van telexen niet als een gedraging binnen de Gemeenschap is te beschouwen, des dat daarop rechtsmacht zou kunnen worden gegrond; aan de territoriale bevoegdheid zou dan een uitbreiding worden gegeven die het begrip vrijwel onbruikbaar zou maken. In ieder geval kan de Commissie door een beroep op de twee telexen uit 1964 bezwaarlijk aantonen dat verzoekster in 1965 en 1967 binnen de gemeenschappelijke markt heeft gehandeld.

Niet alleen zijn verzoeksters verkoopcontracten aan Engels recht onderworpen; ook haar handelingen met betrekking tot die contracten spelen zich uitsluitend in Engeland af.

Het is onjuist dat verzoeksters binnen de landen van de gemeenschappelijke markt gevestigde dochterondernemingen „loutere executanten” zijn. De dochterondernemingen zijn niet bevoegd voor of namens ICI te handelen, zij volgen een eigen verkooppolitiek, die zij zelf bepalen, en zij stellen de aan afnemers berekende prijzen zelfstandig vast.

c) De bevoegdheid op grond van de gevolgen binnen de gemeenschappelijke markt

aa) naar internationaal recht

Verzoekster wijst er vervolgens op, dat volgens het arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie te Den Haag in de Lotus-zaak het territorialiteitsbeginsel regel blijft, en dat uitbreiding van de rechtsmacht van een staat tot handelingen door vreemdelingen op het grondgebied van een andere staat verricht, een — slechts in bepaalde gevallen mogelijke — uitzondering vormt.

Ten aanzien van het Alcoa-arrest wijst verzoekster erop dat de tekst van de *tentative draft* nr. 2 van 1958 van de American Restatement of Foreign Relations Law, opgesteld door het American Law Institute, die in paragraaf 8 criteria geeft welke veel overeenkomst vertonen met die van het Alcoa-arrest, nadien radicaal is gewijzigd; de nieuwe paragraaf 18 gaat veel minder ver dan de uitspraak in de Alcoa-zaak.

Wat betreft de diplomatieke protesten tegen de pretenties van de Verenigde Staten tot uitoefening van extraterritoriale bevoegdheid op het terrein van het anti-trustrecht: verzoekster maakt bezwaar tegen het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen legislatieve en uitvoeringsbevoegdheden. Oplegging van een geldboete is een wijze van tenuitvoerlegging van de kartelwetgeving waarmede wordt getracht verzoeksters gedrag te beïnvloeden.

Uit de Memorie van Toelichting van de Nederlandse wet op de economische mededinging, waarvan de Commissie artikel 39 noemt, blijkt dat naar de opvatting van de Nederlandse Regering aan buitenlandse regeringen geen legislatieve bevoegdheid toekomt ten aanzien van gedragingen van het bedrijfsleven op Nederlands territorium. Het beroep van de Commissie op de uitspraak van het Zwitserse Tribunal fédéral komt verzoekster al evenmin overtuigend voor, omdat er in casu binnen de Gemeenschap geenszins een „élément constitutif” — waarop in dit arrest lijkt te worden gezinspeeld — kan worden aangewezen, terwijl de uitspraak bovendien niet de jurisdictie in strafzaken of daarmee gelijk te stellen zaken, doch alleen de competentie *ratione loci* van de burgerlijke rechter betreft.

Met betrekking tot het denkbeeld de bevoegdheid te beperken tot de *directe* gevolgen van de bestreden handelwijze binnen de Gemeenschap merkt verzoekster op dat in casu als direct gevolg van de beweerde „pratiques concertées” alleen de prijsverhoging van de fabrikanten jegens hun dochterondernemingen in aan-

merking komt, en die verhoging heeft buiten de gemeenschappelijke markt plaatsgevonden. Bovendien is voor betwisting vatbaar dat de jurisdictie op deze criteria kan worden gegrondvest, te meer nu het hier om een wetgeving gaat die slechts in zeer beperkte mate op de handel naar het buitenland van toepassing is.

Het belang van de staat bij de instandhouding van de economische orde, waaraan verzoekster een argument wil ontleenen, brengt volgens verzoekster niet mede dat de staten zich bevoegdheid zouden mogen aanmatigen met betrekking tot handelingen buiten hun territorium. Anders zou men ook op strafrechtelijk terrein tot een vrijwel onbeperkte bevoegdheid moeten concluderen. Op het terrein van het volkenrecht kan een regel inhoudende uitbreiding van bevoegdheid op grondslag van de gevolgen niet worden erkend, zolang hij niet algemeen door de statengemeenschap is aanvaard — hetgeen niet het geval is —. Verzoekster verwijst ten deze naar de Aide-mémoire van de regering van het Verenigd Koninkrijk, waarin bezwaar wordt gemaakt tegen een op de „effects doctrine” gebaseerde territoriale bevoegdheid. Met name de bestreden beschikking wordt in dit stuk gecritiseerd.

bb) naar nationaal recht

Verweersters opmerkingen betreffende de protesten der Lid-Staten tegen de bevoegdheid welke de Verenigde Staten zich aanmatigen, schijnen te impliceren dat deze staten aan de Amerikaanse gezagsorganen een handelwijze verwijten, welke zij zelf eveneens toepassen of zouden willen toepassen. Doch verzoekster wenst de stelling dat de regeringen met twee monden zouden spreken, zonder nadere instructie niet te aanvaarden. Zij nodigt in verband hiermede de Commissie uit het advies inzake het ontwerp der litigieuze beschikking over te leggen, dat is uitgebracht door het Adviescomité voor mededingingsregelen en economische machtsposities en waarin de opvattingen der Lid-Staten zijn weergegeven. In ieder geval staat vast dat althans Ne-

derland geen extraterritoriale bevoegdheid pretendeert als thans de Commissie doet.

d) De motivering van de beschikking ten aanzien van de bevoegdheid

Verzoekster wijst erop, dat de Commissie zich in haar verweerschrift op het standpunt heeft gesteld dat verzoekster zou hebben gehandeld binnen de Gemeenschap en dat, al ware dit niet het geval, zich zekere bijzondere omstandigheden, rechtstreekse gevolgen van deze gedraging opleverende, binnen de gemeenschappelijke markt hebben voorgedaan, zulks terwijl in de beschikking van een en ander met geen woord wordt ge-rept. Dit gebrek kan niet worden verholpen.

D — Memorie van dupliek van verweester

a) De internationale rechtspersoonlijkheid van de Commissie

Verweester wijst er in haar conclusie van dupliek allereerst op dat de Gemeenschap internationale rechtspersoonlijkheid bezit, zoals met name blijkt uit de artikelen 113, 114, 228 en 238 van het Verdrag betreffende het sluiten van handelsakkoorden en internationale akkoorden in het algemeen, uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie (arrest Costa tegen Enel, zaak 6-64) alsook uit het feit dat de Gemeenschap door ten minste 81 staten als internationaal rechtssubject is erkend. De Gemeenschap moge niet over dezelfde internationale rechtspersoonlijkheid beschikken als een staat, al evenzeer is waar dat de Gemeenschap voortaan op bepaalde gebieden alleen titularis is van bepaalde soevereine bevoegdheden welke de Lid-Staten haar hebben afge-staan, hetgeen met name geldt voor het kartelrecht. De Gemeenschap kan te dien aanzien — onder voorbehoud van het volkenrecht — deze bevoegdheden volledig uitoefenen, ook al hebben de Lid-Staten dat tevoren niet gedaan.

Verweester merkt bovendien op dat de Aide-mémoire die in oktober 1969 na-

mens de regering van het Verenigd Koninkrijk aan de Commissie werd overhandigd — en die verzoekster in haar memorie van repliek ter sprake brengt — de vermelding „confidencieel” draagt. De Commissie verzoekt het Hof hiermede bij kennisneming van dit document rekening te willen houden.

Voorts blijkt volgens de Commissie uit deze Aide-mémoire dat, zelfs wanneer de verboden ondernemersafpraak is aange-gaan buiten het grondgebied van de staat die ten deze bevoegdheid „claimt”, deze bevoegdheid nochtans kan worden erkend in gevallen waarin de persoon tegen wie de vervolging is gericht op grond van bedoelde afspraak op het grondgebied van die staat heeft gehandeld. En volgens de Commissie is dit nu juist het geval met ICI die, ter uitvoering van de onderlinge afspraak, imperatieve richtlijnen heeft gegeven aan haar binnen de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen.

b) De bevoegdheid op grond van verzoeksters activiteiten binnen de gemeenschappelijke markt

Ten gevolge van de heerschappij van de moederonderneming over de dochteronderneming functioneert de schakel tussen het bevel van de moedermaatschappij en de uitvoering door de dochtermaatschappij automatisch. *Verweester* citeert verzoeksters telex van 13 januari 1964 aan haar Belgische dochtermaatschappij, die hieromtrent geen twijfel laat bestaan.

Dat de dochtermaatschappij in normale omstandigheden betrekkelijk vrij zou zijn in het vaststellen van haar verkoopprijzen, neemt niet weg dat de moedermaatschappij die vrijheid op elk moment kan inperken, hetgeen in casu is geschied. Dat de dochterondernemingen een eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, verandert hieraan niets; bovendien is volgens recente wetgeving en rechtsleer het begrip rechtspersoon, toegepast op concernrechtelijke verhoudingen, van zeer relatieve betekenis: er mag slechts mee worden gewerkt voor zover die niet

leidt tot resultaten die onredelijk en voor de rechtsorde onaanvaardbaar zijn.

Deze basisgedachte heeft er onder meer toe geleid dat in de nieuwe Duitse vennootschapswetgeving de moedermaatschappij in bepaalde omstandigheden solidair met de dochtermaatschappij aansprakelijk wordt gesteld voor de verbintenissen van laatstgenoemde, waartegenover staat dat de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij bevelen mag geven. Ook in de Franse en Italiaanse wetgeving en in het Belgische voorontwerp voor een nieuwe vennootschapswet wordt op bepaalde punten rekening gehouden met de bijzondere concernverhoudingen. De theorie dat de dochtermaatschappij als het verlengstuk van de moedermaatschappij is te beschouwen, sluit derhalve aan bij de rechtsstelsels der Lid-Staten.

Verweerster wijst er vervolgens op, dat de kartelrechtelijke voorschriften betrekking hebben op economische handelwijzen van ondernemingen, voor zover zij uitwerking hebben op de markt, en dat op mededingingsgebied de economische realiteit belangrijker is dan de juridische vormgeving. De Commissie heeft ten gunste van de ondernemingen reeds met de specifiek concernrechtelijke verhoudingen rekening gehouden toen zij op 18 juni 1969 een negatieve verklaring afgaf ter zake van een tussen een Deense moedermaatschappij en haar Nederlandse dochtermaatschappij gesloten overeenkomst; de Commissie was van mening, dat er tussen de beide ondernemingen geen concurrentie bestond en beschouwde de dochtermaatschappij als een integrerend deel van het economisch geheel, gevormd door de onder leiding van de moedermaatschappij staande groep. Kan derhalve het bestaan van een concernrechtelijke verhouding leiden tot een voor de ondernemingen gunstige toepassing van het communautaire recht, dan moet anderzijds worden aanvaard dat het bestaan van een dergelijke verhouding de toepassing van het kartelrecht ook ongunstig kan beïnvloeden.

c) *Motivering van de bevoegdheid op grond van de gevolgen van verzoeksters gedragingen binnen de gemeenschappelijke markt*

aa) naar internationaal recht

Verweerster merkt op dat in het arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak weliswaar een uitzondering wordt gemaakt op de regel dat de ene staat zijn soevereiniteit niet op het grondgebied van de andere staat mag uitoefenen, doch dat die uitzondering, een staat niet verbiedt zijn rechtsmacht op zijn eigen grondgebied uit te oefenen telkens wanneer het gaat om feiten welke zich in den vreemde hebben voorgedaan. Volgens dit beginsel mogen de staten, evenals de Gemeenschap, regelen uitvaardigen voor hun eigen grondgebied in verband met gedragingen die zich in het buitenland hebben voorgedaan, zonder dat zij daartoe door een internationale rechtsregel behoeven te zijn gemachtigd.

Het gaat niet aan op grond van speciale verdragen voor bijzondere punten, waarop ICI zich beroept, het algemeen beginsel van het Lotus-arrest in twijfel te trekken. *Verweerster* bestrijdt ICI's stelling, dat de enige afwijking van het strikte territorialiteitsprincipe volgens het Lotus-arrest op de „*effet-élément constitutif*”-theorie zou berusten; volgens *verweerster* verbiedt het internationale recht naar de opvatting van het Permanente Hof een staat niet zijn jurisdictie te doen steunen op de binnenlandse gevolgen van een buitenlandse gedraging, te weten wanneer een wezenlijk bestanddeel van een delict, en wel voornamelijk de gevolgen van het delict, zich op het grondgebied van die staat hebben voorgedaan.

Het Permanente Hof te Den Haag heeft dit beginsel ook op het strafrecht van toepassing geacht, ondanks het nauwe verband tussen de bevoegdheid in strafzaken en het staatsbegrip. Met haar stelling dat een staat wel van een deel van zijn bevoegdheden op het terrein van het klassieke strafrecht, doch niet van die op het stuk van het kartelrecht kan afzien, komt verzoekster dan ook in tegen-

spraak met de redenen welke het Permanente Hof aanleiding gaven de extraterritorialiteit te erkennen met betrekking tot een gedraging vallende onder het klassieke strafrecht.

Wanneer men uitgaat van de stelling van de Commissie dat het kartelrecht niet met het klassieke strafrecht mag worden gelijkgesteld, dan zijn de algemene regelen van het Lotus-arrest onverkort van toepassing, zodat de Commissie behoudens een internationaalrechtelijke verbodsregel bevoegd is om op het grondgebied van de Gemeenschap rechtsmacht uit te oefenen met betrekking tot buiten de Gemeenschap verrichte handelingen, zulks op grondslag van de „point de rattachement”-theorie.

Zelfs wanneer men de opvatting dat kartelovertreden met delicten van gemeen strafrecht moeten worden gelijkgesteld voor de juiste zou houden en de „*effet-élément constitutif*”-leer zou toepassen, dan is er nog reden om de bevoegdheid der Commissie te erkennen. Immers het bevel tot prijsverhoging, dat verzoeksters dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt hadden uit te voeren, is een handeling welke binnen de gemeenschappelijke markt rechtstreeks effect sorteert; handeling en gevolgen zijn bestanddelen van hetzelfde delict; evenals in de Lotus-zaak. Verweerster merkt op, dat haar niet duidelijk is dat de huidige paragraaf 18 van het „Restatement” minder ver gaat dan de opvatting die de Commissie thans zelf verdedigt: de woorden „*direct and foreseeable result*” in dit document komen overeen met de term „*directe, voorzienbare gevolgen*”, waarvan zij zich in haar verweerschrift heeft bediend.

