

In de zaak 6-72

EUROPEMBALLAGE CORPORATION, te Brussel (België), en CONTINENTAL CAN COMPANY INC., te New-York (USA), ten deze vertegenwoordigd door A. Gleiss, H. Lutz, C. Hootz, M. Hirsch et socii, advocaten te Stuttgart, alsmede door J. Loyrette, advocaat bij de Cour de Paris, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van G. Reuter, 7, avenue de l'Arsenal,

verzoeksters,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridische adviseurs B. van der Esch en J. Thiesing, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur E. Reuter, 4, boulevard Royal,

verweerster,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van de beschikking der Commissie van 9 december 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag, zaak „IV/26811 — Continental Can Company” (PB 1972, nr. L 7),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

Advocaat-Generaal: K. Roemer

Griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — De feiten en het procesverloop

verloop kunnen worden samengevat als volgt:

Overwegende dat de aan het geding ten grondslag liggende feiten en het proces-

1. De vennootschap Continental Can Company Inc. („Continental”) te New-

York (USA), producente van metalen verpakkingen, van papieren en plastic verpakkingsmateriaal en van machines voor de fabricage en het gebruik van deze verpakkingen, heeft door opeenvolgende aankopen in de loop van 1969 haar deelneming in Schmalbach-Lubeca-Werke AG („SLW”) te Brunswijk (Duitsland) tot 85,8 % van het nominale kapitaal opgevoerd.

In datzelfde jaar heeft Continental overwogen samen met The Metal Box Company Ltd. („MB”) te Londen een Europese holdingmaatschappij voor verpakkingsmateriaal op te richten; de licentiehoudsters van Continental in Nederland en Frankrijk, Thomassen & Drijver — Verblifa NV („TDV”) te Deventer en J. J. Carnaud et Forges de Basse-Indre („Carnaud”) te Parijs, zouden worden uitgenodigd daarin deel te nemen. Eind augustus 1969 liet Carnaud echter weten dat zij niet kon deelnemen aan de voorgestelde holding.

Op 16 februari 1970 werd tussen Continental en TDV een overeenkomst („agreement”) ondertekend, bepalande:

- a) Continental zal in Delaware (USA) een vennootschap (later genoemd „Europemballage Corporation”) oprichten, waaraan zij haar bestaande belangen in SLW zal overdragen;
- b) Continental zal Europemballage ertoe aanzetten de aandeelhouders van TDV, uitgezonderd MB en Carnaud, een bedrag in contanten van 140 gulden per aandeel TDV van 20 gulden nominale waarde aan te bieden. Iedere TDV-aandeelhouder die zijn aandelen aanbiedt, zal tevens een certificaat ontvangen, dat hem een claim verleent voor de aankoop van gewone aandelen Europemballage, wanneer deze aan het publiek worden aangeboden. Continental zal Europemballage de nodige middelen voor de aankoop verstrekken door extra Europemballage-aandelen te nemen.

Ingevolge deze overeenkomst

- is op 20 februari 1970 te Wilmington, onder de wetgeving van de staat Delaware, een vennootschap onder de

naam Europemballage Corporation („Europemballage”) opgericht, kantoor houdende te New-York en te Brussel;

- heeft TDV op 16 maart 1970 het bod van Europemballage bekend gemaakt.

In maart en april heeft de Commissie de aandacht van de betrokken ondernemingen gevestigd op de mogelijke onverenigbaarheid van de voorgenomen verrichting met artikel 86 van het Verdrag en op de juridische en financiële consequenties die daaruit voor hen zouden kunnen voortvloeien. MB deelde daarop mede dat zij haar toetredingsplannen inzake Europemballage uitstelde.

Op 8 april 1970 is Europemballage overgegaan tot de aankoop van de op die datum aangeboden aandelen en obligaties TDV, waarmee zij de aanvankelijke deelneming van Continental in TDV bracht op 91,07 %.

2. Op 9 april 1970 besloot de Commissie ambtshalve een procedure (krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17) tegen Continental en haar dochteronderneming Europemballage in te leiden wegens de verwerving door Europemballage van de meerderheid der aandelen van TDV. Tot slot van deze procedure stelde de Commissie op 9 december 1971 een beschikking op grond van artikel 86 van het Verdrag vast. Na een motivering welke betrekking heeft op de kenmerken der betrokken ondernemingen, de wederzijdse bindingen van personele, financiële contractuele en technische aard, en wat in het bijzonder SLW en TDV betreft, hun produktiekenmerken, de verkopen op hun onderscheiden markten, de exporten van de ene vennootschap naar het gebied van de andere, hun concurrentiepositie, enzovoort wordt in de beschikking als volgt bepaald:

„Artikel 1

Het is vastgesteld dat de Continental Can Company Inc. te New-York, die door tussenkomst van haar dochteronderneming, Schmalbach-Lubeca-Werke AG te Brunswijk, op een wezenlijk deel van

de gemeenschappelijke markt een machtspositie op de markt van lichte verpakkingen voor vlees, vleeswaren-, vis- en schaaldierenconserven alsmede op de markt van metalen deksels voor glazen potten inneemt, van deze positie misbruik heeft gemaakt door de in april 1970 door tussenkomst van haar dochteronderneming Europemballage Corporation gedane aankoop van ongeveer 80 % van de aandelen en converteerbare obligaties van de Nederlandse onderneming Thomassen & Drijver — Verblifa NV te Deventer. Deze aankoop heeft in de praktijk geleid tot de uitschakeling van de mededinging voor de voornoemde verpakingsprodukten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

Artikel 2

Continental Can Company Inc. is verplicht aan de vastgestelde inbreuk op artikel 86 van het EEG-Verdrag een einde te maken. Daartoe zal zij de Commissie voor 1 juli 1972 voorstellen doen.

Artikel 3

Onderhavige beschikking is aan Continental Can Company Inc. te New-York gericht."

Deze beschikking, die werd bekendgemaakt in het Publikatieblad van 8 januari 1972, nr. L 7 — met de opmerking „slechts de tekst in de Franse taal is authentiek" —, werd op 14 december 1971 aan Europemballage ter kennis gebracht en in die zelfde maand per post aan Continental. Tevens werd zij op 20 december 1971 in de Duitse tekst toegezonden aan de raadslieden van verzoeksters. Tegen deze beschikking is het onderhavige beroep ingesteld bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Hof op 9 februari 1972.

3. Bij het verzoekschrift en vervolgens bij afzonderlijke, op 23 februari 1972 ter griffie gedeponeerde akte hebben verzoeksters krachtens artikel 185 EEG-Verdrag gevraagd om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 der bestreden beschikking. De president heeft, partijen gehoord, dit verzoek bij beschikking van 21 maart 1972 afgewezen. Het Hof heeft, op rapport van de Rech-

ter-Rapporteur en gehoord de Advocaat-Generaal, besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, na partijen te hebben uitgenodigd vóór 1 september 1972 een aantal vragen te beantwoorden. Partijen zijn ter terechtzitting van 20 september 1972 in haar pleidooien gehoord. De Advocaat-Generaal heeft ter terechtzitting van 15 november 1972 conclusie genomen.

II — Conclusies van partijen

Overwegende dat *verzoeksters* concluderen dat het den Hove behage:

- „1. Nietig te verklaren de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 9 december 1971 „IV/26811 — Continental Can Company", waarbij is vastgesteld dat Continental Can Company Inc. te New-York, door de aankoop van 80 % van de aandelen en converteerbare obligaties van de onderneming Thomassen & Drijver — Verblifa NV te Deventer door tussenkomst van haar dochteronderneming Europemballage Corporation, heeft gehandeld in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, en waarbij zij wordt verplicht aan deze inbreuk een einde te maken en haar wordt gelast daartoe vóór 1 juli 1972 voorstellen aan de Commissie te doen;
2. Te verstaan dat, met toepassing van artikel 73, sub b), van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, de Commissie van de Europese Gemeenschappen is gehouden verzoeksters de door partijen in verband met de procedure gemaakte kosten te vergoeden."

dat *verweerster* concludeert dat het den Hove behage:

„— het beroep te verwerpen met verwijzing van verzoeksters in de kosten".

III — Middelen en argumenten van partijen

Overwegende dat de middelen en argu-

menten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

A — Algemeen

Verzoeksters betogen dat de aan de beschikking voorafgaande procedure onregelmatigheden vertoont, die mede hun weerslag hebben op de beschikking zelf:

- Ten eerste zijn de punten van bezwaar die de Commissie bij haar mededeling van 15 maart 1971 aan betrokkenen kenbaar heeft gemaakt, onvoldoende met redenen omkleed, daar de Commissie slechts haar rechtsopvatting heeft weergegeven zonder te trachten deze te motiveren.
- Vervolgens is de bestreden beschikking in wezen een herhaling van de punten van bezwaar, die reeds in genoemde mededeling der Commissie waren uiteengezet en bevat zij geen enkele reactie op het antwoord van 9 augustus 1971 op deze mededeling, noch de motieven waarop haar rechtsopvatting steunt.
- Ten slotte is deze houding niet in overeenstemming met het eigenlijke karakter van de in artikel 7 van verordening nr. 99/63 bedoelde hoorzitting die in casu ondeugdelijk was, daar de Commissie uitsluitend bezwaar had gemaakt tegen de uiteenzetting van de feiten in het antwoord van 9 augustus 1971, zonder dat haar vertegenwoordigers of die van de overige erbij betrokken autoriteiten enige vraag hadden gesteld.

Na te hebben opgemerkt dat de Commissie de bewijslast heeft en moet aangevoerd, verwijzen *verzoeksters* naar bedoeld antwoord „bij wijze van aanvulling”, voor zover dit antwoord niet is achterhaald door de in het beroep ontwikkelde argumentatie.

Verweerster antwoordt met name het volgende:

- De mededeling van de punten van bezwaar voldoet aan de voorwaarden van artikel 4 van verordening nr. 99/63, daar de belangrijkste feiten

waarop zij steunt, duidelijk — zij het slechts beknopt — zijn vermeld. De Commissie heeft in de mededeling niet alleen de feiten beschreven, maar ook uiteengezet in hoeverre de Continental-groep een machtspositie inneemt en hiervan misbruik heeft gemaakt door de meerderheid van de aandelen van TDV aan te kopen.

- In een administratieve procedure krachtens verordening nr. 17 behoeft de Commissie de afwijzing van de door betrokkenen aangevoerde middelen niet te motiveren. Overigens wijkt de beschikking op verschillende punten ten gunste van *verzoeksters* af van de mededeling van de punten van bezwaar van 15 maart 1971.
- Volgens artikel 7 van verordening nr. 99/63 heeft het mondeling horen slechts ten doel de overeenkomstig artikel 5 reeds ingediende schriftelijke opmerkingen aan te vullen of toe te lichten. Gezien de zeer uitvoerige schriftelijke opmerkingen van *verzoeksters*, hadden de ambtenaren van de Commissie en van de Lid-Staten geen vragen te stellen tijdens de hoorzitting van 21 september 1971. Overigens heeft de Commissie de bestreden beschikking eerst vastgesteld na een nauwkeurig onderzoek van de punten van bezwaar evenals van het antwoord van 9 augustus 1971 en van het proces-verbaal van de hoorzitting.

B — De procedure

Verzoeksters wijzen op een aantal formele onregelmatigheden van de Commissie, die op zichzelf reeds de nietigheid der beschikking meebrengen, met name:

- geen „kennisgeving” van de bestreden beschikking aan Continental, althans niet langs de normale dat wil zeggen diplomatieke weg; Continental had in december 1971 slechts een of twee brieven van de Commissie ontvangen, die haar over de post waren toegezonden en die zij op advies van haar advocaten aan de Commissie had teruggestuurd;
- onjuiste aanduiding in het Publikatie-

blad van 8 januari 1972 van de tegen Continental geopende procedure, gezien de titel „Europemballage Corporation” in de Franse tekst der beschikking;

- verkeerde toepassing van de regeling van het taalgebruik (artikel 3 van verordening nr. 1 van de Raad, PB 1958, nr. 17), daar de Commissie de Franse tekst der beschikking als authentiek heeft aangewezen, terwijl de — ter beantwoording van de punten van bezwaar der Commissie gemachtigde — raadsman van Europemballage in de brief bij zijn antwoord had aangegeven dat de Duitse tekst authentiek was;
- schending van de rechten der verdediging, daar artikel 2 der bestreden beschikking zich tot Continental richt, terwijl de (alleen aan Europemballage geadresseerde) mededeling van de punten van bezwaar der Commissie niet was betekend aan Continental die derhalve niet in de gelegenheid was geweest overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 haar standpunt kenbaar te maken;
- overschrijding van de bevoegdheden der Commissie, daar de drie artikelen der beschikking zich tot Continental richten, die niet is gevestigd en geen enkele activiteit uitoefent op het grondgebied van de Lid-Staten, zodat zij volgens de algemene beginselen van het volkenrecht niet is onderworpen aan het gezag der Commissie noch aan de rechtsmacht van het Hof van Justitie.

Verweerster antwoordt hierop als volgt:

— Het Gemeenschapsrecht eist geen kennisgeving langs diplomatieke weg. En ook al zou aan de kennisgeving van de bestreden akte een fout kleven, dan nog zou deze fout de door verzoeksters verlangde nietigverklaring niet rechtvaardigen.

— De aanduiding van de procedure in het Publikatieblad is niet bepalend voor de geldigheid van de bestreden beschikking. Anderzijds moet onmiskenbaar

Continental als indirecte verkrijger en Europemballage als directe verkrijger van de aandelen van TDV worden aangemerkt.

— Daar Continental in een derde staat is gevestigd, kon de Commissie overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 1 één der vier officiële talen van de Gemeenschap kiezen. Zij heeft het Frans gekozen, vooral omdat Europemballage, die de aandelen van TDV voor rekening van Continental had verworven, een kantoor te Brussel heeft en zelf haar antwoord op de punten van bezwaar der Commissie in het Frans had gesteld.

— Dat Continental niet in de gelegenheid zou zijn geweest haar standpunt inzake de punten van bezwaar der Commissie kenbaar te maken, wordt weersproken door tal van feiten, die kenmerkend zijn voor de litigieuze procedure en in het dossier zijn weergegeven, evenals door de conclusies die uit een verklaring van de heer Ch. B. Stauffacher, „Vice-Chairman of the Board of Continental Can Company” en „Chairman of the Board of Europemballage Corporation”, tijdens de hoorzitting van 21 september 1971 kunnen worden getrokken.

— Zelfs bij strikte toepassing van het zogenaamde „territorialiteitsbeginsel” lijdt het geen twijfel dat de staten (evenals de Gemeenschap) hun wetgeving mogen toepassen op handelingen, vericht op hun soevereiniteitsgebied, ongeacht de nationaliteit van de auteurs dier handelingen. Continental nu heeft binnen de Gemeenschap gehandeld door tussenkomst van een dochteronderneming, die weliswaar een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, maar economisch volstrekt afhankelijk is.

Verzoeksters blijven vasthouden aan de „onbevoegdheid” der Commissie jegens Continental, stellende dat men deze onderneming niet de gedragingen van haar dochteronderneming kan aanwrijven, zonder inbreuk te maken op het grondbeginsel van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Bovendien is de rechtspersoon die het beweerde misbruik zou hebben gemaakt (Europemballage) een an-

dere als die welke de machtspositie zou innemen (SLW).

Volgens *verweerster* gaan deze argumenten uit van een formeel standpunt. Gezien het doel dat Continental bij de oprichting van Europemballage voor ogen stond, en het feit dat Europemballage ondanks een eigen rechtspersoonlijkheid economisch volkomen afhankelijk is, mag haar rechtspersoonlijkheid niet in aanmerking worden genomen bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels. Overigens blijkt uit een telegram van 14 april 1970 van Continental aan de Commissie dat Europemballage bij de publikatie van haar bod in maart 1970 nog niet volledig haar beslag had gekregen. Derhalve had zij toen geen enkele vertegenwoordiger die zelfs in theorie had kunnen weigeren de instructies van de moedermaatschappij op te volgen. Overigens valt niet te betwisten dat SLW, die een machtspositie op de Duitse markt inneemt, rechtstreeks door Europemballage en indirect door Continental wordt gecontroleerd.

Ook zijn de verwijzingen in de memorie van mr. Loyrette over de rechtstoestand in de Lid-Staten op het stuk van de toerekenbaarheid van de gedragingen van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij onjuist, gezien de opvattingen ten deze in Duitsland, Nederland en België. Uit het Amerikaanse anti-trustrecht blijkt dat vennootschappen die economisch een geheel vormen, ook juridisch als een geheel worden beschouwd, zelfs al hebben zij een eigen rechtspersoonlijkheid.

Ten slotte maakt *verweerster* bezwaar tegen een nota, opgesteld door de raadsman van Continental te New-York, mr. Helmer Johnson, omdat laatstgenoemde niet valt onder het bepaalde van artikel 17 van 's Hof's Statuut en omdat de nota niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 29, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering. Daarenboven, zo merkt *verweerster* nog op, gaan de argumenten van mr. Johnson over de bevoegdheidskwestie uit van begrippen die zijn ontleend aan het Amerikaanse recht en niet gelden voor de toepassing van

het Gemeenschapsrecht, waarvoor het voldoende is dat de gevolgen van de litigieuze gedragingen zich binnen de gemeenschappelijke markt doen gevoelen.

C — Ten aanzien van de Hoofdzak

De discussie tussen partijen over het geschil ten gronde gaat over de *juridische* problemen in verband met de *uitlegging* van artikel 86 van het Verdrag en de toepassing ervan op concentraties van ondernemingen en over de *feitelijke* achtergrond van de bestreden handeling.