Ten aanzien van verzoeksters betoog betreffende de diplomatieke protesten merkt verweerster op, dat er ongetwijfeld verschil bestaat tussen het opleggen van een boete aan verzoekster wegens gedragingen met een ongunstige invloed op de gemeenschappelijke markt enerzijds en een maatregel waarbij personen of vennootschappen worden verplicht stukken uit het buitenland over te bren-

gen of contracten of statuten, gesloten in de vreemde, te wijzigen. De verklaring dat verzoeksters gedraging een overtreding van het Verdrag inhoudt en oplegging van geldboete dient niet te worden verward met de fase van effectieve dwang, dat wil zeggen het executeren van genoemde verklaring en van de opgelegde boetes, door het afgeven van „*injuncties*” of door beslaglegging. Hierin schuilt het verschil tussen legislatieve en executieve-jurisdictie. Bij het uitoefenen van legislatieve jurisdictie stelt een overheid voor haar eigen grondgebied bepalingen vast welke zullen worden toegepast, ook al is de handeling in het buitenland verricht. Daarentegen zal de betrokken overheid bij het uitoefenen van executie-jurisdictie soms geneigd zijn handelingen voor te schrijven welke door de betrokken onderneming in het buitenland moeten worden uitgevoerd.

Artikel 39 van de Nederlandse wet op de economische mededinging heeft in de eerste plaats betrekking op de uitoefening van de executie-jurisdictie. Wanneer in het artikel bovendien stelling wordt genomen ten aanzien van de legislatieve jurisdictie, wijst dit op de bedoeling van de Nederlandse wetgever om voor zichzelf exclusieve zeggenschap op te eisen ten aanzien van de marktverhoudingen op Nederlands grondgebied.

Naar aanleiding van verzoeksters beschouwingen ten aanzien van de beslissing van het Zwitserse Tribunal fédéral van 21 maart 1967, wijst verweerster erop dat de Zwitserse kartelwet, met name artikel 7, alinea 2, b), volgens dit arrest „*doit réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse*”.

Verzoeksters stelling dat alleen een volkenrechtelijke habilitatieregulering de bevoegdheid van de Gemeenschap ten aanzien van in het buitenland verrichte handelingen kan funderen, is in strijd met de regel die door het Permanente Hof in de Lotus-zaak werd opgesteld.

Verweerster wijst er voorts op, dat onder directe gevolgen valt de zichtbare, nor-

male uitwerking van de handeling op de gemeenschappelijke markt. Het beschermingsbeginsel ligt in het onmiddellijk verlengde van de „counter legislation”, en men kan bezwaarlijk stellen dat de Commissie ten aanzien van exporthandelingen naar de Gemeenschap geen enkele bevoegdheid mag opeisen.

- bb) de vraag of de door de Commissie opgeëiste bevoegdheid met het nationale recht der Lid-Staten in overeenstemming is

Verweerster acht verzoeksters opmerkingen ten deze onbegrijpelijk, althans irrelevant. Het is in de eerste plaats onjuist, dat de Commissie verzoeksters verklaring volgens welke de Gemeenschap niet op een verdergaande vorm van extraterritoriale jurisdictie aanspraak zou kunnen maken dan de Lid-Staten, niet zou hebben weersproken: verweerster verwijst te dien aanzien naar bladzijde 88 van haar verweerschrift.

Bovendien heeft verzoekster de opmerking van de Commissie betreffende de diplomatieke protesten der Lid-Staten niet goed begrepen: de Commissie meent dat deze protesten tegen extraterritoriale uitoefening van executie-jurisdictie niets zeggen over de houding dezer staten ten aanzien van de extraterritoriale uitoefening van legislatieve jurisdictie.

Ten aanzien van het advies van het Adviescomité inzake de bevoegdheid der Gemeenschap merkt de Commissie op dat het hier gaat om een intern advies, dat geen element van haar beschikking vormt.

Krachtens de overdracht — in het Verdrag — van soevereine bevoegdheden van de Lid-Staten naar de Gemeenschap, kunnen de bevoegde communautaire instellingen naar eigen inzicht, binnen de door het volkenrecht gestelde grenzen, de extraterritoriale uitwerking van kartelrechtsvoorschriften regelen zonder gebonden te zijn aan de eisen welke de Lid-Staten in het kader van hun nationale kartelwetgeving formuleren.

- d) *De motivering van de beschikking ten aanzien van de bevoegdheid*

Verweerster acht artikel 85, lid 1, een zo duidelijke en verstrekkende bepaling, dat zij door ernaar te verwijzen kan worden geacht haar bevoegdheid ten aanzien van de gewraakte gedragingen te hebben ingeroepen. Anderzijds is de Commissie in het kader van de administratieve procedure niet gehouden de afwijzing van de middelen van verzoekster te motiveren.

2. *Het middel betreffende de kennisgeving van de bestreden beschikking*

Verzoekster betoogt, dat in artikel 4 van de beschikking en in de overweging omtrent de kennisgeving het Verdrag, althans wezenlijke vormvoorschriften, worden geschonden omdat zij inhouden dat de kennisgeving kan geschieden aan de zetel van verzoeksters dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt, alsook omdat de kennisgeving aan de Duitse dochteronderneming heeft plaatsgehad. Doch volgens wetgeving en praktijk der Lid-Staten moet de kennisgeving geschieden aan iemand die gerechtigd is haar in ontvangst te nemen.

Doch daarvan is geen sprake ten aanzien van verzoeksters Duitse dochteronderneming, die daartoe door haar geenszins gemachtigd was en naar Duits recht niet gehouden is de hierbedoelde stukken ter kennis van de moederverenootschap te brengen.

De verwijzing in de considerans der bestreden beschikking naar 's Hofs arrest in de zaak 8-56 is niet ter zake dienende, omdat voormelde dochteronderneming geen deel van de „sphère interne” van ICI uitmaakt.

Verweerster begint met op te merken dat vaststaat dat verzoekster van de aangevochten beschikking kennis heeft gekregen, zodat het er voor moet worden gehouden dat haar Duitse dochteronderneming de haar betekende beschikking wel degelijk aan ICI in Engeland heeft overgemaakt; bovendien zijn er in artikel 191, lid 2, van het EEG-Verdrag voor deze kennisgeving geen bijzondere formaliteiten voorgeschreven.

Verweerster merkt op, dat het blijkens 's Hofs arrest in de zaak 8-56 (ALMA) voldoende is wanneer kennisgevingen in de loop van een administratieve procedure op regelmatige wijze binnen het bereik van de geadresseerde komen, waarbij het van geen belang is of de betrokken vennootschap werkelijk van de inhoud kennis heeft genomen. Omdat verzoeksters Duitse dochtermaatschappij geheel door de moederonderneming wordt beheerst, is de bestreden beschikking in ICI 's bereik gekomen, ook al bezit de dochteronderneming eigen rechtspersoonlijkheid; bovendien is de beschikking in casu ook werkelijk ter kennis van verzoekster gekomen.

Verzoekster meent dat de bestreden beschikking nog niet van kracht is geworden, omdat de kennisgeving niet op formeel juiste wijze heeft plaatsgehad. Zij heeft wel een afschrift van de beschikking, doch niet een kennisgeving overeenkomstig artikel 191 van het Verdrag ontvangen; en volgens dat artikel moet daarbij de officiële weg worden bewandeld. 's Hofs arrest 8-56 in de ALMA-zaak is in casu niet ter zake dienende, omdat van de litigieuze beschikking niet aan de geadresseerde, doch aan een andere vennootschap, ICI GmbH in Duitsland, is kennisgegeven, hetgeen niet valt te rijmen met de betekenis van de term zetel van de geadresseerde volgens het in bedoeld arrest gebezigde criterium. Identificatie van een onderneming en haar dochtermaatschappijen wordt in het recht steeds afgewezen.

Verweerster stelt vast, dat verzoekster in haar repliek toegeeft een afschrift van de beschikking te hebben ontvangen.

Ten aanzien van de door verzoekster gevraakte wijze van kennisgeving merkt verweerster op dat artikel 191, alinea 2, van het Verdrag geen speciale formaliteiten ter zake van kennisgeving voorschrijft.

Aangezien ten aanzien van de kennisgeving van een kartelrechtelijke beschikking moeder- en dochtermaatschappij als een eenheid zijn te beschouwen, heeft betekening aan de zetel van dochtermaat-

schappij tegelijkertijd werking ten aanzien van de moedermaatschappij.

Nadat de ambassadeur van de regering van het Verenigd Koninkrijk geweigerd had de beschikking langs de gebruikelijke diplomatieke weg aan de Britse moederonderneming te doen toekomen, heeft de Commissie om redenen van internationale hoffelijkheid gemeend van verzending per post te moeten afzien en met kennisgeving via een binnen de Gemeenschap gevestigde dochteronderneming de belangen van de betrokken ondernemingen het best gediend geacht.

Zelfs wanneer betekening op de in artikel 191, tweede alinea, van het Verdrag voorgeschreven wijze niet mocht hebben plaatsgehad, dan nog zou verzoekster niet in haar belangen zijn geschaad, nu zij van haar recht tegen de beschikking in beroep te komen gebruik heeft gemaakt.

3. Middelen betreffende de administratieve procedure

Verzoekster verwijt de Commissie de procedurevoorschriften van verordening nr. 17 van de Raad en verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie niet in acht te hebben genomen doordien:

- a) de „communication des griefs” bedoeld in artikel 2 van laatstgenoemde verordening „par délégation” is getekend door de „Directeur général de la concurrence”, terwijl zulk een delegatie van de bevoegdheden der Commissie ten deze niet is toegelaten;
- b) deze „communication” verder gaat dan het daarin vermelde besluit van 31 mei 1967, nu zij gewag maakt van prijsverhogingen waartoe na het besluit is overgegaan, terwijl verder met oplegging van boetes krachtens artikel 15 van verordening nr. 17 wordt gedreigd, ofschoon het voorafgaande besluit van de Commissie alleen de in artikel 3 bedoelde procedure betrof;
- c) in de beschikking een aantal feiten wordt vermeld die niet in de „communication des griefs” zijn opgeno-

men en waarover verzoekster zich derhalve niet heeft kunnen uitlaten;

- d) de Commissie haar beschikking heeft genomen voordat ICI op het ontwerp van het proces-verbaal van verhoor had kunnen reageren.

In haar verweerschrift gaat *verweerster* op de eerste drie punten in:

- a) het lid van de Commissie, onder wie de concurrentievraagstukken ressorteren, heeft krachtens de hem door de Commissie gedelegeerde bevoegdheden de Directeur-generaal Concurrentie gemachtigd de door het Commissie-lid goedgekeurde tekst namens hem te ondertekenen;
- b) in het dispositief van het besluit der Commissie van 31 mei 1967 over het inleiden van de procedure komt onder meer de volgende passage voor: „vu le règlement n° 17 du Conseil, notamment son article 3 et son article 9, al. 2 et 3”. Uit deze tekst blijkt, dat *verweerster* het besluit baseerde op verordening nr. 17 in haar geheel en dat men door naar artikel 3 te verwijzen voor de toekomst een concurrerende bevoegdheid van de autoriteiten der Lid-Staten tot toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft willen uitsluiten;
- c) volgens 's Hof's jurisprudentie in de zaken Grundig-Consten behoeven in een administratieve procedure niet alle stukken letterlijk aan partijen te worden medegedeeld en de dossiers niet te hunner beschikking te worden gesteld, doch is het voldoende wanneer de Commissie hun de gegevens verstrekt waaruit zij moeten vernemen waarop haar bezwaren steunen. Daartoe behoeven niet de volledige teksten van alle circulaires te worden medegedeeld — waaraan trouwens het gevaar voor uitlekken van zaken-geheimen zou zijn verbonden —. De Commissie heeft in haar beschikking slechts rekening gehouden met feiten waaromtrent de procedure handelde;

Verzoekster zegt voor repliek:

- wanneer van de door *verweerster* bedoelde delegatie niet blijkt uit een van de stukken welke van de Commissie zijn uitgegaan, behoort een van de Commissie uitgaande mededeling ook door haar te zijn ondertekend;
- het feit alleen dat artikel 3, en niet artikel 15, is vermeld in het besluit tot inleiding van de procedure, wil zeggen dat alleen een procedure ex artikel 3 is bedoeld;
- wil artikel 4 van verordening nr. 99 zin hebben, dan moet de Commissie alle feiten stellen waarop de punten van bezwaar zijn gebaseerd.

Verweerster herhaalt de reeds in het verweerschrift voorgedragen argumenten en antwoordt voorts:

- het reglement van orde van de Commissie, dat de Directeur-generaal Concurrentie machtigt „per delegatie” te ondertekenen, is gebaseerd op artikel 162 van het EEG-Verdrag;
- in de verhouding tussen de ondernemingen en de Commissie wordt de omvang van de procedure bepaald door de mededeling van de punten van bezwaar;
- zoals bij de hearing was overeengekomen, is het proces-verbaal op 27 juni 1969 aan de gemachtigde van *verzoekster* toegezonden. Dat deze gemachtigde niet heeft geantwoord, kan niet als een procedurefout worden beschouwd, te minder nu *verzoekster* niet stelt dat haar opmerkingen onjuist zijn weergegeven.

4. Het middel betreffende de verjaring

Verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking in strijd is met het Verdrag en de voorschriften tot uitvoering van het Verdrag, althans onvoldoende is gemotiveerd, nu de Commissie, door ter zake van de prijsverhoging van januari 1964 een procedure in te leiden na een termijn welke iedere redelijke tijdslimiet overschrijdt, met de werking der verjaring geen rekening heeft gehouden. Wanneer

men acht slaat op de verjaringsvoorschriften der Lid-Staten voor overtredingen van de administratieve wetgeving (drie jaar volgens paragraaf 27 van het Gesetz über Ordnungswidrigkeiten van 24 mei 1967 in Duitsland en twee jaar volgens het Nederlandse Wetboek van Strafrecht) en bedenkt dat de punten van bezwaar eerst op 11 december 1967 aan verzoekster zijn medegedeeld, dan zouden alle feiten die zich vóór december 1964 zouden hebben afgespeeld, buiten aanmerking moeten blijven, ook al zou men een termijn van bij voorbeeld drie jaren willen aannemen. Verzoekster is evenwel van mening, dat het juist ware de kortste in de Lid-Staten bekende verjaringstermijn toe te passen.

Verweerster brengt hiertegen in, dat de drie eenvormige prijsverhogingen van januari 1964, januari 1965 en oktober 1967 moeten worden beschouwd als de resultaten van een voortgezette onderling afgestemde feitelijke gedraging over de gehele periode januari 1964 tot oktober 1967. Zij meent daarom, dat het vraagstuk van de verjaring in casu niet aan de orde komt.