1. De uitlegging van artikel 86: „machtspositie” en „misbruik” van een machtspositie

Verzoeksters betogen dat het begrip „misbruik” in de zienswijze der Commissie (deel II, overweging C, 23) uitgaat van een rechtsopvatting, die artikel 86 als instrument ziet voor de controle op concentraties, in weerwil van de objectieve inhoud en strekking van het artikel.

Deze opvatting kan niet stand houden bij een objectieve analyse van artikel 86 aan de hand van verschillende uitleggingsmaatstaven:

— Reeds uit de tekst volgt immers dat het artikel niet slaat op het ontstaan of de versterking van machtsposities, noch op de verhindering of beëindiging hiervan. De voorstukken van het Verdrag geven geen enkele aanwijzing voor het tegendeel. Bovendien is het bij een vergelijking tussen het EGKS-Verdrag en het EEG-Verdrag duidelijk, dat artikel 85 EEG-Verdrag globaal de tegenhanger is van artikel 65 EGKS-Verdrag, maar dat van artikel 66 EGKS-Verdrag alleen het gedeelte over de „overheersende positie” (lid 7) is weer te vinden in artikel 86 EEG-Verdrag. Indien de wetgever ook bij dit laatste Verdrag een controle op concentraties en een mogelijkheid tot ontbinding hiervan had willen voorzien, had hij dit gemakkelijk kunnen doen door soortgelijke bepalingen als die van de leden 1—6 van genoemd artikel 66 op te nemen.

In een poging om op het gebied van het mededingingsbeleid een bepaald resultaat te bereiken, heeft de Commissie de

grenzen van een teleologische of dynamische interpretatie verre overschreden. Voor het gezochte resultaat kan zij geen steun vinden in artikel 3, sub f), van het EEG-Verdrag, daar dit slechts een raambepaling is, die de Verdragsauteurs in artikel 86 alleen hebben opgevuld door bepaalde vormen van misbruik van een machtspositie te verbieden, zonder zich daarbij in te laten met het ontstaan of de versteviging dier positie als *structureel* verschijnsel.

— Deze conclusie wordt nog bevestigd, wanneer men ziet naar de elementen van artikel 86. Door de omschrijving in de beschikking van de begrippen „machtspositie” en „misbruik van een machtspositie” heeft de Commissie in het „overheersings”-proces een onderscheid aangebracht, waarvan in artikel 86 geen sprake is. In dit proces zijn er volgens haar twee fasen: de „mogelijkheid van onafhankelijke gedragingen” en de „versteviging van de machtspositie met uitschakeling van de potentiële of effectieve restconcurrentie”, waarbij zij deze tweede fase heeft gelijkgesteld met het begrip „misbruik”.

De eerste fase houdt eenvoudig het vermogen van de ondernemer in om het marktgebeuren wezenlijk te beïnvloeden, en beantwoordt aan de natuurlijke neiging van de ondernemer en aan de kenmerken van de markteconomie. In artikel 86 wordt zij dan ook buiten schot gelaten. Uitsluitend de tweede fase typeert het geval dat de economische macht de graad van intensiteit bereikt, die het begrip „machtspositie” veronderstelt. Door deze fase ten onrechte gelijk te stellen met „misbruik”, heeft de Commissie de zin en opzet van artikel 86 van het Verdrag miskend.

Aldus is zij tot een onjuiste opvatting van de begrippen machtspositie en misbruik van de machtspositie alsmede tot een onjuiste toepassing hiervan op het onderhavige geval gekomen.

a) *Machtspositie*

Het begrip „machtspositie”, zoals dit in de litigieuze beschikking (deel II, overweging B, 3) wordt gehanteerd, is vol-

gens *verzoeksters* zuivere theorie. Ten eerste steunt het op een irreal criterium dat zich moeilijk leent voor rechterlijke toetsing. Dat in casu sprake was van „onafhankelijke gedragingen”, zoals prijs-overvraging, aanbodbeperking, kwaliteitsvermindering, is in de beschikking nergens aangetoond. Gesteld overigens, dat de opvatting van de Commissie juist was, dan had de Continental-groep in staat moeten zijn haar winsten te verhogen of althans op peil te houden zonder acht te slaan op haar concurrenten. Het tegendeel is echter waar sedert de verwerving van de aandelen TDV, daar de nettowinst van SLW in 1971 is gedaald ten opzichte van 1969.

Voorts heeft het enige feit dat de Commissie tot staving van haar bezwaar aanvoert, betrekking op het marktaandeel van deze onderneming. Zelfs al zou dit aandeel juist zijn berekend, dan is het niet voldoende om het bestaan van een machtspositie te bewijzen, omdat het nog niets zegt over de feitelijke handelingsvrijheid van de onderneming. Het bestaan of handhaven van een machtspositie houdt niet noodzakelijkerwijs verband met het marktaandeel van de onderneming, maar met diverse factoren die de betrokken markt op elk tijdstip kunnen kenmerken. Wegens het toegenomen dynamisch vermogen van de techniek en van de huidige markten kan een machtspositie thans nog sneller veranderen — en geheel verdwijnen — dan de materiële en geografische grenzen van de markt die zij wordt geacht te beheersen.

Om overigens het bestaan van een machtspositie te bewijzen — waartoe de „betrokken markt” dient te worden afgebakend —, moet elke andere produktie dan die van de betrokken goederen buiten beschouwing blijven; zij komt pas ter sprake in het kader van de substitutieconcurrentie.

Verweerster antwoordt dat de toepassing van artikel 86 op het onderhavige geval wel degelijk steunt op reële gegevens welke verzoeksters niet kunnen weerleggen. Het is onjuist dat in casu het bestaan van een machtspositie had moeten

worden bewezen met de door verzoeksters genoemde „gedragingen”, daar die in feite „misbruik” van een machtspositie opleveren. Overigens kan het argument, ontleend aan het winstverloop van SLW, niet afdoen aan het bestaan van een machtspositie. Indien de winst van SLW in 1971 inderdaad is gedaald, rijst de vraag waarom Continental onlangs aan de vrije aandeelhouders van SLW, die nog rond 14 % van het aandelenkapitaal in handen hebben, een bod op deze aandelen tegen een koers van 375 % heeft uitgebracht.

Tegen de repliek van *verzoeksters* dat Continental tot aankoop van de resterende aandelen SLW had besloten om haar verhouding met de minderheidsaandeelhouders te saneren, brengt *verweerster* in dat men niet alleen op cijfers kan afgaan om een winstdaling aan te tonen, maar dat daartoe tal van gegevens over verscheidene boekjaren in aanmerking moeten worden genomen.

b) Misbruik van een machtspositie

Voorts oefenen *verzoeksters* kritiek op het begrip „misbruik”, zoals dit wordt opgevat in de bestreden beschikking (deel II, overweging C, 23 en 24) welke uitgaat van een verkeerde interpretatie van de strekking van artikel 86.

In de tweede alinea van dit artikel worden de verschillende, als misbruik beschouwde gedragingen van ondernemingen opgesomd. Weliswaar geven de woorden „met name” te kennen dat dit geen uitputtende opsomming is, doch dit neemt niet weg dat de — zelfs enuntiatief — in een wettelijke bepaling opgesomde gevallen de bedoeling van de wetgever duidelijk maken en het door hem beoogde soort situaties implicite aangeven.

In casu blijkt hieruit dat het *soort* handelwijzen, bedoeld in artikel 86, overeenkomt met *gedragingen die rechtstreeks op de markt inwerken*. Dit geldt ook voor het geval sub b) van die alinea. De uitdrukkelijke verwijzing naar de ongunstige weerslag van die gedragingen voor de verbruikers toont immers aan dat men hierin niet enkel interne onderne-

mingspraktijken of structurele maatregelen mag zien. Het is zeker niet uitgesloten dat de woorden „met name” doelen op het geval dat een concentratie is bewerkstelligd onder druk van een onderneming die daartoe haar machtspositie heeft aangewend. Maar wanneer, zoals hier, de concentratie zonder enige druk tot stand kon komen door een gunstig bod aan de aandeelhouders, kan er geen sprake zijn van misbruik.

Afgezien hiervan, eist artikel 86 overigens op zijn minst een *oorzakelijk verband* tussen de machtspositie en het misbruik daarvan. Geler op dit verband, zou Continental alleen kunnen worden vervolgd wegens overtreding van artikel 86, indien zou blijken dat zij de pretense machtspositie van SLW in de Bondsrepubliek Duitsland heeft gebruikt om de aandelen van TDV in Nederland op te kopen. In casu ontbreekt dit verband echter, waaruit volgt dat van een machtspositie geen gebruik is gemaakt in de zin van artikel 86. Continental heeft de aandelen van TDV op de beurs kunnen kopen, buiten een controle op SLW om en zelfs buiten het hele bestaan van deze onderneming om. Bovendien zou het in casu zelfs onmogelijk zijn geweest een dergelijke positie op de markt voor de betrokken produkten te gebruiken.

Tevens blijkt uit de in de beschikking zelf gegeven omschrijving van de machtspositie en uit het bovenbeschreven causaal verband dat het misbruik moet worden gemaakt op *dezelfde* als de beweerdelijk beheerste markt of althans op een markt voor soortgelijke produkten. Dit is hier evenmin het geval.

Immers, Continental heeft de aandelen van TDV niet gekocht op de markt voor de produkten, ten aanzien waarvan er volgens de Commissie een machtspositie in Duitsland bestond, noch op de Duitse markt voor andere produkten van de verpakkingindustrie. Bovendien had de aankoop van de aandelen-TDV evenmin betrekking op deze produkten in Nederland, maar uitsluitend op aandelen en obligaties. De litigieuze verwerving van de aandelen-TDV had dus, zowel wat haar object als de geografische grenzen

betreft, plaats gevonden op een andere dan de beweerdelijk beheerste markt.

Ook *verweerster* meent dat artikel 86 geen grondslag biedt om in een concentratiebeweging *tevorens* doeltreffend te kunnen ingrijpen. De bestreden beschikking staat echter geheel buiten de kwestie van de voorafgaande controle op concentraties in de zin van artikel 66 EGKS-Verdrag, zodat de desbetreffende opmerkingen van verzoeksters hier niet ter zake doen.

Verweerster begrijpt voorts niet hoe verzoeksters aan hun conclusies komen over de bedoeling van de wetgever bij de opstelling van artikel 86, daar de stukken van de intergouvernementele conferentie die in 1956-1957 het Verdrag heeft opgesteld, niet zijn gepubliceerd. Alleen langs exegetische weg en aan de hand van de fundamentele doelstellingen der Gemeenschap kunnen de inhoud en strekking van artikel 86 worden achterhaald. De interpretatiemethode van de Commissie is in overeenstemming met de aard van het Verdrag, dat als raamverdrag de Commissie opdraagt toe te zien op deszelfs toepassing, onder de rechterlijke controle van het Hof, ten einde de goede werking en de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt te verzekeren.

Nu het begrip „misbruik” niet nader is omschreven in artikel 86, dient men haars inziens in de eerste plaats te zien naar de Verdragsdoelstellingen voor de Gemeenschap en vervolgens naar de in artikel 86 genoemde voorbeelden van misbruik.

Ingevolge artikel 2 van het Verdrag heeft de Gemeenschap onder meer tot taak om door het instellen van de gemeenschappelijke markt de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap en een toenemende verbetering van de levensstandaard in de Lid-Staten te bevorderen. Hiertoe is volgens de verdragsluitende partijen de handhaving van een doeltreffend mededingingsregime onontbeerlijk (artikel 3, sub f), van het Verdrag). In het kader van een dergelijk systeem is het begrip „misbruik” verbonden aan

een naar buiten kenbaar ondernemingsgedrag dat „objectief” verkeerd is in het licht van de Verdragsdoelstellingen. Reeds het „objectieve” feit van dit gedrag levert een met het Verdrag strijdig misbruik op; het begrip „misbruik van een machtspositie”, als bedoeld in artikel 86, houdt dus niet in dat tevens moet zijn gezondigd tegen de algemeen gangbare of morele gedragsregels. Het doet er bij voorbeeld niet toe, of verzoeksters — zoals zij beweren — in casu een redelijk bod aan de aandeelhouders van TDV hebben uitgebracht. De eigenlijke vraag is of verzoeksters met deze verwerving praktisch een eind hebben gemaakt aan de mededinging die, op de datum van de gewraakte verrichting, bij deze producten tussen TDV en SLW bestond of althans mogelijk was.

Genoemd gedrag kan zowel op (feitelijke of potentiële) concurrenten als op leveranciers en gebruikers betrekking hebben. De stelling dat het verbod van artikel 86 alleen bepaalde misbruiken op de markt betreft, berust nergens op, zoals blijkt uit artikel 86, sub b). Bij de daar genoemde voorbeelden van misbruik gaat het niet om marktgedragingen maar om interne maatregelen van een onderneming. Het Verdrag legt ondernemingen met een machtspositie, zelfs in hun interne maatregelen, beperkingen op om de gebruikers te beschermen. Voor een vermoeden van misbruik is het dan ook voldoende dat het gedrag in feite voor de verbruikers nadelig *uitwerkt*.

Verzoeksters dwalen overigens in hun opvatting over het *causaal verband* in de zin van artikel 86, met name waar zij stellen dat het misbruik van een machtspositie moet plaats hebben op de markt waarop de onderneming de machtspositie inneemt.

Of er misbruik is van een machtspositie, hangt af van de situatie die is geschapen op de markt waar de overheersende onderneming werkzaam is.

Verweerster concludeert dat, waar de betrokken markt zich op zijn minst uitstrekt van de Benelux tot het noorden en het centrum van de Bondsrepubliek Duitsland, het misbruik van de machts-

positie de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

Verzoeksters repliceren dat de positie van de betrokken onderneming in de praktijk bij een nakomende controle nog ongunstiger is dan bij een voorafgaande controle, te meer omdat artikel 86 — anders dan artikel 85, lid 3, EEG en artikel 66 EGKS — misbruik van een machtspositie categorisch verbiedt zonder enige ontheffingsmogelijkheid.

Vervolgens zou de Commissie moeten nagaan of in casu sprake is van misbruik van een machtspositie, dat wil zeggen van een onjuist gedrag dat schade toebrengt aan concurrerende leveranciers of afnemers. Zij mag zich onder dit misbruikbegrip niet „uitwerken” door alleen af te gaan op zulke vage begrippen als de „Verdragsdoeleinden”.

Overigens moet ook volgens verweerster zelf het gedrag van de overheersende onderneming in feite tot benadeling van de verbruikers leiden, wat hier nu juist niet het geval is geweest. Ook artikel 86, sub b), veronderstelt het „feitelijk”, en niet theoretisch, bestaan van een dergelijke benadeling. Indien het de bedoeling van de Commissie is deze bepaling indirect toe te passen, mag zij niet stellen dat de verwerving van de aandelen van TDV een „beperking van de produktie en de afzet . . .” vormt, omdat zowel de produktie van blikverpakkingen als de technische ontwikkeling hiervan tegen steeds gunstiger prijzen in Europa dank zij Continental werd bevorderd ten gunste van de verbruikers. Indien de Commissie artikel 86, sub b), daarentegen wil hanteeren om op een „voorbeeldsituatie” te wijzen, kan zij onder deze situatie niet een geval van „interne maatregelen van een onderneming” blijven brengen, omdat uit de woorden „ten nadele van de verbruikers” in dit artikel duidelijk blijkt dat het als misbruik van een machtspositie aangemerkte gedrag betrekking moet hebben op de markt waar juist de verbruiker zich bevindt.

Verzoeksters menen ten slotte de achtergrond van de door de Commissie verdedigde stelling te zien in

— een onjuist interpretatie-uitgangspunt, waardoor de Commissie de betrokken Verdragsregels is gaan uitleggen volgens de beginselen van de Amerikaanse anti-trustwetgeving die in haar bronnen, gedachtengang en ontwikkeling echter totaal verschilt van het beoogde mededingingsrecht der zes Lid-Staten,

— bepaalde theoretisch-wetenschappelijke beschouwingen over de mededinging, welke door verzoeksters in het kort worden geanalyseerd.

Na hun stelling met enkele citaten uit de literatuur te hebben geadstrueerd, merken verzoeksters samenvattend op, dat het concentratieverbod voor belangrijke ondernemingen duidelijk in tegenspraak is met de door de Commissie, het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité aanbevolen industriepolitiek.

Verweerster zegt bij dupliek dat verzoeksters ten onrechte menen dat de positie van ondernemingen in geval van een nakomende concentratiecontrole ongunstiger is dan bij een voorafgaande controle. Zij vergeten dat onder artikel 66 EGKS elke concentratie aan voorafgaande goedkeuring is onderworpen en dat de handelingsvrijheid van de ondernemingen bij een dergelijke regeling meer wordt beknot dan wanneer de autoriteiten alleen naderhand kunnen ingrijpen om a posteriori ontbindingsmaatregelen te verlangen. Het Gemeenschapsrecht biedt de ondernemingen trouwens de mogelijkheid zich te vergewissen van het oordeel der Commissie over een bepaald gedrag, daar zij krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 een negatieve verklaring kunnen aanvragen.