Subsidiair merkt *verweerster* op dat de Commissie, nu in de bestaande voorschriften geen regels over de verjaring te vinden zijn, in de uitoefening van haar taken en discretionaire bevoegdheid volledig vrij bleef de tijdslimiet voor de vervolging van inbreuken onder toezicht van het Hof nader vast te leggen. Zou men bij gebreke van gemeenschapsrechtelijke verjaringsvoorschriften voor een feit dat door het Gemeenschapsrecht wordt geregeld naar het nationale recht teruggrijpen, dan zou een eenvormige toepassing van het Gemeenschapsrecht onmogelijk worden.

Aan het recht der Lid-Staten is alleen het verjaringsbeginsel gemeen. Ten aanzien van de wijze van toepassing bestaan er echter belangrijke verschilpunten.

Op grond van deze verschillen komt de Commissie tot de conclusie, dat er geen nauwkeurige criteria kunnen worden opgesteld, zodat ten aanzien van de verjaring van inbreuken op artikel 85 van het

Verdrag alleen rekening moet worden gehouden met de eisen van het Gemeenschapsrecht.

Zelfs wanneer men de opvatting huldigt dat elk van de drie op elkander volgende prijsverhogingen berustte op een nieuwe onderling afgestemde feitelijke gedraging, dan nog zou de verjaringstermijn niet zijn verstreken; de verjaring is sedert 1964 meermalen gestuit door schriftelijke verzoeken om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 en door verificaties, vanwege de Commissie krachtens artikel 14 van verordening nr. 17 wegens bepaalde inbreuken bij verschillende ondernemingen, onder meer bij verzoekster, verricht.

Verweerster meent dat, gezien de juridische en feitelijke moeilijkheden van deze materie, zelfs een termijn van drie jaren nog niet als adequaat kan worden beschouwd om verjaring bij inbreuken op de concurrentieregels van de Gemeenschap te kunnen aannemen.

Verzoekster merkt op, dat de hierbedoelde overtredingen niet opzettelijk zijn begaan. En in zodanig geval bedraagt de verjaringstermijn naar Nederlands recht twee jaren.

Vóór de mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie nimmer enige stap tegen ICI ondernomen; de démarches bij ICI's dochterondernemingen kunnen niet op één lijn worden gesteld met daden van onderzoek tegen ICI zelf.

Verweerster antwoordt, dat verificaties bij verzoeksters dochterondernemingen die door haar waren geïnstrueerd de prijzen te verhogen, gericht waren op de door verzoekster vermoedelijk begane inbreuk.

5. *De middelen betreffende: a) het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en de vraag of daarvan sprake is geweest; b) het bestaan van beperkingen van de mededinging*

a) *Verzoekster* betoogt, dat de betrekking, voor zover inhoudende dat ICI zou hebben deelgenomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke tot de prijsverhogingen van 1964, 1965 en

1967 hebben geleid, wegens onvoldoende motivering schending van wezenlijke vormvoorschriften inhoudt. Zij merkt op, dat het, wil van een „pratique concertée” worden gesproken, niet voldoende is dat ondernemingen op een oligopolistische markt zich bewust parallel gedragen; aan die gedragingen moeten een gemeenschappelijk plan van handelen, benevens wilsovereenstemming gericht op dienovereenkomstig handelen, ten grondslag liggen. Volgens verzoekster blijkt uit de bestreden beschikking niet duidelijk, of de Commissie uitgaat van één enkele „pratique concertée” waarvan de verschillende voormelde prijsverhogingen het met het Verdrag strijdige gevolg zouden zijn geweest, dan wel of er voor alle drie prijsverhogingen een afzonderlijke „pratique concertée” heeft bestaan. De bewoordingen der beschikking wijzen in eerstbedoelde richting. Doch dan blijkt de motivering terstond onvoldoende, immers de beschikking behelst geen enkele aanwijzing omtrent een zover gaande „afstemming”.

Maar ook indien men aanneemt dat er volgens de Commissie voor de verschillende prijsverhogingen afzonderlijke „pratiques concertées” hebben bestaan, zou de motivering ongenoegzaam zijn. Het is niet voldoende dat er een „pratique concertée” wordt aangetoond; bewezen moet worden dat juist ICI daaraan heeft deelgenomen. Bovendien levert het bewijs van het bestaan van een „pratique concertée” ten aanzien van een prijsverhoging in een land A of op een tijdstip X op zichzelf geenszins bewijs op van een „pratique concertée” met betrekking tot land B of op een datum Y.

Verzoekster merkt op, dat de Commissie niet de concrete feiten vermeldt waaruit de „concertatio” zou hebben bestaan, doch tracht die door een redenering ex absurdo te bewijzen. Een dergelijke handelwijze is echter onverenigbaar met het para-strafrechtelijk karakter van de onderhavige procedure. Bovendien is de gedachtengang van de beschikking onjuist: er is telkens sprake geweest van prijsverhogingen waartoe door één der produ-

centen is besloten en waaraan de anderen zich vervolgens telkens, elk voor zich, hebben geconformeerd, hetgeen zeer goed kan worden verklaard door de marktsituatie en de commerciële strategie der ondernemingen, ook zonder dat aan „une minutieuse concertation préalable” behoeft te worden gedacht. De redenering van de Commissie, volgens welke een parallel marktgedrag op een oligopolistische markt te allen tijde een zeer ernstig vermoeden zou opleveren voor het bestaan van „pratiques concertées”, miskent de werking van de oligopolistische markt.

Verzoekster merkt voorts op, dat het onderzoek van de Commissie aanvankelijk mede betrekking had op een aantal ondernemingen die zich op de markt op dezelfde wijze hadden gedragen als de ondernemingen in de beschikking bedoeld, doch aan welke uiteindelijk geen boetes zijn opgelegd.

De argumenten welke de Commissie wil ontlenen aan de omstandigheid, dat de prijsverhogingen omstreeks dezelfde tijd hebben plaatsgehad en aan het feit dat de desbetreffende mededelingen gelijklopende passages bevatten, leveren dus ten laste van verzoekster geen enkel bewijs op. Opmerking verdient voorts, dat in 1967 zelfs de datum van ingang niet overal en voor alle fabrikanten dezelfde was. En hetzelfde kan worden gezegd van de uniformiteit der verhogingen.

Ten aanzien van de verklaring door Geigy op 18 augustus 1967 op de bijeenkomst te Bazel afgelegd, merkt verzoekster op dat wanneer een fabrikant aan zijn concurrenten mededeelt in beginsel tot prijsverhoging besloten te hebben, zulks op zichzelf niet voldoende is om van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te spreken.

Dit geldt in ieder geval geenszins voor verzoekster.

Om voormelde redenen is de beschikking nietig wegens de schending van wezenlijke vormvoorschriften. Mocht de beschikking aldus zijn te verstaan, dat van een „pratique concertée” reeds sprake is wanneer een onderneming het

marktgedrag van een concurrent volgt, dan moet de Commissie worden geacht aan het begrip „pratique concertée” een verkeerde betekenis te hebben toegekend en zich derhalve aan schending van het Verdrag te hebben schuldig gemaakt.

b) Zelfs al zou men aannemen, dat er wel een „pratique concertée” is geweest leidende tot een uniforme prijsverhoging met een bepaald percentage, dan nog wordt daardoor volgens *verzoekster* de hoogte der van geval tot geval berekende prijzen niet bepaald, want het is niet voor betwisting vatbaar dat de kleurstoffenprijzen van geval tot geval al naar de omstandigheden verschillen. Wat betreft het niet bestaan van prijslijsten verwijst *verzoekster* met name naar het bij het verzoekschrift gevoegde rapport van de professoren Bombach en Hill van de universiteit van Bazel betreffende de Europese kleurstoffenindustrie.

Dat de prijzen met een zelfde percentage werden verhoogd, neemt niet weg dat die prijzen zowel voor als na de verhoging door de concurrentie worden bepaald. Zelfs al zou men daarom aannemen, dat er in casu van „pratiques concertées” sprake is geweest, dan nog zou ook bij gebreke van enige concertation het marktgedrag van de producenten geheel hetzelfde zijn geweest, hetgeen betekent dat door deze „pratiques concertées” de concurrentie niet is beperkt.

Ten slotte bestrijdt *verzoekster* de bewering der Commissie, dat partijen zouden hebben gesteld dat de mededinging tussen fabrikanten op een oligopolistische markt niet in hoofdzaak de prijzen doch de kwaliteit der producten en de service aan de clientèle betreft.

Verzoekster betoogt dat zij er, integendeel, reeds in haar memorandum aan de Commissie op heeft gewezen hoe scherp de concurrentie juist op het gebied van prijzen was en is.

Verweerster brengt hiertegen in dat al moge een bewuste parallelle gedraging op zichzelf onvoldoende zijn om tot het bestaan van een onderling afgestemde gedraging te kunnen concluderen, het anderzijds niet nodig is dat de deelne-

mers een gemeenschappelijk plan voor een bepaald marktgedrag opstellen; het is voldoende dat zij elkander van hun voorgenomen toekomstig gedrag op de hoogte brengen, zodat iedere onderneming haar beleid kan uitstippelen in de verwachting dat de concurrenten zich op gelijke wijze zullen gedragen.

Verweerster betoogt dat de hierbedoelde prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit de oligopolistische structuur van de markt. Verwijzend naar de oligopolie-theorie is *verzoekster* voorbijgegaan aan de prijstheoretische hypothesen aan de hand waarvan het parallel gedrag wordt onderzocht. En juist deze hypothesen missen toepassing in de kleurstoffenindustrie.

Verweerster merkt op dat de moderne oligopolie-theorie van een veelvoud van prijsvormingsprocessen in een oligopolie uitgaat en geenszins de conclusie wettigt dat oligopolie en gewild parallel marktgedrag altijd samengaan. De theoretici erkennen een bewust parallel gedrag der ondernemingen alleen wanneer sprake is van oligopolie met een zeer hoge graad van interdependentie, in die zin dat een onderneming niet kan overgaan tot een concurrentiemaatregel zonder dat haar concurrenten daardoor terstond en waarneembaar worden getroffen en dienovereenkomstig reageren. Een onderneming zal dan haar prijs alleen verhogen wanneer zij er op kan rekenen dat haar concurrenten zullen volgen. Of en, zo ja, in hoeverre de ondernemingen de prijsverhogingen zullen volgen hangt in wezen af van hun marginale kosten en de schatting van hun prijsafzetkrommen. Dit houdt in dat, zelfs bij een zeer grote interdependentie, de onzekerheid van een onderneming die haar prijzen verhoogt omtrent de vraag of de concurrenten haar al dan niet zullen volgen, niet zonder meer is weggenomen. Wil van een bewust parallel gedrag sprake zijn, dan moet een aantal voorwaarden zijn vervuld, zoals: gering aantal aanbieders, hoge vaste kosten, grote beweeglijkheid van vraag, homogeniteit en transparantie van de prijzen, geringe aanpassingsmoge-

lijkheid van de produktiecapaciteit op korte termijn, geringe elasticiteit van de vraag met betrekking tot het aanbod van alle concurrenten, technische moeilijkheden bij de publikatie van gewijzigde prijzen en weerstand van de afnemers tegen frequente prijsveranderingen. Daar komt nog de voorwaarde bij, dat de markt zich in een stadium van stagnatie moet bevinden, zodat de interdependentie van de aanbieders niet losser wordt gemaakt door een grote toeneming van de vraag.

In Amerika wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak een overwegende rol toegekend aan de *homogeniteit der produkten*, wanneer moet worden beslist of van een bewust parallel gedrag sprake is. Volgens verschillende schrijvers doen zich de gevolgen van prijsveranderingen veel minder snel gevoelen — en zijn zij in mindere mate te voorspellen — bij een gedifferentieerde productie. Bovendien kan er, wanneer in de praktijk in den regel andere prijzen worden berekend dan in de aankondigingen vermeld, zelfs bij homogene produkten niet van een automatisch of absoluut parallelisme worden gesproken.

Ook de Hoge Autoriteit van de EGKS is ervan uitgegaan, dat homogeniteit van de produkten op zichzelf het vermoeden dat een uniforme prijsverhoging van meerdere ondernemingen een onderling samenhangende gedraging in de zin van artikel 65, lid 1, van het EGKS-Verdrag vormt, niet weerlegt, zoals blijkt uit de boetes welke de Hoge Autoriteit in een — door betrokkenen niet bestreden — beschikking van 4 februari 1959, aan een aantal staalondernemingen heeft opgelegd.

De toepassing van de criteria, opgesteld in de doctrine inzake het bewust parallel gedrag laat zien dat van zulk een gedrag in de kleurstoffenindustrie geen sprake kan zijn. Uit de stukken die te zamen rapport nr. 100 van de British National Board for Prices and Incomes inzake de kleurstoffenindustrie vormen, gedagtekend 21 januari 1969 (bijlage V-1 bij het verweerschrift), uit het advies van de professoren Bombach en Hill (bijlage 8

bij het verzoekschrift) — tijdens de hearing overgelegd door de ondernemingen ICI, Geigy en Sandoz — en uit verschillende door de Commissie overgelegde statistische berekeningen (tabellen I t/m VI bij bijlage I van het verweerschrift) blijkt, dat de concurrentiebetrekkingen tussen de ondernemingen op de kleurstoffenmarkt geenszins als concurrentie met homogene produkten kunnen worden gekenmerkt.

De markt voor de hierbedoelde produkten betreft ongeveer 6 000 verschillende produkten, waarvan er door elk der betrokken ondernemingen 1 500 tot 3 500 worden vervaardigd, terwijl ten minste een deel hiervan nog wordt aangeboden in verschillende kwaliteiten en mengingen en in uiteenlopende fysische vormen. De verschillen in kleursterkte, kleurnuance, stabiliteit en oplosbaarheid leiden ertoe dat bij vergelijking van de produkties van verschillende fabrikanten vrijwel nergens een volledige overeenstemming tussen twee kleurstoffen kan worden geconstateerd. De graad van homogeniteit is zeer verschillend: hij loopt van de relatief goede vergelijkbaarheid van standaardkleurstoffen tot de vorming van dikwijls nog door octrooien beschermde quasi-monopolies voor kleurstoffen met speciale kenmerken. Bovendien ondergaan de substitutierelaties en de concurrentiepositie van de individuele kleurstoffen, gezien de technische vooruitgang, een voortdurende en snelle verandering. Deze markt wordt voorts gekenmerkt door *gebrekkige transparantie*, welke vooral samenhangt met het grote aantal produkten, hun heterogeniteit en de gedifferentieerde vraag (geleverd wordt aan afnemers uit de textiel-, leder-, papier-, levensmiddelen-, rubber- en kunststoffenindustrie alsmede aan fabrikanten van verven, inkten, cosmetica, enz.). Daarbij komt technische service aan de afnemers, welke afhankelijk van de cliënt meer of minder ver kan gaan. Hieruit volgt dat er voor de individuele kleurstoffen geen algemeen geldende prijs bestaat; de prijzen worden met iedere afnemer individueel overeengeko-

men, terwijl de prijsverschillen van afnemer tot afnemer aanzienlijk zijn. Deze wijze van berekening leidt ertoe, dat de door de ondernemingen voor elk produkt berekende prijzen zowel tussen hen onderling als tussen hun afnemers grotendeels onbekend zijn, hetgeen door ICI ook is erkend. Dit heeft ten gevolge dat prijsveranderingen van een fabrikant slechts onvolkomen en in ieder geval slechts met grote vertraging op de markt bekend worden.