Verweerster ontwikkelt haar standpunt nog nader door bij het stilzwijgen der teksten te trachten de strekking van artikel 86 aan de hand van de voorbeelden in de tweede alinea, met name sub b), te omlijnen. Uit dit laatste voorbeeld blijkt haars inziens dat ook zogenaamde „interne” maatregelen, dat wil zeggen gedragingen die niet rechtstreeks op de markt zijn gericht, voldoen aan de voor-

waarden voor misbruik en deswege zijn verboden, zodra zij de verbruikers benadelen. De redenen hiervan zijn duidelijk. Het feit dat een of meer ondernemingen een machtspositie innemen, houdt een beperking van de mededinging en een ernstige aantasting van de voorzieningsvrijheid der consumenten in. Artikel 86 verbiedt nu juist het misbruik van een dergelijke afhankelijkheid der verbruikers ten opzichte van de ondernemingen. De verbruikers worden nog ernstiger benadeeld, als een overheersende onderneming door een fusie met de resterende concurrenten de keuzevrijheid van de consumenten nog verder beperkt. Dit doet zich met name voor in het onderhavige geval, waarin verzoeksters door hun fusie met de laatste serieuze concurrent praktisch hebben afgerekend met de mededinging die op de betrokken markt nog was overgebleven.

Overigens kan uit de algemene bepaling van artikel 86, eerste alinea, in het licht van de voorbeelden van de tweede alinea, worden afgeleid dat artikel 86 aan ondernemingen met een machtspositie gedragingen verbiedt, die aan een „normale” onderneming zijn toegestaan. Dergelijke handelingen, zelfs indien verricht door een normale onderneming, worden daarmee nog niet geacht in overeenstemming te zijn met de Verdragsdoeleinden, maar zij zijn voor de handelspartners, concurrenten en verbruikers minder schadelijk, omdat de betrokken onderneming die blootstaat aan concurrentie, op den duur zijn klanten dreigt te verliezen aan andere ondernemingen. De ondernemingen met een machtspositie hebben hier echter niets te duchten. Een „beperking van de produktie, de afzet...” leidt wegens de machtspositie rechtstreeks tot benadeling van de verbruikers die niet voldoende of in het geheel geen mogelijkheden hebben om zich tot andere ondernemingen te wenden.

Ook een fusie van twee kleine, voorheen concurrerende ondernemingen kan wel een merkbare beperking van de mededinging meebrengen, maar maakt daarom nog geen einde aan elke daadwerkelijke mededinging, omdat de handels-

partners en de verbruikers voldoende keuzevrijheid behouden. Wordt echter bij een fusie tussen een onderneming met een machtspositie en haar laatste serieuze concurrent iedere mededinging volledig uitgeschakeld, dan hebben de handelspartners en de verbruikers geen enkele keuzemogelijkheid meer.

Hieruit volgt ook de onhoudbaarheid van de stelling van verzoeksters, dat in casu een *oorzakelijk verband* moet worden gelegd tussen de machtspositie en de aankoop van de aandelen van TDV in die zin dat de machtspositie als middel moet blijken te zijn aangewend om een misbruik te plegen. Een dergelijke aanwending van de machtspositie mag wellicht een rol spelen in de situatie van artikel 86, sub a), c) en d), maar deze stelling faalt volledig in het geval sub b) en in het onderhavige geval.

2. De aan de beschikking ten grondslag liggende feiten

Volgens *verzoeksters* is de bestreden beschikking onvoldoende, gebrekkig en onjuist gemotiveerd ten aanzien van zowel de *feiten* als de hieraan door de Commissie verbonden *conclusies*. Het overzicht van de feiten bevat met name een aantal „achtergrondbeweringen” die niet van belang zijn en bij de oppervlakkige lezer de indruk kunnen wekken van een wijdvertakte samenspanning tegen de geldende mededingingsregels. Er is geen sprake van een plan van Continental om haar Europese participaties te bundelen in Europemballage. Overigens doet het er voor de oplossing van het geschil niet toe wat Continental en Europemballage wellicht van plan waren, maar wat zij hebben gedaan.

Verweerster brengt hiertegen in dat de bij de conclusies gevoegde beschrijving van de feiten geenszins misplaatst en onvolledig is, doch een zuiver beeld van de werkelijke marktsituatie geeft. Dit beeld zou volstrekt zijn scheefgetrokken, indien in de bestreden beschikking geen rekening was gehouden met de positie van Continental in de verpakkingindustrie en met name op de gehele markt voor lichtmetalen verpakkingen, en met

het economisch, financieel en technisch belang dezer onderneming.

Verweerster legt voorts de nadruk op een plan van Continental om door het opkopen van bestaande ondernemingen haar machtspositie in Europa uit te breiden. Zij verwijst hiertoe naar een passage (blz. 7 en 8) in bijlage 1 bij de memorie van repliek.

Vervolgens treden verweerster en verzoeksters in debat over verschillende punten van de motivering, met name:

„De feiten” (deel I van de beschikking)

De kenmerken van SLW: overweging B, 2

Verzoeksters verklaren dat het aantal tewerkgestelden, de winst en de post onroerend goed bij SLW in 1971 veel lager waren dan door de Commissie aangegeven. Bovendien waren vier in de beschikking genoemde fabrieken gesloten wegens onvoldoende rentabiliteit.

Verweerster antwoordt dat de gegevens in de beschikking de toestand weergeven, zoals die was ten tijde van de betrokken gebeurtenissen. Waarschijnlijk was het personeel in 1971 ingekrompen in het kader van rationalisatiemaatregelen na de fusie met TDV.

De verkoopvrijheid van de licentiehouders van Continental: overweging D, 1

Verzoeksters betogen dat, anders dan in de beschikking wordt gesteld, de licentiehouders van Continental „te allen tijde” en niet „in principe” vrij is de onder licentie vervaardigde produkten buiten zijn grondgebied te verkopen. De moeilijkheden bij de verkoop van onder licentie vervaardigde produkten door concurrenten zijn niet te wijten aan het licentiesysteem, maar aan de uiteenlopende specificaties die de gebruikers in de verschillende landen wensen.

Op verweersters opmerking dat de licentiehouders in het kader van de in overweging D, 4 b) beschreven zogenaamde marktinformatie-uitwisseling afspraken hadden gemaakt over beperkingen van de mededinging, repliceren verzoeksters

dat het systeem van uitwisseling van marktinformatie hier geheel buiten de zaak staat.

Totale omzet van SLW in blikverpakkingen: overweging E, 4

Volgens verzoeksters is het in de bestreden beschikking genoemde percentage van vleesconservenblikken in de totale omzet van SLW onjuist. In dit percentage is namelijk de omzet in blikken voor *diervoedingsconserven*, die een geheel afwijkende categorie apart vormen, inbegrepen. Bovendien moet voor een algemeen overzicht van de situatie bij SLW niet alleen rekening worden gehouden met de lichtmetalen verpakkingen, maar ook met de andere produkten van deze onderneming op verpakkingsgebied (kunststof-, karton- en papierverpakkingen, machines en apparaten, enz.). Uit de in de beschikking genoemde vrij lage percentages ten opzichte van de totale omzet van SLW, blijkt dat de desbetreffende productie niet zo belangrijk is als de Commissie wil doen voorkomen (bijlage 8 bij verzoekschrift).

Verweerster verklaart dat het overzicht van de totale omzet van SLW en TDV in 1969 berust op gegevens die deze ondernemingen aan de Commissie hebben verstrekt. SLW had zelf geen onderscheid gemaakt tussen blikken voor vleesconserven en voor diervoedingsconserven. Deze laatste blikken vormen ten opzichte van de eerste trouwens geen afzonderlijke en geheel afwijkende categorie. In de officiële Duitse statistieken komt geen aparte rubriek „Conservenblikken voor diervoeding” voor. Daar de beschikking anderzijds alleen op lichtmetalen verpakkingen slaat, waarvoor verzoeksters via SLW een machtspositie innemen, waren nadere aanduidingen niet nodig. De beschikking zegt nergens dat Continental (door Europemballage en door SLW en TDV) een machtspositie voor andere soorten verpakkingen heeft. De gegevens in bijlage 8 van het verzoekschrift bevestigen trouwens dat SLW haar voornaamste omzet heeft in metalen verpakkingen.

Verzoeksters repliceren dat blikken voor

diervoedingsconserven en voor vleesconserven twee afzonderlijke categorieën zijn, die vooral door hun gebruiksdoel van elkaar verschillen. SLW had geen afzonderlijke cijfers voor diervoedingsconservenblikken opgegeven, omdat het Duitse Bureau voor de Statistiek om redenen van geheimhouding geen onderscheid tussen deze categorieën maakt en ook niet mag maken.

Verweerster antwoordt dat conservenblikken voor diervoeding geen bijzondere kenmerken vertonen: zij zijn ook geschikt voor andere produkten, met name vleeswaren, voor menselijke voeding. Bovendien hebben verzoeksters zelf toegegeven dat SLW de enige fabrikant van diervoedingsconservenblikken in Duitsland is. Hun stelling dat de markt voor deze produkten een afzonderlijke markt is, zou tot gevolg hebben dat verzoeksters daarop een monopoliepositie innemen.

Marktaandeelen van TDV: overweging F

Verzoeksters betogen dat het aandeel van TDV op de Nederlandse markt van blikken voor vleesconserven onjuist door de Commissie is aangegeven, daar de importen van Cebal (Frankrijk) eveneens een klein deel van de markt bezetten. Ook het gestelde percentage bierconservenblikken is niet meer juist wegens de importen van Kaiser-Aluminium (Duitsland) die na de fusie een belangrijke concurrent op de markt voor deze verpakkingen in Nederland was geworden. Deze produkten vallen overigens buiten de relevante markt en hebben niets uitstaande met vleeswarenconservenblikken, daar voor de blikfabricage in deze twee gevallen verschillende soorten machines worden gebruikt.

Ten slotte geeft het door de Commissie genoemde percentage conservenblikken voor vis en schaaldieren een verkeerd beeld, gezien het ten deze zeer geringe belang van de Nederlandse markt waarop de omzet van TDV in 1970 een sterk dalende tendens vertoonde.

Verweerster antwoordt dat TDV ten tijde van de onderhavige concentratie in

Nederland praktisch de enige leverancier van conservenblikken voor vleeswaren en bier was. De importen van Cebal en Kaiser-Aluminium waren van ondergeschikt belang en kwamen eigenlijk pas na de concentratie op gang. Omgekeerd is TDV ook thans nog de enige Nederlandse fabrikant van conservenblikken voor vis en schaaldieren. De eventueel teruglopende tendens op deze markt wordt ruimschoots gecompenseerd door de snelle opkomst van de blikmarkt voor bier.

Substitutieprodukten: overweging H

Volgens *verzoeksters* zou het belang van de concurrentie van substitutieprodukten duidelijker naar voren zijn gekomen, als onder 3 van deze considerans was gezegd dat bier in kleinverpakking voor 99 % wordt aangeboden in glas, en dat ook voor vruchtenconserven, jam, poederkoffie en babyvoeding overwegend glas wordt gebruikt.

Verweerster antwoordt dat, zoals algemeen bekend, bij een groot aantal conserven sprake is van concurrentie van substitutieprodukten — glasverpakkingen —, zodat dit punt niet apart behoeft te worden vermeld. Niettemin is hierop in de beschikking uitdrukkelijk gewezen.

Wijziging van het soort verpakking: overweging I

Volgens *verzoeksters* heeft de Commissie nagelaten te vermelden dat de gebruikers zich bij hun keuze van de soort verpakking niet laten leiden door de in de beschikking genoemde „verschillende criteria”, omdat praktisch alle grote gebruikers te allen tijde op een andere verpakking kunnen overgaan en dit in feite ook doen.

Na de opmerking van *verweerster* dat de zeer kapitaalintensieve omschakeling van verpakking aanzienlijke moeilijkheden voor kleine en middelgrote ondernemingen meebrengt en zelfs grote ondernemingen voor problemen stelt, leggen *verzoeksters* een kostenschattting over voor een glasvulinstallatie met een capaciteit van 150 potten per minuut.

Verweerster zegt hierop dat het bij een dergelijke omschakeling niet alleen om investeringen gaat. Ook de bijzonderheden van de te verpakken produkten en de verbruikersgewoonten stellen een grens aan omschakelingsmogelijkheden.

3. De „economische beoordeling” van de door de Commissie gestelde feiten

a) De „machtspositie”

— De marktaandeelen van SLW

De conservenblikmarkt voor vleeswaren en vis: overweging B, 5 en 6

Verzoeksters betwisten dat SLW in Duitsland 70 à 80 % van de conservenblikmarkt voor vleeswaren in handen heeft. Een door verweerster tot staving van haar schatting voorgelegd overzicht is huns inziens onjuist, omdat daarin noch de cijfers van andere concurrenten dan Züchner noch de importcijfers voorkomen. Zij leggen hunnerzijds een berekening over, waaruit blijkt dat het marktaandeel van SLW in conservenblikken voor vleeswaren 65 % bedraagt.

Wat voorts de markt voor visconservenblikken betreft, heeft de Commissie niet in aanmerking genomen dat glazen potten en kunststofverpakkingen met een marktaandeel van ongeveer 30 %, dat een licht stijgende lijn vertoont, in belangrijke mate concurreren met blikverpakkingen.

Op verweersters tegenwerping dat glazen potten en kunststofverpakkingen enerzijds en blikverpakkingen anderzijds op de visconservenmarkt nauwelijks met elkaar concurreren, omdat zij praktisch uitsluitend voor de verpakking van verschillende produkten dienen, antwoorden verzoeksters dat blik ook wordt gebruikt voor niet-gesteriliseerde produkten en glas voor „eigenlijke” conserven.

Verweerster verklaart daarop dat bij de zwakke positie van de andere producenten en importeurs een marktaandeel van 65 % voor vleesconservenblikken reeds voldoende is om een machtspositie van SLW op deze markt aan te nemen. In feite moet het marktaandeel van SLW echter veel hoger zijn. De schattingen van verzoeksters zijn onjuist, omdat wel-

iswaar rekening wordt gehouden met de in Duitsland ingevoerde blikken, maar niet met de vandaar uitgevoerde blikken. Vermoedelijk staan invoer en uitvoer van conservenblikken voor vleeswaren en diervoeding in ongeveer dezelfde verhouding tot elkaar als in de beschikking (deel I, overweging J, 1) is aangegeven voor de in- en uitvoer in 1969 van conservenblikken in het algemeen (6 : 5).

Ten aanzien van de markt voor visconservenblikken, verwijst verweerster naar een passage in het jaarverslag van SLW over 1969, waaruit zou blijken dat de omzet van SLW in dit produkt was gestegen (zie memorie van dupliek blz. 16).

De markt voor metalen deksels: overweging B, 7

Volgens verzoeksters is een aandeel van SLW op de Duitse markt voor metalen deksels van 50 à 55 % onjuist. Bovendien heeft deze markt bijzondere kenmerken die nog duidelijker dan op de markt voor vis- en vleesconservenblikken het bestaan van een machtspositie uitsluiten.

Enerzijds speelt het transportprobleem bij deze produkten niet zo'n belangrijke rol en anderzijds worden „White Caps” in ongeveer 47 landen gefabriceerd door licentiehouders die voor de verkoop van hun produkten niet aan geografische grenzen zijn gebonden en de produkten in feite afzetten op de geografische markt die zij kunnen bereiken.

Verweerster legt in antwoord hierop een berekening over, die zij heeft opgesteld aan de hand van de officiële Duitse statistieken over 1969 en eigen opgaven van SLW. Daaruit blijkt dat SLW een aandeel van 52 % zou hebben op de Duitse markt van metalen deksels voor glazen potten (type „Twist-off”).

Wat de kenmerken van deze markt betreft, is het in theorie weliswaar juist dat in Duitsland zonder veel moeilijkheden en hoge vervoerkosten andere metalen deksels zijn te verkrijgen, maar de gebruikers zouden de voorkeur geven aan de voor Continental met octrooien beschermde „Twist-off”-deksels die alleen door haar licentiehouders kunnen wor-

den vervaardigd. SLW kan in Duitsland praktisch als enige onderneming „Twist-off“-deksels en de voor het gebruik hiervan nodige machines leveren, daar licentiehouders in andere landen deze deksels slechts bij uitzondering naar Duitsland exporteren.

Verzoeksters repliceren dat, in strijd met de schattingen van verweerster, het marktaandeel van SLW voor metalen deksels ten hoogste 42 % bedraagt. De Commissie was tot haar schatting gekomen door een hiaat in de Duitse statistieken wegens een (inmiddels verbeterde) vergissing in de cijferopgave van een der SLW-fabrieken.

Voorts betwisten zij dat licentiehouders in andere landen „Twist-off“-deksels slechts bij uitzondering naar Duitsland exporteren. Zo levert Metal Box aan een aantal Duitse afnemers, evenals „Le Bouchage mécanique“ van het Saint-Gobain-concern. De voorkeur van gebruikers voor dit soort deksels kan niet aan verzoeksters ten laste worden gelegd, daar er op de markt genoeg substitutieproducten zijn voor de sluiting van glazen potten.

Verweerster bestrijdt de verklaring van verzoeksters dat de officiële statistieken op dit punt onjuist zouden zijn. In dat geval zouden verzoeksters namelijk hebben nagelaten niet minder dan 46 % van hun productie aan metalen deksels aan te melden, hetgeen niet zeer aannemelijk is. Overigens zijn de beweringen van verzoeksters niet in overeenstemming met hun opgave van het marktaandeel van SLW voor metalen sluitingen over het geheel (beschikking, deel I, overweging F, d)). Indien het aandeel voor metalen deksels volgens hun betoog moet worden afgetrokken, zou het aandeel voor kroonkurken evenredig moeten worden verhoogd om aan het totale door SLW opgegeven percentage te komen. Dit zou dan veel hoger liggen dan SLW volgens de inlichtingen van verweerster in 1969 had bereikt.

Anderzijds was in de beschikking reeds rekening gehouden met de invoer van metalen sluitingen (waaronder deksels)

in Duitsland (deel I, overwegingen G, en J, 1 c)).