Een tweede criterium voor de beantwoording van de vraag of een „bewust parallel gedrag” mogelijk is, vormt de *expansiegraad van de markt* en als geheel blijkt de kleurstoffenindustrie aanzienlijke groeipercentages te vertonen, die ongeveer overeenkomen met die van de gehele chemische industrie.

Wat betreft de *beweeglijkheid van de vraag*: volgens de professoren Bombach en Hill heerst er op de kleurstoffenmarkt een levendige prijzenconcurrentie en zijn de afnemers geneigd bij prijsconcessies van leverancier te veranderen.

Afgaande op voormeld rapport van de National Board for Prices and Incomes, bladzijde 5, blijkt deze beweeglijkheid van de vraag in de laatste jaren te zijn toegenomen en te worden begunstigd door de omstandigheid, dat de afnemers normaliter slechts geringe voorraden aanhouden en telkens slechts kleine hoeveelheden inkopen.

Het feit dat de afnemers geringe voorraden aanhouden dwingt de fabrikanten zelf *omvangrijke opslagplaatsen* te hebben, zodat zij over een goede aanpassingsmogelijkheid aan veranderingen in de vraag beschikken. Aangezien de concurrentie tussen de fabrikanten intensief is en de ondernemingen er voortdurend naar streven hun marktaandeel te vergroten, zullen zij hun voorraden zo regelen dat zij eventuele afzetmogelijkheden ook kunnen benutten. De aanpassing op middellange termijn door wijziging van het produktieprogramma wordt vergemakkelijkt door het feit dat de fabrieksinstallaties op vele wijzen bruikbaar gemaakt kunnen worden.

Gezien de bijzondere marktomstandigheden, is de situatie van onderneming tot onderneming verschillend. De mogelijkheden om de door de aanbieders nagestreefde prijzen te realiseren, vertonen daarom van de ene tot de andere onderneming grote verschillen.

De ondernemingen van de verschillende staten kennen ongelijke groeipercentages en ook de schommelingen in die percentages verschillen. Zo zijn blijkens de gegevens van de firma's Cassella en Hoechst de produktiewaarden van de Duitse fabrikanten voortdurend toegenomen, terwijl bij voorbeeld de situatie bij ACNA kritiek is (inkrimping van personeel tussen 1964 en 1967, sluiting van één der fabrieken).

Deze verschillen tussen de ondernemingen hebben tot aanzienlijke *kostenverschillen* geleid.

Hieruit vloeien onvermijdelijkerwijs ook *verschillen bij de winsten* voort. De grootste winsten worden behaald bij de verkoop van gespecialiseerde produkten, zolang zij hun speciaal karakter behouden. De winsten verschillen ook doordat het prijsniveau van de onderscheiden produkten niet op alle markten hetzelfde is. De afzetcijfers beïnvloeden de winsten: zo kan ACNA slechts tot een rendabele produktie van speciale kleurstoffen komen wanneer de geproduceerde hoeveelheid een volume bereikt dat hoger is dan de huidige vraag in Italië.

Gezien al deze kenmerken van de kleurstoffenmarkt en de door de oligopolietheorie ontwikkelde criteria moet worden geconcludeerd dat een „bewust parallel gedrag” op de kleurstoffenmarkt ondenkbaar is.

Omdat *verschillende van deze produkten niet* of slechts in beperkte mate onderling *verwisselbaar zijn*, kan de onderneming die haar prijzen verhoogt, althans voor bedoelde produkten, niet op een parallel gedrag van de concurrenten rekenen. De hierbedoelde prijsverhogingen hadden zonder onderscheid betrekking op alle produkten; zij kunnen niet worden verklaard door „marktdwang” en de „logica” van de oligopolie.

Anderzijds betoogt verweerster dat uit het overzicht van de voorwaarden op de kleurstoffenmarkt kan blijken dat er op die markt, gekenmerkt door sterke expansie en snelle technische vooruitgang, ook ten aanzien van *onderling verwisselbare produkten* geenszins op mag worden gerekend dat alle aanbieders zich zonder voorafgaande afspraak bij aangekondigde prijsverhogingen zullen aansluiten. Zo fabriceert ACNA voornamelijk standaardkleurstoffen; toen acht van de tien betrokken ondernemingen een algemene prijsverhoging voor pigmenten hadden aangekondigd en vanaf 1 januari 1965 toegepast, volgde ACNA deze prijsverhoging niet, waarna de andere ondernemingen hun prijsverhogingen ongedaan maakten; uit dit voorbeeld blijkt dat de belangensituaties op de kleurstoffenmarkt zelfs bij produkten waarbij van een grote reactieverbondenheid der aanbieders sprake is, zo uiteenlopen dat parallelle acties niet automatisch tot stand komen.

Onder deze omstandigheden is het niet denkbaar dat een onderneming zonder voorafgaande onderlinge afstemming van zijn gedrag met de concurrenten tot een eenzijdige, algemene en aanzienlijke prijsverhoging besluit. Aangenomen dat er sprake zou zijn geweest van eenzijdige zelfstandige verhogingen van de zijde van bepaalde ondernemingen, dan had ieder dier ondernemingen door differentiatie van de prijzen aan de hand van de marktpositie van de verschillende produkten uit haar productieprogramma een optimaal rendement kunnen nastreven. Om te verhinderen dat de prijsverhoging door de concurrenten terstond weer ongedaan zou worden gemaakt, had iedere onderneming bij *onderling volledig verwisselbare produkten* onmiddellijk aan de afnemers moeten mededelen dat zij zich aan de verhoogde prijzen aanpaste; bij alle andere produkten zou van zulk een dwang echter geen sprake zijn geweest, omdat de individuele afnemers wegens het ontbreken van markttransparantie niet onmiddellijk op de nieuwe prijzenverhoudingen hadden kunnen reageren.

Verweerster legt ten slotte de tekst over van de instructies voor de prijsverhoging, zoals de in de bestreden beschikking bedoelde ondernemingen die in 1964 in Italië en België hebben verzonden (bijlagen II en III bij het verweerschrift). Zij wijst erop, dat sommige passages bijna woordelijk gelijkkluidend zijn.

Bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 hebben de ondernemingen ervoor gezorgd een al te opvallende gelijkkluidendheid te vermijden.

Verzoekster leidt haar memorie van repliek in met de opmerking dat verweerster in haar verweerschrift een betoog heeft willen leveren dat jegens de verschillende verzoekers als antwoord zou kunnen dienen, hetgeen evenwel ten gevolge heeft gehad dat de Commissie op enige argumenten van ICI niet is ingegaan en anderzijds veel aandacht heeft besteed aan argumenten die niet van ICI afkomstig zijn.

Verzoekster verzoekt het Hof voorts een aanvullend rapport van de professoren Bombach en Hill, dat zij als bijlage bij haar memorie van repliek heeft gevoegd, als onderdeel van haar memorie te willen beschouwen.

a) *Het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en het bewijs dier gedragingen*

Verzoekster bestrijdt dat enigerlei vorm van oligopolie op de kleurstoffenmarkt nimmer tegelijkertijd met bewust parallel gedrag kan bestaan.

Wat betreft het belang van de *homogeniteit der produkten* voor de mogelijkheid van bedoeld gedrag, merkt verzoekster op dat de door de Commissie geciteerde professor Shubik homogeniteit van produkten niet als een der essentiële factoren voor bewust parallel marktgedrag beschouwt. Ook volgens een andere door verweerster aangehaalde schrijver, Machlup, is het onderscheid tussen volledig homogene produkten en gedifferentieerde produkten niet zo essentieel, aangenomen dat de markt ook overigens onvolkomen functioneert.

Volgens verzoekster vereist een *onderling afgestemde feitelijke gedraging* in de

zin van artikel 85 van het Verdrag wils-overeenstemming. De eis van een gemeenschappelijk plan van handelen vloeit voort uit het voorbeeld dat verweerster geeft wanneer zij overwegingen wijdt aan het geval, dat ondernemingen elkander tevoren van hun — voor de concurrentie relevante — gedrag op de hoogte brengen; er is dan in feite een gemeenschappelijk plan van handelen.

Verweerster betoogt dat uit de beschrijving van de hierbedoelde markt en uit het eerste rapport van de professoren Bombach en Hill blijkt, dat concurrenten zich op deze markt niet anders dan „parallel” kunnen gedragen en dat uiteenlopende prijsverhogingen zonder overeenkomst niet kunnen worden toegepast. Als aanvulling op verweersters definitie van de oligopolie wijst verzoekster erop dat op een transparante markt geen enkele onderneming een concurrentiemaatregel zal treffen zonder eerst de waarschijnlijke reacties van zijn concurrenten te hebben nagegaan en dat er op de markt doorzichtigheid bestaat bij een algemene prijsverhoging van een producent. Mocht het Hof zich bij de beslissing van de Commissie en bij de motivering uit het ongerijmde aansluiten, dan zou het voor een kleurstoffenfabrikant niet meer mogelijk zijn een algemene prijsverhoging van een concurrent te volgen; wat ernstiger is: hij zou ook zelf geen prijsverhoging kunnen doorzetten, omdat hij dan artikel 85 van het Verdrag zou schenden. Het bewijs van een „prati-que concertée” zou in zodanig geval geleverd zijn door het enkele feit van de prijsverhoging en het parallelle gedrag der concurrenten, ook al ware er in feite van enig „concert” der ondernemingen geen sprake. Dit zou tot absurde consequenties voeren: iedere fabrikant zou zijn prijspolitiek moeten afstemmen op eventuele bewijsconstructies die de Commissie jegens hem zou volgen, ook al zijn zij niet op de realiteit gebaseerd. Op die manier zou een producent zelfs in de onmogelijkheid verkeren zijn prijzen te verlagen als antwoord op een prijsverlaging van de concurrent.

Ten slotte bestrijdt verzoekster de stelling van verweerster, dat de betrokken ondernemingen bij de verhogingen van 1965 en 1967 „op een aanzienlijk voorzichtiger en meer gedifferentieerde wijze” zouden zijn te werk gegaan. Dit is eigenlijk niet meer dan een verdachtmaking, zonder werkelijke rechtvaardiging.

Verweerster betoogt dat het begrip „*onderling afgestemde feitelijke gedraging*” niet mag worden gelijkgesteld met het Amerikaanse begrip „*concerted actions*”. Terwijl de „*onderling afgestemde feitelijke gedragingen*” van artikel 85, lid 1, van het Verdrag een wettelijk vastgelegd element van de delictomschrijving vormen, is van „*concerted actions*” sprake in een door de Amerikaanse jurisprudentie ontwikkeld bijzonder geval van de volgens de Sherman-Act verboden „*conspiracy*”, waarvoor wilsovereenstemming der betrokken ondernemingen vereist is. Dit begrip „*concerted actions*” is voornamelijk van bewijstechnisch belang en berust niet op een ondubbelzinnige materiële bepaling van de „*agreement*”, dat wil zeggen van de wettelijk vereiste wils-overeenstemming. Volgens verweerster is een bewust en gewild samenwerken van verschillende ondernemingen voldoende en is een gemeenschappelijk plan, bij voorbeeld een tevoren gemaakte afspraak, niet nodig.

Uit de door verweerster geciteerde Amerikaanse jurisprudentie blijkt, dat de vraag of een bepaald economisch gedrag op wilsovereenstemming berust, een bewijskwestie is en dat een uniforme gedraging voldoende bewijs door vermoedens van een dergelijke wilsovereenstemming oplevert wanneer deze gedraging niet noodzakelijk uit de structuur van de markt resulteert. Tot beter begrip van de onderling afgestemde feitelijke gedraging verwijst verweerster voorts naar een artikel van Tolksdorf (bijlage VI-1 bij dupliciek).

Voor zover tussen aanbieders de belangen verschillend liggen, zal er zelfs in een oligopolie op grond van het feit dat verscheidene autonome beslissingen van de afzonderlijke ondernemingen naast el-

kaar voorkomen, niet automatisch een zelfde marktgedrag bestaan. Ook bij een oligopolie levert een parallel gedrag der aanbieders daarom een feitelijk vermoeden van onderling afgestemde feitelijke gedragingen op, tenzij vanwege de bijzondere structuur van de markt economische dwang bestaat tot een uniform gedrag der afzonderlijke ondernemingen. Dit is het standpunt van de Amerikaanse jurisprudentie.

Wat het communautaire mededingingsrecht betreft, van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85 is sprake telkens wanneer het optreden van verscheidene ondernemingen op de markt gebaseerd is op wilsovereenstemming van betrokkenen, ongeacht of deze wilsovereenstemming wederzijds was dan wel door een derde tot stand kwam. Een dergelijke wilsovereenstemming is aanwezig niet alleen wanneer de ondernemingen afspraken maken over hun marktgedrag, doch ook wanneer zij door wederzijdse informatie het risico van onbekendheid met hun toekomstig marktgedrag desbewust uitsluiten en hun gedragingen coördineren. Het element van samenwerking is daarin gelegen, dat elk der betrokken ondernemingen er, gezien de wilsovereenstemming, op mag vertrouwen dat een uniform of verschillend gedrag der andere ondernemingen — volgens de vooraf vastgestelde rolverdeling — zal volgen. Van een afspraak of het opstellen van een gemeenschappelijk plan behoeft derhalve bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85 geen sprake te zijn. De Commissie heeft in casu bewezen, dat de betrokken kleurstoffenfabrikanten ten aanzien van de prijzen een zelfde gedragslijn hebben gevolgd; daarmee heeft zij het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen genoegzaam bewezen; zij heeft echter bovendien aangetoond dat deze uniforme gedragslijn wegens de structuur van de markt voor bedoelde produkten alleen kan worden verklaard door onderling afgestemde feitelijke gedragingen en zelfs

gewezen op een aantal feiten welke op overleg wijzen.

b) De vraag of sprake is geweest van beperking van de concurrentie

Verzoekster wijst erop, dat de Commissie erkent dat de prijzen, zowel wegens het uitgebreide assortiment als wegens de verschillende mate van „substituëerbaarheid” dezer produkten zeer flexibel zijn een publikatie van prijslijsten feitelijk onmogelijk is. Voorts doet zich het volgende voor: enerzijds wordt er voortdurend over de prijs onderhandeld tussen leveranciers en individuele afnemers, anderzijds worden door de producenten, wanneer zich een gelegenheid voordoet om het algemeen prijspeil van hun kleurstoffen in zijn geheel aan de gewijzigde marktomstandigheden aan te passen, ten aanzien van de prijs beslissingen van geheel andere aard genomen. Zonder de juistheid te ontkennen van de bewering der Commissie dat sommige prijzen onafhankelijk van een algemene prijsstijging zijn opgetrokken, blijft verzoekster van oordeel dat alle producenten als gevolg van de voortdurende „erosie” van het prijspeil tot een algehele prijsverhoging geneigd zijn, wanneer zich daartoe ook maar enige mogelijkheid voordoet. De Commissie heeft niet de opvatting weersproken van de professoren Bombach en Hill, volgens welke de trend van de kleurstoffenprijzen met name tussen 1965 en 1967 zeer bij het algemeen prijspeil ten achter is gebleven.

Ten aanzien van de prijzen der verschillende kleurstoffen merkt verzoekster op dat de gemiddelde prijs van een bepaalde kleurstof van land tot land verschilt. Doch het belang van de factoren welke telkens bepalend waren voor de verschillen tussen de gemiddelde nationale prijzen (factoren van economisch-commerciële aard binnen ieder land, sterkte van de onderhandelingspositie van een groep afnemers, enz.) is door de instelling van de Europese Economische Gemeenschap sterk verminderd.

Verzoekster betoogt vervolgens, dat de factoren die bij een algemene prijswijziging een rol spelen, een volledig contrast

vormen met de marktsituatie. Wanneer een producent alle prijzen met een zelfde percentage wijzigt, worden deze veranderingen aan de concurrenten bekendgemaakt; zodanige wijziging is vergelijkbaar met een enkele nieuwe prijs voor een hele groep van produkten. De markt is dan doorzichtig geworden. Dit essentiële verschil met prijsbepaling per produkt verklaart waarom leveranciers niet selectief te werk gaan wanneer zij besluiten tot een algehele prijsverandering. Producenten die voordeel willen trekken uit het initiatief van een concurrent om de prijzen te wijzigen, moeten onmiddellijk reageren: dit wordt ook erkend in de doctrine, met name door Shubik. Aldus vermijden deze producenten wanneer zij een algehele prijsverhoging willen doorvoeren, zoveel mogelijk gecompliceerde prijsaanpassingen, zowel wegens de noodzaak ogenblikkelijk te handelen als om te voorkomen dat de rust op de markt met betrekking tot de individuele aan afnemers berekende prijzen wordt verstoord. Dit neemt niet weg dat onmiddellijk de onderhandelingen per afnemer en per produkt worden hervat, zodat de leverancier in staat is om nieuwe prijsverschillen tussen de diverse produkten te introduceren. Indien hij besluit om op een nationale markt zijn marktpolitiek te wijzigen, zal hij zulks doen nadat een percentuele prijswijziging is opgetreden. Een beperking van de concurrentie zal dan ook niet het gevolg zijn van een prijsstijging als zodanig. Indien een leverancier met een sterkere winstpositie dan de rest van de industrie een groter deel van de totale markt wil verkrijgen, zal hij verkiezen dit te bereiken door aan zijn afnemers individuele prijzen te berekenen.

Verzoekster concludeert, dat uit al het vorenoverwogene volgt, dat de prijsverhogingen als in deze procedure bedoeld redelijkerwijze tot stand hebben kunnen komen ingevolge een bewust parallele gedraging der ondernemers, los van enigerlei „pratique concertée”. Bovendien hebben deze prijsverhogingen geen gevolgen gehad ten aanzien van de concur-

rentie tussen de betrokken ondernemingen, aangezien de scherpe prijsconcurrentie die op deze markt heerst volledig blijft bestaan nadat de ondernemingen ze hebben doorgevoerd. Bij dergelijke percentuele verhogingen worden de verschillen in de prijzen der onderscheiden fabrikanten slechts vergroot.

Zelfs indien de prijsverhogingen het gevolg zouden zij geweest van een „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, dan nog toont de ononderbroken concurrentie tussen de leveranciers aan, dat zich in ieder geval geen beperking van de concurrentie in de zin van artikel 85 heeft voorgedaan.

Verweerster zegt voor dupliek, dat door de hierbedoelde prijsverhogingen „de op de kleurstoffenmarkt daadwerkelijk bestaande scherpe concurrentie telkens voor korte tijd tot nul gereduceerd” werd. De concurrentie tussen de fabrikanten werd in zoverre beperkt dat hun belet werd hun tot nu toe geldende prijzen te handhaven of met geringere prijsverhogingen genoeg te nemen. Voorts werd de positie van de afnemers nadelig beïnvloed omdat zij niet meer kleurstoffen tegen voordeliger prijzen konden kopen bij de fabrikanten die niet bij de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken waren.

Verweerster stelt niet het standpunt te hebben verdedigd dat een „bewust parallel gedrag” zich slechts kan voordoen bij homogene produkten. Een mechanische toepassing van de in de literatuur ontwikkelde criteria is misplaatst; men dient na te gaan of de belangen van de ondernemingen onderling verschillend liggen en of de marktstructuur ruim genoeg is om de ondernemingen de mogelijkheid te geven hun verschillende belangen ook in dienovereenkomstige concurrentie maatregelen om te zetten. Het bewijs hiervan is in het onderhavige geval onder meer aanvaard op grond van het geconstateerde heterogene karakter van de produkten, snelle technische vooruitgang, bijzondere betrekkingen tussen de fabrikant en afnemer, gebrekkige markttransparantie, markt in expansie, mogelijkheid van de fabrikanten tot aanpas-

sing, verschillen in mate van expansie, kostenniveau, kostenstructuur en nationale ontwikkeling van prijzen en vraag. Met betrekking tot de structurele factoren die voor deze markt kenmerkend zijn, merkt verweerster op geenszins van mening te zijn dat een bewust parallel gedrag homogeniteit van produkten veronderstelt en zij erkent dat de criteria der doctrine niet automatisch op concrete gevallen dienen te worden toegepast. Het komt vooral op *verschillende belangenposities* aan en op *speelruimte* voor iedere onderneming om ten aanzien van de prijzen *zelfstandig op te treden*.

Over de — volgens verzoekster hoge — *vaste kosten* kan volgens verweerster bezwaarlijk een exacte mededeling worden gedaan, terwijl deze vaste kosten anderszits voor de kwestie van het parallel gedrag in verschillende zin een rol spelen.

Verweerster verklaart niet over gegevens te beschikken ten aanzien van de hoogte van de *kosten voor het betreden van de markt respectievelijk het verlaten van de markt*; deze kwestie is overigens in casu, gezien de financiële kracht van de grote kleurstoffenfabrikanten, nauwelijks van betekenis.

Ten aanzien van de *homogeniteit der produkten* komt het standpunt van de Commissie overeen met dat van Machlup, op wie verzoekster zich ter bestrijding van het betoog van verweerster ten onrechte beroept.

De *kruiselingse elasticiteit* van de prijzen, waarop de professoren Bombach en Hill hebben gewezen, is niet meer dan een instrument om de intensiteit van de concurrentie te meten. Voor de onderhavige kwestie is echter de vraag van belang, welke marktelementen bepalend zijn voor de grootte van de elasticiteit. Volgens Shubik zijn dit onder meer de mate van homogeniteit van de produkten, de markttransparantie en de beweeglijkheid van de vraag.

Sommige auteurs sluiten de mogelijkheid van een parallel gedrag bij heterogene produkten niet uit. Doch dan wordt handhaving van de prijzenrelaties tussen de verschillende produkten noodzakelijk

geacht. Gezien de voortdurende en snelle verandering van de substitutierelaties en de concurrentieposities der verschillende kleurstoffen, wordt aan deze voorwaarde op de markt voor deze — goeddeels heterogene — produkten niet voldaan.

Ten aanzien van de bewering van verzoekster, dat bij de drie algemene prijsverhogingen factoren in het geding waren die in volledig contrast stonden tot de hierboven beschreven marktsituatie, verwijst de Commissie naar hetgeen zij reeds in haar verweerschrift heeft betoogd. Ten onrechte onderschat verzoekster het belang van een onderzoek naar de marktverhoudingen voor de beoordeling van parallelle prijsverhogingen.

Dat bepaalde ondernemingen, aan welke de punten van bezwaar worden uitgezonden, van de beschikking zijn uitgezonderd, staat in verband met het feit dat verweerster niet geheel van hun schuld overtuigd was.

Ten aanzien van de *feitelijke indicaties voor het bestaan van voorafgaand overleg* wijst verweerster op het feit dat zij in verschillende opzichten een gelijke gedragslijn heeft geconstateerd (ten aanzien van de prijsstijgingspercentages, het tijdstip der verhogingen, de kleurstoffen waarop zij betrekking hadden alsmede de redactie van de instructies aan de dochtermaatschappijen).

6. *Het middel betreffende de invloed van de prijsverhogingen op de handel tussen de Lid-Staten*

Verzoekster betoogt, dat de fabrikanten van kleurstoffen niet de bedoeling kunnen hebben gehad de handel tussen de Lid-Staten te beperken, omdat er op het terrein van de kleurstoffen geen handel tussen de Lid-Staten anders dan tussen producenten en hun dochterondernemingen of vertegenwoordigers bestaat, en wel zulks om de navolgende (ook in het rapport-Bombach en Hill uiteenzette) redenen:

- de noodzaak van onverwijlde levering;
- het belang van de technische service en de daarmee verband houdende noodzaak zich nauwkeurig van de

bijzondere moeilijkheden bij iedere cliënt op de hoogte te stellen;

- de aanmerkelijke verschillen tussen gelijksoortige kleurstoffen naar concentratie en derhalve naar kleur;
- de geringe omvang der bestellingen, met als gevolg hoge internationale vervoerkosten;
- de betrekkelijk geringe rol van de kleurstoffen in de kostenstructuur bij de afnemers.

In de bestreden beschikking acht de Commissie desondanks de mogelijkheid van intracommunautaire invoer door de afnemers niet uitgesloten voor zover de kleurstoffenprijzen in de verschillende landen voldoende uiteenlopen.

Verzoekster merkt op, dat volgens het systeem van artikel 85 niet beslissend is of een nadelige invloed op de interstatelijke handel a priori is uitgesloten, doch of met een voldoende graad van waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld, dat de „pratique concertée” direct of indirect, daadwerkelijk of potentieel, de vrije handel tussen de Lid-Staten op zodanige wijze kan beïnvloeden dat de verwerkelijking van de doeleinden van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad.

Verzoekster wijst erop dat er steeds aanmerkelijke prijsverschillen hebben bestaan, zowel wat het algemeen prijsniveau der kleurstoffen betreft als ten aanzien van de individuele kleurstoffen, doch dat deze prijsverschillen niet tot een interstatelijke handel hebben geleid. Het is bij deze produkten mogelijk dat een verbruiker van leverancier wisselt wanneer deze hem een te hoge prijs in rekening brengt, doch verzoekster acht het uitgesloten dat hij zijn lokale leverancier vervangt door een concurrent die in een ander land gevestigd is.

Verzoekster verwijt de Commissie van een louter theoretische beschouwing te zijn uitgegaan, welke de werkelijkheid geen recht doet wedervaren en derhalve de beschikking niet kan dragen voor wat betreft de vraag of de beweerde „pratiques concertées” de handel tussen de Lid-Staten nadelig kunnen beïnvloeden.

De beschikking is ten deze onvoldoende gemotiveerd, althans houdt zij schending in van artikel 85 van het Verdrag.

Verzoekster biedt van haar stellingen bewijs aan door getuigen, deskundigen of overlegging van bescheiden.

Verweerster merkt in haar verweerschrift op, dat iedere waarneembare beperking van de mededinging die zich over de grenzen van een Lid-Staat uitstrekt, tot een kunstmatige vervalsing in de marktverhoudingen binnen de Gemeenschap leidt en aan deze voorwaarde is in casu voldaan, omdat de onderling afgestemde feitelijke gedraging van de betrokken ondernemingen zich uitstrekt over het grondgebied van meerdere Lid-Staten. De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de staten weegt in dit geval bijzonder zwaar, omdat de betrokken ondernemingen meer dan 80 % van de kleurstoffenleveranties binnen de Gemeenschap tot zich trekken en omdat zij de prijsverhogingen zodanig hebben gerealiseerd dat rechtstreekse invoer door de verbruikers uit andere Lid-Staten zoveel mogelijk verhinderd wordt.

Anders dan verzoekster heeft betoogd, bestaat er sinds jaren binnen de Gemeenschap tussen de Lid-Staten een handel in kleurstoffen, die niet van geringe betekenis is en bovendien kwantitatief voortdurend toeneemt. Verweerster verwijst ten deze naar de statistieken van de OESO, die zij desgewenst aan het Hof van Justitie zal overleggen.

In haar memorie van repliek wijst verzoekster er nogmaals op, dat haar leveranties uit Engeland aan haar dochterondernemingen of aan producenten in de Lid-Staten van de EEG op zichzelf de handel tussen de Lid-Staten niet kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85. De bewering van verweerster dat de prijsverhogingen rechtstreekse invoer door de verbruikers uit andere Lid-Staten hebben verhinderd, is onjuist en wordt noch in de beschikking noch in het verweerschrift met bewijs gestaafd. Het feit dat toen de prijzen in Italië in 1967 niet omhoog gingen, de verbruikers in andere landen hun kleurstoffen niet in Italië zijn

gaan betrekken, wijst in geheel andere richting.

In haar memorie van dupliek wijst *verweerster* erop, dat de beschikking mede de handel tussen verzoekster en haar dochterondernemingen betreft. Het Verdrag wil waarborgen dat goederen, die zich op de gemeenschappelijke markt in het vrije verkeer bevinden, binnen de Gemeenschap vrijelijk kunnen worden uitgewisseld.

IV — De procesvoering

Overwegende dat de procesvoering het navolgende verloop heeft gehad:

Bij beschikking van 11 december 1969 heeft het Hof bevolen dat *verweerster* afzonderlijke verweerschriften zou indienen zonder verwijzing naar de andere aanhangige kleurstoffenzaken.