Ten slotte was er geen sprake van, dat de afnemersvoorkeur voor „Twist-off“-deksels aan verzoeksters ten laste werd gelegd. Glazen potten kunnen met drie soorten metalen deksels „Twist-off“, „Pano“ en „Omnia“-deksels) worden gesloten, doch worden speciaal vervaardigd met het oog op een bepaald dekseltype. TDV maakt de drie genoemde typen, zodat verzoeksters via TDV thans ook substitutieproducten voor „Twist-off“-deksels kunnen aanbieden. Ten tijde van de fusie exporteerde TDV vrij aanzienlijke hoeveelheden deksels naar Duitsland. Intussen waren twee produktie-chains van TDV voor „Twist-off“-deksels naar Duitsland overgebracht.

De markt voor metalen verpakkingen voor dranken: overweging B, 8 a) en b)

Volgens *verzoeksters* wekt de beschrijving sub a welke de Commissie geeft van de markt voor drankverpakkingen, de indruk dat de positie van SLW, die zelfs naar het oordeel der Commissie niet overheersend is op deze markt in haar geheel, niettemin zeer sterk is op het gebied van de metalen verpakkingen. Een sterke positie op de markt van conservenblikken voor bier en andere dranken heeft echter niets te betekenen, omdat bij voorbeeld bij verpakt bier voor 99 % flessen worden gebruikt en bij verpakte verse melk praktisch geen enkel marktaandeel wordt ingenomen door blikken (bijlage 9 bij verzoekschrift).

Ook sub b) tracht de Commissie kennelijk de indruk te wekken dat SLW eveneens een sterke positie heeft op de markt van kunststofverpakkingen voor visconserven. Zij ziet daarbij over het hoofd dat vis, afgezien van conserven en marinades, vooral wordt afgezet in verse, bevroren of gerookte vorm. Daarnaast wordt vis vaak aangeboden in eigen verpakkingen van de verkoper.

Verweerster merkt op dat in de beschikking zelf staat dat vooral glas wordt gebruikt voor de verpakking van vloeibare

voedingsmiddelen. Terecht is in de beschikking echter vastgesteld dat SLW met het aangegeven marktaandeel een sterke positie heeft in de sector metalen verpakkingen voor dranken.

Overigens wordt in de beschikking sub b gezegd dat SLW ook plastic verpakkingen voor verschillend gebruik maakt, zodat zij in staat is dergelijke verpakkingen voor visconserven te leveren. Het argument dat vis vooral in verse of bevroren vorm wordt verhandeld, is niet van belang. Ook bij vlees, groenten en fruit is dit het geval.

Volgens *verzoeksters* gaat het niet om de vraag of SLW in staat is ook plastic verpakkingen voor visconserven te leveren, maar of zij dit in feite ook doet.

Het aanbod van machines en de omvang van het productieprogramma: overweging B, 9, 10, 11 en 13

Verzoeksters betogen dat het voordeel voor Continental, dat zij bepaalde machines voor de productie en het gebruik van blikverpakkingen zelf vervaardigt, nog niet wil zeggen dat SLW op de Duitse markt een machtspositie inneemt. Geen enkele *afnemer* van SLW gebruikt Continentalmachines voor de fabricage van blikken om de eenvoudige reden dat deze verpakkingen door SLW gebruiksklaar worden verkocht. Zelffabricerende verpakkers gebruiken uitsluitend machines van andere fabrikanten dan Continental. Overigens is bij afnemers van SLW geen enkele bliksluitmachine van Continental in bedrijf.

Voorts is de *produktiedifferentiatie* van SLW in hoofdzaak een gevolg van de verschillen in typen en afmetingen van de vervaardigde producten. Kleine ondernemingen hebben in dit opzicht meer bewegingsvrijheid dan SLW, omdat zij een vrij ruim programma hebben dank zij semi-automatische procédés die gemakkelijk zijn aan te passen aan de fabricage van vele verschillende artikelen. Om aan deze kleinere producenten geen klanten te verliezen, was SLW gedwongen in verhouding tot de kosten teveel verschillende producten aan te bieden, hetgeen niet bepaald wijst op een sterke

marktpositie. Ten slotte zijn de conclusies van de Commissie in de overwegingen 10, 13 en 14, inzake de marktpositie van Continental met name op grond van haar technische ervaring en haar economische en financiële macht, onvoldoende feitelijk gemotiveerd en niet bewezen.

Verweerster brengt hiertegen in dat een onderneming, die niet alleen verpakkingen maar ook de machines voor de vervaardiging en het gebruik ervan fabriceert, op de duur noodzakelijkerwijs een technische voorsprong verkrijgt en daarmee een voordeel op de concurrenten die alleen verpakkingen produceren. Bij de bewering dat geen enkele bliksluitmachine van Continental in bedrijf is bij afnemers van SLW, hebben *verzoeksters* blijkbaar over het hoofd gezien dat zowel SLW als International Machinery Corporation (België) onder licentie van Continental dergelijke machines voor de verkoop in Europa vervaardigen. *Verzoeksters* kunnen overigens niet betwisten dat de in overweging 10 genoemde grote verpakkingsfabrikanten licenties hebben van Continental en op haar *know-how* zijn aangewezen.

Voorts is SLW door haar zeer brede productieprogramma onmiskenbaar in staat bijna alle gewenste verpakkingen aan de gebruikers aan te bieden. Zij heeft hierdoor een concurrentievoordeel, omdat de gebruikers gemakshalve gaarne al hun verpakkingen bij een zelfde leverancier betrekken. Ten slotte is de vaststelling in overweging 13, dat Continental door haar omvang gemakkelijker toegang tot de kapitaalmarkt heeft dan kleinere ondernemingen, niet te weerleggen.

Verzoeksters antwoorden met betrekking tot het aanbod van machines dat er voldoende onafhankelijke ondernemingen zijn die verpakkingsmachines leveren, om op de duur een technologische voorsprong en een concurrentievoordeel van SLW op ondernemingen die alleen verpakkingen vervaardigen, te niet te doen. SLW maakt geen sluitmachines onder licentie van Continental; bovendien worden deze machines door tal van concurrenten aangeboden.

Wat het productieprogramma betreft,

merken verzoeksters op dat het voor de gebruikers wellicht gemakkelijker mag zijn zich voor alle gewenste soorten verpakkingen tot dezelfde fabrikant te kunnen wenden, doch dat het aankomt op de vrijheid van keuze de zij bij hun voorziening hebben. Europemballage beschikt dank zij Continental stellig over een belangrijke financiële ruggesteun, maar daarin verschilt zij niet van andere verpakkingsondernemingen die zich op de Europese markt bewegen. American Can, Saint-Gobain en Metal Box hebben bij voorbeeld in dezelfde mate toegang tot de Europese kapitaalmarkt, zodat het hier niet gaat om een bijzonder kenmerk van de Continental-groep.

Volgens *verweerster* daarentegen is het voor de gebruikers niet alleen maar gemakkelijk maar praktisch onvermijdelijk steeds bij een zelfde fabrikant in te kopen. Bovendien is het noodzakelijk voor het vullen en sluiten van de blikken de door de blikfabrikant geleverde machines en toebehoren te gebruiken. De door ondernemingen van de Continental-groep vervaardigde blikken zijn meestal van een zodanig model dat zij alleen met een bepaald soort machines kunnen worden gevuld en gesloten.

Voor zover dit om technische redenen niet nodig is, zorgen de ondernemingen van de Continental-groep hier kunstmatig voor, door machines en toebehoren slechts te verhuren onder de voorwaarde dat deze alleen worden gebruikt voor door hen gefabriceerde blikken. Dit blijkt bij voorbeeld uit artikel 1 b) van het modelhuurcontract van SLW in Duitsland.

Overigens is de bewering dat SLW geen enkele sluitmachine onder licentie van Continental vervaardigt, in strijd met een opmerking in het jaarverslag van SLW over 1969 en met de vaststelling tijdens het onderzoek, dat van 37 licentiecontracten met SLW 7 betrekking hadden op „Continental”-sluitmachines.

Substitutieconcurrentie: overweging B, 16 a)

Verzoeksters betwisten dat blikverpakkingen niet kunnen worden *vervangen*

door andere verpakkingen. Het is niet juist dat de inhoud van blikken na sluiten sneller kan worden gesteriliseerd of gepasteuriseerd dan bij glasverpakkingen. In de Bondsrepubliek Duitsland worden vruchten veel meer in glas- dan in blikverpakking aangeboden. In Nederland wordt ongezoete gecondenseerde melk praktisch uitsluitend in glas verkocht, terwijl dit produkt in de Bondsrepubliek voor zover in blik hoofdzakelijk door zelf fabricerende verkopers wordt geleverd. Voorts worden in de Bondsrepubliek spijsolie en plantaardige vetten slechts voor 16,9 % in blik verkocht en chemisch-technische produkten doorgaans in plasticverpakking.

Verweerster stelt vast dat verzoeksters niet ontkennen dat vlees- en visconserven meestal in blik worden verpakt; zij merkt op dat in de beschikking dienaangaande niet wordt gedoeld op een bepaalde nationale markt. De mededeling van verzoeksters over de verpakking van spijsolie en -vetten doet overigens niets af aan het argument dat olijfolie voornamelijk in blik wordt verkocht.