Bij beschikking van 8 juli 1970 heeft het Hof, op rapport van de Rechter-Rapporteur en de Advocaat-Generaal gehoord, beschikt als volgt:

1. Gelast een deskundigenonderzoek over de volgende vragen:

a) Zou het, gezien de kenmerken der markt voor kleurstoffen in de Europese Economische Gemeenschap, met name in de periode 1964-1967, voor een zelfstandig optredende producent, die er belang bij had zijn prijzen te verhogen, naar normale handelscriteria praktisch mogelijk zijn geweest zulks anders te doen dan door die prijzen algemeen, uniform en publiekelijk te verhogen, en wel door het vaststellen van — voor de verschillende afnemers uiteenlopende — prijsopslagen voor ieder produkt afzonderlijk?

b) Welke voordelen en welke nadelen kunnen voor een zelfstandig optredende producent verbonden zijn aan het doorvoeren van een algemene en lineaire prijsverhoging in vergelijking met een per afnemer, produkt of markt gedifferentieerde prijsverhoging? — Deze vraag dient te worden beantwoord respectievelijk voor het ge-

val van een producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt en dat van een producent die zich geplaast ziet voor het feit, dat een concurrent een algemene en uniforme prijsverhoging aankondigt.

c) Zijn — met name gezien de graad van doorzichtigheid van de markt — de andere dan speciale kleurstoffen in de praktijk onderling vervangbaar en, zo ja, in welke mate?

Welk is bij benadering het aandeel van de speciale kleurstoffen in de totale produktie van kleurstoffen van elk der betrokken ondernemingen?

2. Verstaat dat partijen in onderling overleg vóór 1 oktober 1970 het Hof de naam van een deskundige kunnen voordragen.

Bij beschikking van dezelfde dag heeft het Hof de zaken 48-69, 49-69, 51-69, 52-69, 53-69, 54-69, 55-69, 56-69 en 57-69 voor het deskundigenbericht gevraagd.

Bij beschikking van 13 november 1970 heeft het Hof, gelet op de eenparige voordracht van partijen betreffende twee ten deze te benoemen deskundigen, verstaan dat met dat onderzoek gezamenlijk worden belast dr. H. Albach, hoogleraar in de bedrijfsvoering aan de universiteit te Bonn, en dr. N. Klotten, hoogleraar in de bedrijfseconomie aan de universiteit te Tübingen.

Het door de deskundigen gezamenlijk uitgebracht rapport is op 23 april 1971 ter griffie van het Hof gedeponneerd. De deskundigen hebben de uitkomsten van hun rapport als volgt samengevat:

— Vraag a) dient in die zin bevestigend te worden beantwoord, dat een zelfstandig handelend producent van kleurstoffen, die volgens normale handelscriteria te werk gaat, *in beginsel* zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in ongelijke mate had kunnen verhogen.

— De vraag of het voor zulk een producent *praktisch* mogelijk geweest ware zijn prijzen voor de verschillende af-

nemers en produkten in verschillende mate te verhogen, kan bevestigend worden beantwoord met dien verstande, dat de prijsverhoging die een zelfstandig handelend ondernemer bij een gedifferentieerde prijspolitiek binnen een bepaald kader gemiddeld had kunnen realiseren, waarschijnlijk ligt beneden de prijsverhoging welke bij een algemene en uniforme verhoging gemiddeld wordt bereikt.

- Een algemene en lineaire prijsverhoging brengt zowel voor de producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt alsook voor de kleurstofproducent die zich naar een door een concurrent aangekondigde algemene, uniforme prijsverhoging moet richten, goede en kwade kansen mede. Zowel voor de prijsleider als voor de prijsvolger zijn wij tot de slotsom gekomen, dat de voordelen van een algemene uniforme prijsverhoging in het hierbedoelde tijdvak wellicht groter zijn geweest dan de nadelen.
- Vraag c) is in die zin te beantwoorden, dat de mate van onderlinge vervangbaarheid der kleurstoffen van volledig vervangbare tot praktisch

niet-vervangbare produkten varieert. Verstaat men onder speciale kleurstoffen in de zin van de vraag kleurstoffen die praktisch niet vervangbaar zijn, dan is het aandeel dezer kleurstoffen in de totale kleurstoffenproductie van de afzonderlijk betrokken ondernemingen mogelijk zeer gering. Blijkens de uitkomsten van ons onderzoek is deze onderscheiding in casu echter voor de beoordeling der feiten van weinig nut.

Naar aanleiding van het rapport zijn door verzoekster op 17 juni 1971 en door verweerster op 21 juni 1971 opmerkingen ter griffie ingediend.

De door het Hof benoemde deskundigen hebben overeenkomstig artikel 49, paragraaf 6, van het Reglement voor de procesvoering op 28 september 1971 de eed afgelegd.

Partijen zijn in haar pleidooien gehoord ter terechtzitting van 28, 29 en 30 september 1971 en 2 mei 1972.

In de loop van de procedure heeft de Advocaat-Generaal Mayras de overleden Advocaat-Generaal Dutheillet de Lamotte vervangen. Hij heeft ter terechtzitting van 2 mei 1972 zijn conclusie genomen.

Ten aanzien van het recht

- 1 Overwegende dat vaststaat dat zich van januari 1964 tot oktober 1967 in de Gemeenschap drie algemene en uniforme verhogingen van de kleurstoffenprijzen hebben voorgedaan;
- 2 dat de prijzen van de meeste anilinekleurstoffen, sommige soorten uitgezonderd, tussen 7 en 20 januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg en bepaalde derde landen uniform met 15% zijn verhoogd;
- 3 dat een zelfde verhoging op 1 januari 1965 in Duitsland heeft plaatsgevonden;
- 4 dat die zelfde dag bijna alle fabrikanten in alle landen van de gemeenschappelijke markt, Frankrijk uitgezonderd, de prijzen der kleurstoffen en pigmenten

waarvoor de verhoging van 1964 niet had gegolden, uniform met 10 % hebben verhoogd;

- 5 dat als gevolg van het feit dat op de Italiaanse markt ACNA niet aan de prijsverhoging van 1965 deelnam, ook de andere ondernemingen op die markt van de aangekondigde verhoging hunner prijzen hebben afgezien;
- 6 dat medio oktober 1967 de prijzen van alle kleurstoffen door vrijwel alle fabrikanten, uitgezonderd in Italië, zijn verhoogd en wel met 8 % in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg en met 12 % in Frankrijk;
- 7 dat de Commissie in verband met deze verhogingen bij besluit van 31 mei 1967 ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure wegens vermoedelijke schending van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag heeft ingeleid tegen zeventien in en buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde kleurstoffenfabrikanten en een groot aantal dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers dier ondernemingen;
- 8 dat de Commissie bij beschikking van 24 juli 1969 heeft vastgesteld dat deze prijsverhogingen het resultaat waren van met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige onderling afgestemde feitelijke gedragingen, berustende op overleg tussen de ondernemingen
 - Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF) te Ludwigshafen,
 - Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main,
 - Farbenfabrik Bayer AG te Leverkusen,
 - Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main,
 - Française des matières colorantes SA te Parijs;
 - Azienda colori nazionali affini SpA (ACNA) te Milaan,
 - Ciba SA te Bazel,
 - J. R. Geigy SA te Bazel
 - Sandoz SA te Bazel, en
 - Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Manchester;
- 9 dat zij deswege aan ieder dier ondernemingen een geldboete van 50 000 rekeeneenheden heeft opgelegd, met uitzondering van ACNA die met 40 000 rekeeneenheden werd beboet;
- 10 dat de onderneming Imperial Chemical Industries Ltd. op 1 oktober 1969 bij ter griffie ingediend verzoekschrift tegen deze beschikking in beroep is gekomen;

Middelen de procedure en de vormvoorschriften betreffende

Middelen betreffende de administratieve procedure

a) De grief dat de „mededeling van de punten van bezwaar” door een ambtenaar van de Commissie is getekend

- 11 Overwegende dat verzoekster stelt dat de mededeling van de punten van bezwaar bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63 van de Commissie op formeel onjuiste wijze is gedaan, aangezien zij „bij delegatie” is getekend door de Directeur-generaal Concurrentie, ofschoon zodanige delegatie van bevoegdheden door de Commissie niet is toegestaan;
- 12 Overwegende dat vaststaat dat de Directeur-generaal Concurrentie alleen de mededeling van de punten van bezwaar heeft getekend die het inzake mededingingsvraagstukken bevoegde lid der Commissie in de uitoefening der hem door de Commissie gedelegeerde bevoegdheden tevoren had goedgekeurd;
- 13 dat genoemde ambtenaar derhalve heeft gehandeld in het kader, niet van een overdracht van bevoegdheden, doch slechts van een hem door het bevoegde lid der Commissie verleende tekeningsbevoegdheid;
- 14 dat zulk een verlening een maatregel is betreffende de interne organisatie van de diensten der Commissie, overeenkomstig artikel 27 van het voorlopig reglement van orde, vastgesteld krachtens artikel 7 van het Verdrag van 8 april 1965 tot oprichting van een Raad en een Commissie van de Europese Gemeenschappen;
- 15 dat dit middel derhalve ongegrond is;

b) De grief betreffende verschillen tussen de „mededeling van de punten van bezwaar” en het besluit tot inleiding van de administratieve procedure

- 16 Overwegende dat verzoekster stelt dat in de mededeling van de punten van bezwaar gewag wordt gemaakt van prijsverhogingen die na het besluit tot inleiding der procedure hebben plaatsgehad en voorts op de mogelijkheid tot oplegging van geldboeten wordt gewezen, ofschoon in bedoeld besluit slechts sprake was van de procedure tot vaststelling van inbreuken;
- 17 Overwegende dat alleen de mededeling van de punten van bezwaar en niet het besluit tot inleiding der procedure de handeling vormt waarbij de Commissie haar standpunt vastlegt ten opzichte van de ondernemingen tegen welke een procedure tot vervolging wegens inbreuken op de mededingingsregelen wordt ingeleid;

- 18 dat wanneer de ondernemingen in het tijdvak tussen het besluit en genoemde mededeling gedragingen als die welke de Commissie tot vervolging aanleiding gaven voortzetten of herhalen, de rechten der verdediging niet worden geschaad doordien in de mededeling van de punten van bezwaar feiten in aanmerking worden genomen welke slechts de voortzetting van eerdere gedragingen vormen, hetgeen bovendien beantwoordt aan een beginsel van eenvoud in het bestuursoptreden;
- 19 Overwegende dat het besluit tot inleiding der procedure, ofschoon daarin sprake is van „onder andere” de artikelen 3 en 9, tweede en derde alinea, van verordening nr. 17, naar deze verordening als geheel verwijst en derhalve ook naar artikel 15, de geldboeten betreffende;
- 20 Overwegende dat deze middelen derhalve ongegrond zijn;

c) Grieven betreffende schending van de rechten der verdediging

- 21 Overwegende dat verzoekster de Commissie verwijt in de bestreden beschikking te verwijzen naar in de mededeling van de punten van bezwaar niet genoemde feiten, ten aanzien waarvan zij derhalve in de loop van de administratieve procedure haar standpunt niet zou hebben kunnen bepalen;
- 22 Overwegende dat het ter verzekering van de rechten der verdediging in de administratieve procedure voldoende is wanneer de ondernemingen worden ingelicht nopens de wezenlijke feiten waarop de bezwaren berusten;
- 23 dat bij lezing van de tekst van de uiteenzetting van de punten van bezwaar blijkt dat de aan verzoekster ten laste gelegde feiten daarin duidelijk zijn vermeld;
- 24 dat die uiteenzetting voldoende uitsluitel geeft over de vraag welke bezwaren tegen verdachte in aanmerking worden genomen, en met name over de omstandigheden waarin de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 zijn aangekondigd en toegepast;
- 25 dat tot staving van dit middel geen beroep kan worden gedaan op rectificaties zoals die met betrekking tot de feitelijke gang van zaken in de bestreden beschikking zijn aangebracht naar aanleiding van gegevens die betrokkenen tijdens de administratieve procedure aan de Commissie hebben kunnen verstrekken;
- 26 dat dit middel derhalve ongegrond is;

d) De grief betreffende het procesverbaal van het verhoor

- 27 Overwegende dat verzoekster aan verweerster verwijt dat zij haar beschikking heeft genomen voordat verzoekster haar mededeling had kunnen doen van haar opmerkingen betreffende het procesverbaal van het verhoor;

- 28 Overwegende dat volgens artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 van de Commissie het procesverbaal, zoals dat wordt opgemaakt van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is, na lezing door hem wordt getekend;
- 29 dat dit voorschrift beoogt de gehoorde personen ervan te verzekeren dat het procesverbaal met hun verklaringen overeenstemt;
- 30 dat het procesverbaal van het verhoor van 10 december 1968 aan verzoekster pas op 27 juni 1969, of wel ongeveer vier weken voor de beschikking, is toegezonden;
- 31 dat ondanks de geringe voortvarendheid door de Commissie bij de toezending der processen-verbaal betracht, de vertraging waarover verzoekster zich beklaat slechts gevolgen voor de wettigheid der beschikking zou kunnen hebben wanneer er twijfel zou zijn gerezen over de vraag of haar verklaringen juist zijn weergegeven;
- 32 dat waar zulks niet het geval is, bedoeld verzuim niet geëigend is de bestreden beschikking ongeldig te maken;
- 33 dat de grief derhalve ongegrond is;

Het middel betreffende de kennisgeving der beschikking

- 34 Overwegende dat verzoekster stelt dat de Commissie door in artikel 4 van de bestreden beschikking te bepalen dat kennisgeving daarvan kan geschieden ter plaatse waar verzoeksters dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt zijn gevestigd — en dienovereenkomstig te handelen — het Verdrag, althans wezenlijke vormvoorschriften, heeft geschonden;
- 35 dat verzoeksters Duitse dochtermaatschappij, waaraan door de Commissie van de beschikking kennis is gegeven, van de moedermaatschappij geen desbetreffende machtiging zou hebben ontvangen en dat zij naar Duits recht niet gehouden zou zijn de desbetreffende stukken ter kennis van de moedermaatschappij te brengen;
- 36 Overwegende dat volgens artikel 191, tweede alinea, van het Verdrag „van . . . de beschikkingen wordt kennisgegeven aan hen tot wie zij zijn gericht”, welke beschikkingen „door deze kennisgeving van kracht” worden;
- 37 dat artikel 4 van de bestreden beschikking in deze regeling in ieder geval geen wijziging vermag te brengen;
- 38 dat het artikel verzoekster derhalve niet kan bezwaren;

- 39 Overwegende dat onregelmatigheden in de wijze van kennisgeving ener beschikking de handeling zelf niet raken en deze dus niet ongeldig kunnen maken;
- 40 dat deze onregelmatigheden, in bepaalde omstandigheden, kunnen verhinderen dat de beroepstermijn begint te lopen;
- 41 dat volgens artikel 173, laatste alinea, van het Verdrag de termijn voor het beroep tot nietigverklaring van individuele handelingen der Commissie begint te lopen van de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, van de dag waarop de verzoeker van de handeling heeft kennis gekregen;
- 42 dat in casu vaststaat dat verzoekster volledig kennis heeft gekregen van de inhoud der beschikking en tijdig van haar beroepsrecht gebruik gemaakt heeft;
- 43 dat in die omstandigheden de vraag of er bij de kennisgeving mogelijk onregelmatigheden zijn begaan, haar belang verliest;
- 44 dat voormelde middelen derhalve bij gebreke van belang niet-ontvankelijk zijn;

Het middel betreffende de verjaring

- 45 Overwegende dat verzoekster stelt dat de bestreden beschikking in strijd is met het Verdrag en de op de uitvoering daarvan betrekking hebbende rechtsregelen, omdat de Commissie door op 31 mei 1967 een procedure inzake de prijsverhoging van januari 1964 aan te vangen, iedere redelijke termijn zou hebben overschreden;
- 46 Overwegende dat de voorschriften ter regeling van de bevoegdheid der Commissie tot het opleggen van boeten bij overtreding der mededingingsregelen geen verjaring voorzien;
- 47 dat een verjaringstermijn, om aan zijn doel te beantwoorden, bij voorbaat moet worden vastgesteld;
- 48 dat de vaststelling van zijn duur en van de voorwaarden voor zijn toepasselijkheid behoort tot de bevoegdheid van de Gemeenschapswetgever;
- 49 dat zo, nu bepalingen te dier zake ontbreken, de fundamentele eis van rechtszekerheid zich er al tegen verzet dat de Commissie eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheid tot oplegging van geldboeten, de in casu gevolgde gedragslijn toch niet als een beletsel kan worden beschouwd voor het uitoefenen dier bevoegdheid ten aanzien van de deelneming aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van 1964 en 1965;
- 50 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

Middelen ten principale

Het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Stellingen van partijen

- 51 Overwegende dat verzoekster de Commissie verwijt met betrekking tot geen enkele der drie in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen, het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag te hebben bewezen;
- 52 Overwegende dat volgens deze beschikking een eerste bewijs voor het feit dat de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 op afstemming hebben berust, daarin is te vinden dat de verschillende fabrikanten in ieder land en bij iedere verhoging dezelfde percentages hebben toegepast, dat de verhogingen behoudens hoge uitzondering dezelfde kleurstoffen hebben betroffen en dat zij op nagenoeg of geheel dezelfde dag zijn ingegaan;
- 53 dat deze prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit het enkele feit dat de markt een oligopolistische structuur zou vertonen;
- 54 dat het niet aannemelijk is, dat de voornaamste fabrikanten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden, zonder hun gedragingen te hebben afgestemd, meermalen de prijzen van een zelfde belangrijke reeks produkten, waaronder de speciale — nagenoeg of in het geheel niet onderling vervangbare — produkten, met gelijke percentages en vrijwel gelijktijdig zouden hebben verhoogd, en zulks dan in onderscheidene landen waarin de marktvoorwaarden voor kleurstoffen uiteenlopen;
- 55 dat de Commissie voor het Hof heeft betoogd dat het voor afstemming niet nodig is dat betrokkenen te zamen een plan voor een bepaald marktgedrag opstellen;
- 56 dat het voldoende zou zijn dat betrokkenen elkander tevoren op de hoogte stellen van de houding, welke zij zich voorstellen aan te nemen, zodat ieder hunner zijn optreden kan regelen in de verwachting dat de concurrenten een zelfde gedragslijn zullen volgen;
- 57 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking berust op een onvoldoende analyse van de markt voor de betrokken produkten en op een onjuiste opvatting van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, doordat zij die laatste met het bewust parallel gedrag van de deelnemers aan de oligopolie gelijkstelt, terwijl dit gedrag juist het gevolg is geweest van zelfstandige beslissingen van iedere onderneming, waarvoor objectieve economische omstandigheden van dwingende aard, en wel met name de noodzaak

het onvoldoende rendement van de kleurstoffenproductie te verbeteren, bepalend zijn geweest;

- 58 dat de prijzen van de bewuste produkten namelijk een voortdurend dalende tendens zouden hebben vertoond in verband met het feit dat de markt voor deze produkten zou zijn gekenmerkt door een levendige mededinging tussen de fabrikanten, die niet alleen de kwaliteit en de technische service betreft, doch ook de prijzen, met name doordat aan de voornaamste kopers individueel belangrijke kortingen worden verleend;
- 59 dat volgens verzoekster de gelijkheid der percentages waarmee de prijzen verhoogd zijn een gevolg is van het prijsleiderschap van een onderneming;
- 60 dat het grote aantal door iedere onderneming vervaardigde kleurstoffen het in de praktijk onmogelijk zou maken de prijsverhogingen naar de produkten te differentiëren;
- 61 dat anderzijds ongelijke prijsverhogingen voor onderling verwisselbare produkten hetzij niet tot economisch belangrijke resultaten zouden kunnen leiden, zulks wegens de beperkte voorraden en de tijd die met aanpassing der installaties aan een aanmerkelijk gestegen vraag zou zijn gemoeid, hetzij tot een zeer schadelijke prijzenoorlog zouden kunnen leiden;
- 62 dat voorts de niet onderling verwisselbare kleurstoffen in de omzetten der fabrikanten slechts van geringe betekenis zouden zijn;
- 63 dat in verband met al deze kenmerken van de markt en gezien het algemeen optredend verschijnsel van gestadig afbrokkelende prijzen, de leden van de oligopolie die hadden besloten hun prijzen te verhogen, redelijkerwijze mochten verwachten dat hun concurrenten die immers dezelfde rentabiliteitsproblemen kenden, zouden meegaan;

Het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging”

- 64 Overwegende dat zo artikel 85 het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” van die der „overeenkomsten tussen ondernemingen” of „besluiten van ondernemersverenigingen” onderscheidt, daarbij de bedoeling voorziet 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;
- 65 dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve naar haar aard niet alle bestanddelen van een overeenkomst omvat, doch onder anderen het resultaat kan zijn van een coördinatie welke in het gedrag der deelnemers tot uitdrukking komt;

- 66 dat ofschoon een parallellie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging 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;
- 67 dat dit inzonderheid het geval is wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om voor het prijsevenwicht naar een ander niveau te streven dan hetwelk bij mededinging zou zijn ontstaan, en om eenmaal ingenomen posities te bevrozen 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;
- 68 Overwegende dat een juiste beoordeling van de vraag of er in casu van afstemming sprake is, derhalve 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;

De kenmerken van de kleurstoffenmarkt

- 69 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt erdoor wordt gekenmerkt dat zij voor 80 % wordt bevoorrad door een tiental, over het algemeen zeer grote ondernemingen, die daarnevens veelal andere chemische produkten of speciale farmaceutische artikelen vervaardigen;
- 70 dat de produktiestructuren en derhalve ook de kostenstructuren dezer producenten sterk verschillen, zodat het inzicht in de kosten der concurrenten bemoeilijkt wordt;
- 71 dat het totaal aantal kleurstoffen zeer hoog is en iedere onderneming er meer dan duizend vervaardigt;
- 72 dat de gemiddelde graad van onderlinge vervangbaarheid dezer produkten als vrij hoog wordt beschouwd wat de standaardkleurstoffen betreft, terwijl speciale kleurstoffen soms nauwelijks of in het geheel niet onderling vervangbaar zijn;
- 73 dat de markt, ten aanzien van de speciale produkten, in bepaalde gevallen in oligopolistische richting tendeert;
- 74 dat waar de prijs der kleurstoffen de prijs van het eindprodukt van de kleurstoffenverwerkende ondernemingen betrekkelijk weinig beïnvloedt, de graad van elasticiteit van de vraag naar kleurstoffen op de gehele markt gering is, hetgeen op korte termijn prijsverhoging in de hand werkt;

- 75 dat anderzijds de totale vraag naar kleurstoffen gestadig stijgt, hetgeen voor de fabrikanten een prikkel vormt tot het voeren van een beleid dat hen in staat stelt mede van die toegenomen vraag te profiteren;
- 76 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt binnen het gebied der Gemeenschap wordt gekenmerkt door het bestaan van vijf geïsoleerde nationale markten met verschillend prijsniveau, zonder dat deze verschillen zijn te verklaren door verschillen in de kosten en lasten, welke op de producenten in deze landen drukken;
- 77 dat de oprichting van de gemeenschappelijke markt dus blijkbaar op deze situatie geen enkele invloed heeft gehad, daar de verschillen tussen het prijspeil in de Lid-Staten nauwelijks kleiner zijn geworden;
- 78 dat daarentegen vaststaat dat de nationale markten ieder afzonderlijk oligopolistische kenmerken vertonen en dat het prijspeil op de meeste dier markten tot stand komt onder invloed van een prijsleider — soms de belangrijkste fabrikant uit het land zelf, soms een fabrikant uit een andere Lid-Staat of een derde staat, handelende via een dochtermaatschappij —;
- 79 dat deze opsplitsing van de markt volgens de deskundigen moet worden toegeschreven aan de noodzaak verbruikers ter plaatse technische bijstand te kunnen verlenen en voor onmiddellijke levering — van in den regel beperkte hoeveelheden — te kunnen zorgen, waarbij de producenten, behoudens uitzondering, leveren aan hun dochtermaatschappijen in de verschillende Lid-Staten en door middel van een net van agentschappen en magazijnen zorgen voor de specifieke bijstand aan — en bevoorrading van — de verbruikende ondernemingen;
- 80 dat uit de ten processe verstrekte gegevens blijkt, dat zelfs wanneer de producent zich rechtstreeks met een belangrijke verbruiker in een andere Lid-Staat in verbinding stelt, de prijzen gewoonlijk worden gevormd naar gelang de plaats van vestiging van de verbruiker, doordien zij zich richten naar het prijsniveau van de nationale markt;
- 81 dat ofschoon de producenten zich bij deze handelwijze wellicht allereerst hebben gevoegd naar de bijzonderheden van de kleurstoffenmarkt en de behoeften van hun afnemers, de daardoor veroorzaakte opsplitsing van de markt, door versnippering van de mededinging, tot isolering der verbruikers binnen hun nationale markt kan leiden en kan beletten dat het binnen het geheel der gemeenschappelijke markt tot een algemene confrontatie der producenten komt;
- 82 dat de litigieuze feiten moeten worden gewaardeerd in het kader van deze gegevens betreffende de werking van de kleurstoffenmarkt;

De prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967

- 83 Overwegende dat de in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 onderling samenhangen;
- 84 dat de verhoging met 15 % van de prijzen der meeste anilinekleurstoffen die op 1 januari 1965 in Duitsland is toegepast, metterdaad slechts de prijsverhoging, waartoe in januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg was overgegaan, voor een andere nationale markt invoerde;
- 85 dat de prijsverhoging van bepaalde kleurstoffen en pigmenten die op 1 januari 1965 in alle Lid-Staten, Frankrijk uitgezonderd, werd toegepast, zich uitstrekte over alle produkten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden;
- 86 dat de prijsverhoging met 8 % van najaar 1967 voor Frankrijk op 12 % is gesteld, ten einde aldaar alsnog de verhogingen van 1964 en 1965 te kunnen inhalen, waaraan de Franse markt als gevolg van het prijscontrolesysteem niet had deelgenomen;
- 87 dat deze drie prijsverhogingen derhalve niet los van elkander kunnen worden bezien, ofschoon zij niet onder gelijke omstandigheden tot stand zijn gekomen;
- 88 Overwegende dat in 1964 alle betrokken ondernemingen hun verhogingen hebben aangekondigd en terstond toegepast, zulks op initiatief van de firma Ciba-Italië, die op 7 januari 1964 in opdracht van Ciba-Zwitserland een onmiddellijk ingaande prijsverhoging van 15 % aankondigde, welk initiatief op de Italiaanse markt binnen twee à drie dagen door de andere fabrikanten is gevolgd;
- 89 dat ICI-Nederland op 9 januari het initiatief tot dezelfde verhoging heeft genomen voor Nederland, terwijl op dezelfde dag Bayer een gelijk initiatief heeft genomen voor de Belgisch-Luxemburgse markt;
- 90 dat deze prijsverhogingen — behoudends onbeduidende verschillen, met name tussen die van de Duitse ondernemingen enerzijds en de Zwitserse en Engelse ondernemingen anderzijds — voor de onderscheidene fabrikanten en markten hetzelfde assortiment betroffen, dat wil zeggen de meeste anilinekleurstoffen met uitzondering van pigmenten, kleurstoffen voor levensmiddelen en cosmetica;
- 91 Overwegende wat betreft de prijsverhoging van 1965, dat bepaalde ondernemingen tevoren prijsstijgingen hebben aangekondigd, die voor de Duitse markt neerkwamen op een verhoging van 15 % voor de produkten welker prijzen op de andere markten reeds een zelfde verhoging hadden ondergaan en van 10 % voor de produkten waarvan de prijzen nog niet waren verhoogd, welke

- aankondigingen geleidelijk op verschillende tijdstippen tussen 14 oktober 1964 en 28 december 1964 zijn gedaan;
- 92 dat de eerste aankondiging op 14 oktober 1964 door BASF is gedaan, gevolgd door de aankondigingen van Bayer — op 30 oktober — en Cassella — op 5 november —;
- 93 dat deze verhogingen op 1 januari 1965 gelijktijdig op alle markten zijn toegepast en alleen achterwege zijn gebleven op de Franse markt — als gevolg van de prijsstop aldaar — en op de Italiaanse markt — waar als gevolg van de weigering van de voornaamste Italiaanse producent, ACNA, haar prijzen te verhogen, ook de andere producenten van verhoging hunner prijzen hebben afgezien;
- 94 dat ACNA er ook niet toe is overgegaan haar prijzen op de Duitse markt met 10 % te verhogen;
- 95 dat de prijsverhoging overigens een algemeen karakter droeg en gelijktijdig door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten is toegepast, terwijl zich ook wat het assortiment der betrokken producenten betreft geen verschillen hebben voorgedaan;
- 96 Overwegende ten aanzien van de prijsverhoging van 1967, dat de vennootschap Geigy tijdens een op 18 augustus 1967 te Bazel gehouden bijeenkomst, die werd bijgewoond door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten met uitzondering van ACNA, het voornemen heeft aangekondigd haar verkoopprijzen per 16 oktober 1967 met 8 % te verhogen;
- 97 dat bij die zelfde gelegenheid de afgevaardigden van Bayer en Francolor hebben aangekondigd dat ook hun ondernemingen een prijsverhoging overwoegen;
- 98 dat alle in de bestreden beschikking bedoelde ondernemingen vervolgens medio september een prijsverhoging met 8 % — die voor Frankrijk op 12 % werd gesteld — hebben aangekondigd welke op 16 oktober zou ingaan in alle landen uitgezonderd Italië, waar ACNA opnieuw weigerde haar prijzen te verhogen, met dien verstande dat zij wel bereid was zich aan te sluiten bij de prijsbeweging op twee andere markten, zij het op andere data dan 16 oktober;
- 99 Overwegende dat de drie opeenvolgende prijsverhogingen, gezamenlijk bezien, een geleidelijk verdergaande samenwerking der betrokken ondernemingen aantonen;
- 100 dat namelijk na de ervaring opgedaan in 1964, toen het tijdstip der verhogingen samenviel met dat der aankondigingen en het assortiment der produkten waarvoor zij golden soms niet geheel gelijk was, bij de prijsverhogingen van

1965 en 1967 een andere werkwijze blijkt te zijn gevolgd, in die zin dat de initiatiefneemsters BASF en Geigy hun voornemen tot prijsverhoging enige tijd tevoren hebben aangekondigd en aldus de ondernemingen in staat hebben gesteld hun reacties op de verschillende markten over en weer te observeren en zich daarnaar in te richten;

- 101 dat de onderscheidene ondernemingen door deze aankondigingen iedere onzekerheid over hun toekomstig gedrag onderling hebben uitgesloten en daarmee tevens een groot deel van het risico hebben weggenomen dat normaliter aan iedere zelfstandige gedragswijziging op één of meer markten is verbonden;
- 102 dat zulks te meer het geval was nu deze aankondigingen, doordat zij tot de vaststelling van algemene en voor alle kleurstoffenmarkten gelijke prijsverhogingen leiden, deze markten in zoverre doorzichtig hebben gemaakt;
- 103 dat de betrokken ondernemingen dus door hun handelwijze ten aanzien van de prijzen tijdelijk bepaalde ten aanzien van de marktconcurrentie geldende voorwaarden die aan een uniform parallel gedrag in de weg stonden, hebben uitgeschakeld;
- 104 Overwegende dat de niet spontane aard dezer gedragingen wordt bevestigd bij bestudering van andere marktfactoren;
- 105 dat namelijk de Europese kleurstoffenmarkt, gezien het aantal der betrokken fabrikanten, niet mag worden beschouwd als een oligopolie in de eigenlijke zin des woords, waarin de prijsconcurrentie geen rol van wezenlijk belang meer zou kunnen spelen;
- 106 dat deze fabrikanten machtig genoeg en voldoende talrijk zijn om het niet te verwaarlozen risico te scheppen, dat enkelen hunner in een tijd van stijgende prijzen de algemene prijzenbeweging niet volgen, doch proberen door een individuele gedragslijn hun marktaandeel te vergroten;
- 107 dat voorts de opsplitsing van de markt in vijf nationale markten met verschillende prijsniveaus en ongelijke prijzenstructuren, een spontane en voor alle nationale markten gelijke prijsverhoging onwaarschijnlijk maakt;
- 108 dat ofschoon een algemene en spontane prijsverhoging op de verschillende nationale markten strikt genomen denkbaar ware, moest worden verwacht dat deze verhogingen dan toch naar gelang van de bijzonderheden der onderscheiden nationale markten verschillend zouden uitvallen;
- 109 dat hieruit moet worden afgeleid dat zo het de betrokken ondernemingen al als aantrekkelijk en risicovrij kon voorkomen naar een parallel gedrag ten

aanzien van de prijzen te streven, het nauwelijks denkbaar is dat zodanig parallel gedrag — wat betreft het tijdstip, de betrokken markten en het betrokken assortiment — spontaan tot stand zou kunnen komen;

- 110 Overwegende dat het al evenmin aannemelijk is dat de prijsverhogingen van januari 1964, zoals die eerst op de Italiaanse en daarna op de Nederlandse en Belgisch-Luxemburgse markt tot stand kwamen — welke markten zowel wat het prijsniveau als wat de structuur der mededinging betreft weinig met elkan- der gemeen hebben —, zonder voorafgaande afstemming in twee à drie dagen hadden kunnen worden gerealiseerd;
- 111 dat die afstemming bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 op klaarblij- kende wijze heeft plaatsgehad, doordien het geheel van aankondigingen van met ingang van een bepaalde datum en voor een bepaald assortiment voorge- nomen prijsverhogingen het de fabrikanten mogelijk heeft gemaakt voor de bijzondere gevallen die zich in Frankrijk en Italië voordeden, hun gedrag te bepalen;
- 112 dat de ondernemingen door deze handelwijze bij voorbaat de onzekerheid over elkanders gedrag op de verschillende markten onderling hebben uitgeslo- ten en daarmee voor een groot deel het risico hebben weggenomen dat aan iedere zelfstandige wijziging van het gedrag op de markten is verbonden;
- 113 dat de algemene en uniforme prijsverhoging op deze verschillende markten slechts te verklaren is door de overeenstemmende bedoelingen dezer onderne- mingen om enerzijds de prijzen op te trekken en de door concurrentie middels prijskortingen ontstane situatie te herstellen, en anderzijds het aan iedere prijsverhoging verbonden risico dat de mededingingsvoorwaarden niet meer dezelfde zullen blijken te zijn als voorheen, te vermijden;
- 114 dat de omstandigheid dat de aangekondigde prijsverhogingen in Italië niet zijn toegepast en dat de vennootschap ACNA zich slechts ten dele bij de prijsver- hoging op de andere markten van 1967 heeft aangesloten, deze conclusie — verre van haar te ontzenuwen — veeleer bevestigt;
- 115 dat het metterdaad de functie der mededinging op het stuk van de prijzen is een zo laag mogelijk prijsniveau te handhaven en het goederenverkeer tussen de Lid-Staten te bevorderen ten einde aldus, naar gelang van de produktiviteit en het aanpassingsvermogen der ondernemingen, een optimale spreiding der activiteiten mogelijk te maken;
- 116 dat een bewegelijk en gedifferentieerd prijsverloop één der wezenlijke doel- stellingen van het Verdrag bevordert, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de produktiebronnen van de gehele Gemeenschap;

- 117 dat — in verband met de beperkte soepelheid van de kleurstoffenmarkt, veroorzaakt door factoren als ondoorzichtige prijzen, de interdependentie der verschillende kleurstoffen van iedere fabrikant bij de samenstelling van het door iedere afnemer benutte produktenpakket, de betrekkelijk geringe invloed van de prijzen dezer produkten op de kostprijs van het eindprodukt van de verbruikende ondernemingen, het belang dezer ondernemingen ter plaatse over een leverancier te beschikken, de invloed van de transportkosten — het vermijden van iedere handeling die de mogelijkheid ener wederzijdse door-dringing van de verschillende nationale markten op verbruikersniveau kunstmatig verkleint, van bijzonder belang wordt voor de markt der onderhavige produkten;
- 118 dat het weliswaar iedere fabrikant vrijstaat zijn prijzen te wijzigen en daartoe rekening te houden met het tegenwoordige of te verwachten gedrag zijner concurrenten, doch dat het anderzijds in strijd is met de mededingingsregelen van het Verdrag wanneer een fabrikant op enigerlei wijze met zijn concurrenten samenwerkt ten einde een gecoördineerde gedragslijn inzake prijsverhogingen vast te stellen en het welslagen daarvan te verzekeren door tevoren iedere onzekerheid omtrent het over en weer te volgen gedrag ten aanzien van de hoofdzaken der te ondernemen actie, zoals percentage, voorwerp, datum en plaats der verhogingen, uit te sluiten;
- 119 dat onder deze omstandigheden en gelet op de bijzonderheden van de markt voor de onderhavige produkten, het gezamenlijk gedrag van verzoekster en de andere vervolgte ondernemingen erop gericht is geweest de risico's van de mededinging en de ongewisheid hunner spontane reacties te vervangen door een samenwerking die een in artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging oplevert;

De invloed van de afstemming op de handel tussen de Lid-Staten

- 120 Overwegende dat verzoekster stelt, dat de uniforme prijsverhogingen de handel tussen de Lid-Staten niet ongunstig konden beïnvloeden, omdat de verbruikers ondanks de aanzienlijke verschillen tussen de prijzen in de verschillende staten, steeds de voorkeur hebben gegeven aan aankoop van kleurstoffen in het eigen land;
- 121 Overwegende dat echter uit het vorenoverwogene volgt dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen een nadelige invloed konden uitoefenen op de voorwaarden waaronder de handel in de betrokken produkten tussen de Lid-Staten zich afspeelt;
- 122 dat de partijen die deze gedragingen hebben volvoerd bij iedere verhoging hebben bedoeld zoveel mogelijk het risico te beperken dat de voorwaarden

voor hun onderlinge mededinging zouden blijken niet meer dezelfde te zijn als voorheen;

123 dat het uniform en gelijktijdig karakter der prijsverhogingen er met name toe heeft gediend eenmaal verkregen posities te bevrozen, met vermindering van het risico van klantenverloop bij ieder der ondernemingen, en er aldus toe heeft bijgedragen dat de traditionele nationale goederenmarkten hun starheid behielden, zelfs ten detrimente van de werkelijke vrijheid van het verkeer met bedoelde produkten op de gemeenschappelijke markt;

124 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

D e b e v o e g d h e i d d e r C o m m i s s i e

125 Overwegende dat verzoekster die haar zetel buiten de Gemeenschap heeft, stelt dat de Commissie niet bevoegd is haar geldboeten op te leggen alleen wegens de gevolgen binnen de gemeenschappelijke markt van handelingen welke zij buiten de Gemeenschap zou hebben verricht;

126 Overwegende dat waar hier van een onderling afgestemde feitelijke gedraging sprake is, eerst moet worden nagegaan of verzoeksters gedrag op de gemeenschappelijke markt aan den dag is getreden;

127 dat de omstreden prijsverhogingen blijkens het vorenoverwogene zijn uitgevoerd binnen de gemeenschappelijke markt en de mededinging tussen aldaar optredende fabrikanten hebben betroffen;

128 dat mitsdien de handelingen ter zake waarvan de litigieuze boete is opgelegd, worden gevormd door rechtstreeks binnen de gemeenschappelijke markt verrichte feitelijke gedragingen;

129 dat blijkens hetgeen werd overwogen bij de bespreking van het middel betreffende het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, door verzoekster is besloten tot verhogingen van de aan verbruikers binnen de gemeenschappelijke markt berekende verkoopprijzen harer produkten, welke verhogingen geheel overeenkwamen met die waartoe de andere betrokken fabrikanten hadden besloten;

130 dat verzoekster door gebruik te maken van haar leidinggevende bevoegdheid jegens haar in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen, haar besluit op die markt heeft kunnen doorvoeren;

131 Overwegende dat verzoekster hiertegen inbrengt, dat dit gedrag op rekening van haar dochtermaatschappijen en niet van haarzelf moet worden gesteld;

132 Overwegende dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend;

- 133 dat zulks met name het geval kan zijn wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt;
- 134 dat wanneer de dochtermaatschappij bij het uitzetten van haar gedragslijn op de markt niet over werkelijke zelfstandigheid beschikt, de verboden van artikel 85, lid 1, kunnen worden geacht niet te gelden voor de verhouding tussen haar en de moedermaatschappij, waarmede zij een economische eenheid vormt;
- 135 dat deze eenheid — als concern — medebrengt dat de handelingen der dochtermaatschappij in bepaalde omstandigheden aan de moedermaatschappij mogen worden aangerekend;
- 136 Overwegende dat van algemene bekendheid is dat het kapitaal dezer dochtermaatschappijen destijds geheel, althans grotendeels, in handen was van verzoekster;
- 137 dat verzoekster het in haar macht had het beleid van haar dochtermaatschappijen op de gemeenschappelijke markt ten aanzien van de verkoopprijzen op beslissende wijze te beïnvloeden en van die macht ook gebruik gemaakt heeft bij de drie hierbedoelde prijsverhogingen;
- 138 dat toch in de telexberichten betreffende de verhoging van 1964 welke verzoekster aan haar dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt deed toekomen, de prijzen en andere verkoopvoorwaarden, welke zij jegens hun afnemers hadden in acht te nemen, op voor haar bindende wijze werden vastgelegd;
- 139 dat het er, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, voor moet worden gehouden dat verzoekster bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 ten aanzien van haar binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochtermaatschappijen niet anders heeft gehandeld;
- 140 dat in deze omstandigheden het feit dat hier, gelet op de eigen rechtspersoonlijkheid, in formele zin van twee verschillende vennootschappen sprake is, er niet aan afdoet dat hun marktgedrag, voor wat de toepassing der mededingingsregelen betreft, als een eenheid moet worden opgevat;
- 141 dat verzoekster derhalve wel degelijk de onderling afgestemde feitelijke gedraging binnen de gemeenschappelijke markt heeft verricht;
- 142 dat het door verzoekster opgeworpen middel — onbevoegdheid — derhalve ongegrond moet worden verklaard;
- 143 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de beschikking onvoldoende met redenen is omkleed, aangezien de Commissie zich tot staving harer bevoegd-

heid niet op de tussen moedermaatschappij en dochtermaatschappij bestaande banden heeft beroepen;

144 Overwegende dat het onvermeld laten van argumenten ter staving van de bevoegdheid der Commissie de controle op de gegrondheid harer beschikking niet kan belemmeren;

145 dat de Commissie trouwens niet gehouden is in haar beschikkingen alle argumenten te vermelden, waarop zij zich nadien ter bestrijding van eventueel tegen de wettigheid harer handelingen opgeworpen middelen zou kunnen beroepen;

146 dat deze exceptie derhalve ongegrond is;

D e g e l d b o e t e

147 Overwegende dat het bedrag van de geldboete, in aanmerking genomen de frequentie en het belang van verzoeksters optreden in het kader van de ongeoorloofde gedragingen en de consequenties dier gedragingen voor de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt voor de betrokken produkten, in de juiste verhouding staat tot de ernst van de schendingen der communautaire mededingingsregelen;

T e n a a n z i e n v a n d e p r o c e s k o s t e n

148 Overwegende dat volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Regelement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen;

149 dat verzoekster in het ongelijk is gesteld;

150 dat zij derhalve in de kosten moet worden verwezen;

Gezien de stukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;

Gehoord de pleidooien van partijen;

Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, inzonderheid de artikelen 85 en 173;

Gelet op verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962;

Gelet op verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963;

Gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. verwerpt het beroep;
2. verwijst verzoekster in de kosten van het geding.

Lecourt	Mertens de Wilmars	Kutscher	
Donner	Trabucchi	Monaco	Pescatore

Uitgesproken te Luxemburg ter openbare terechtzitting van veertien juli negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier	De President
A. Van Houtte	R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL H. MAYRAS
VAN 2 MEI 1972 ¹

Inhoud

Inleiding — A — De feiten	671
B — De procesvoering	672
C — De probleemstelling	672
<i>Titel I — De vraag of er sprake is geweest van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome en het afgeleide Gemeenschapsrecht</i>	673
Afdeling I — Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging	673
A — Het onderscheid tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen	673
B — De onderling afgestemde feitelijke gedraging in de Amerikaanse antitrustwetgeving	674
C — De wettelijke regelingen van de Lid-Staten der Gemeenschap	675
D — De criteria voor de onderling afgestemde feitelijke gedraging in het Gemeenschapsrecht	676

¹ — Vertaald uit het Frans. Conclusie in de zaken 48, 49 en 51 tot 57-69.