Verzoeksters antwoorden op dit laatste dat er geen afzonderlijke markt voor olijfolie is — die slechts 5 % van de markt voor plantaardige olie uitmaakt — en dat ook olijfolie zowel in glas als in blik wordt verpakt.

Mededinging van grote kopers: overweging B, 18

Verzoeksters hebben met verbazing kennis genomen van de conclusies der Commissie in deze overweging. Huns inziens kan niet in ernst worden gesteld dat de technische voorsprong en de gunstige prijzen „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden” zijn. Juist hierom betrekken de grote afnemers conservenblikken bij voorkeur van SLW en TDV, hoewel zij deze krachtens hun marktpositie zelf zouden kunnen vervaardigen.

Overigens blijkt onder meer uit een rapport uit 1970 van de „British Monopoly Commission” dat de momenteel zeer dynamische en machtige conservenblikindustrie in Groot-Brittannië is gebaseerd

op technologische kennis uit de Verenigde Staten. In dit verband is de licentieverlening voor de licentiehouders van onschatbare waarde geweest.

Verzoeksters verklaren voorts dat vijf afnemers bij SLW 27 % van haar conservenblikproductie voor vleeswaren en vier afnemers tot 53 % van haar productie voor visconserven betrekken. Twee van deze afnemers hebben een machtiger marktpositie dan SLW en maken zelf verpakkingen voor andere doeleinden. Men ziet hier een ontwikkeling die door een vermindering van het aantal afnemers en een stijging van hun afnamepercentage bij SLW wordt gekenmerkt en die zich zal voortzetten zolang de vraag van de klanten blijft toenemen.

Verweerster antwoordt op het eerste punt dat de beschikking hier geenszins de technische voorsprong en gunstige prijzen onverenigbaar wil verklaren met de gemeenschappelijke markt, maar zich slechts beperkt tot de objectieve vaststelling van de elementen waaruit een machtspositie op de markt voortvloeit.

Overigens mag het belang van de Betrekkingen tussen Continental en de Europese licentiehoudsters niet worden onderschat. Duidelijk blijkt dit uit een nota van P. C. Hietrink over een directievergadering van TDV van 15 oktober 1969. Ten aanzien van het tweede punt merkt *verweerster* op dat, wanneer 27 % van de blikproductie van SLW voor vleesconserven naar vijf afnemers gaat, 73 % wordt geleverd aan een groot aantal afnemers, zodat niet kan worden gesproken van een machtige positie der gebruikers in deze sector. Ook bij visconservenblikken, waar de situatie wellicht minder gunstig is, kan men niet zeggen dat de gebruiker zo'n sterke positie inneemt, te meer omdat 47 % van de productie aan talrijke kleine afnemers wordt geleverd. Bovendien betogen verzoeksters zelf voortdurend dat de blikmarkt voor vis terugloopt en betrekkelijk onbelangrijk is.

Verzoeksters zeggen voor repleik, wat de machtige positie van de afnemers van SLW betreft, dat bij voorbeeld Unilever als belangrijkste afnemer van conserven-

blikken voor vis- en vleeswaren te allen tijde deze blikken zelf zou kunnen gaan produceren, wat zij op andere gebieden trouwens ook doet. Zowel SLW als TDV kunnen hun blikken slechts aan Unilever afzetten, zolang zij aan de wensen van Unilever voldoen en haar geen aanleiding geven over te gaan tot eigen productie van blikken. Hetzelfde geldt voor de andere afnemers. Indien slechts een van de vijf grote afnemers van conservenblikken voor vleeswaren niet meer bij SLW zou inkopen, zou de gehele productie in gevaar komen ten nadele van de andere klanten, of althans duurder worden. Verzoeksters staven hun stelling met de omzetpercentages van SLW in 1969 voor vleesconservenblikken. Het feit dat bij visconservenblikken de markt flauwer wordt, kan de macht van de vraagzijde alleen maar versterken.

Verweerster antwoordt dat de technische voorsprong van Continental haar in feite een machtspositie tegenover haar afnemers verschaft, daar dezen op grote moeilijkheden zouden stuiten, wanneer zij zouden trachten hun eigen blikken te gaan maken.

De moeilijkheden die een fabrikant van blikverpakkingen volgens verzoeksters zou ondervinden als hij zou willen veranderen van leverancier van blik (zie hierna onder overweging C), zouden voor een gebruiker die tot eigen fabricage wil overgaan, nog groter zijn, daar hij bovendien de ervaring en kennis mist, waarover Continental beschikt voor de fabricage van technisch onberispelijke blikken. Zelfs een financieel zo machtige onderneming als Unilever zou tegen deze moeilijkheden niet zijn opgewassen. Overigens zou deze onderneming geen bijzonder belangrijke gebruiker van metalen verpakkingen zijn, daar zij voor de meeste van haar producten andere verpakkingen gebruikt.

b) Misbruik van een machtspositie
De potentiële concurrentie tussen SLW en TDV: overweging C, 25

Verzoeksters betogen dat, wanneer de Commissie de blikmarkt voor visconserven als een der drie markten beschouwt

waarop SLW een machtspositie zou innemen, deze produktencategorie geen vergelijkingsmaatstaf biedt in het geval van TDV, daar voor deze blikken in Nederland praktisch geen markt bestaat.

Bovendien zijn de beweringen dat SLW in de Benelux-landen via de firma Schuybroek (Antwerpen) met TDV had kunnen concurreren en TDV in Duitsland via de firma Tedeco (Hamburg) met SLW, zuiver theoretisch en onvoldoende gemotiveerd. Ten eerste had SLW in Schuybroek slechts een participatie van 45 % en TDV in Tedeco 50 %. Dergelijke deelnemingen zijn niet voldoende om de deels gemeenschappelijke vennootschap ertoe te brengen produkten te verkopen van de concurrerende — zij het deelnemende — vennootschap.

Ook mag men niet vergeten dat in Tedeco, die zich trouwens op een andere markt beweegt (plastic verpakkingen), tevens voor 50 % wordt deelgenomen door een Amerikaanse onderneming met eigen beslissingsbevoegdheid („Illinois Tool Works”).

Ten tweede is op de Duitse markt geen concurrentie tussen TDV en SLW mogelijk, juist omdat de afmetingen en specificaties niet zijn gestandaardiseerd. De Duitse produktie van conservenblikken voor vleeswaren is praktisch geheel voor gebruik in eigen land bestemd, terwijl meer dan 75 % van de door TDV gefabriceerde blikken geschikt zijn voor export. De visconservenblikken volgens het type en de specificaties van TDV hebben de Duitse afnemers nooit willen gebruiken. Overigens is het met de concurrentie tussen beide ondernemingen op de Benelux-markt nog steeds moeilijk gesteld, omdat — afgezien van andere omstandigheden — blik in de Bondsrepubliek al geruime tijd duurder is dan in deze landen. Op de opmerking ten deze van *verweerster* dat een zo machtige afnemer als SLW zijn blikbehoefte tegen gunstige prijzen ook kan dekken bij andere fabrikanten in de Gemeenschap, met name in de Benelux-landen, of zelfs in derde landen (zoals Japan), antwoorden *verzoeksters* dat deze opmerking niet van werkelijkheidszin getuigt, daar

de moderne fabricagetechniek voor blikverpakkingen een zeer nauwe samenwerking vereist tussen de blikleverancier en de gebruiker. Een wisseling van leverancier zou hoge kosten meebrengen voor de verpakkingsfabrikant en zou een langdurige aanpassing vergen. Naast andere factoren is het juist de noodzaak van deze samenwerking tussen leverancier en gebruiker, waardoor men — afgezien van de transportkosten — wantrouwig staat tegenover aanbiedingen uit derde landen, zoals Japan.

Overigens was er niet alleen tussen SLW en TDV praktisch geen concurrentie over de grenzen vóór hun aaneensluiting (en evenmin zou zij nu nog om andere redenen dan in verband met die aaneensluiting kunnen ontstaan), maar ook uit andere landen die althans voor een deel der betrokken produkten in een gunstige vrachtpositie verkeren (zoals Frankrijk, Denemarken en Groot-Brittannië), zijn tot op heden nimmer bestellingen gekomen.

Anderzijds had de Commissie ook moeten zien naar de potentiële concurrentie — waaraan zij immers zoveel belang hecht — na de uitbreiding der Gemeenschap, bij voorbeeld die van Metal Box voor metalen sluitingen van het type „White Caps”, waarbij de afstand geen rol speelt, en van Haustrup (Denemarken) voor vleesconservenblikken, omdat Denemarken dicht bij de betrokken markt ligt. Overigens is de bewering der Commissie dat zij voor de toekomst geen wezenlijke concurrentie verwacht van buitenlandse fabrikanten met de Continental-groep, in tegenspraak met haar bewering dat zij wel een potentiële concurrentie verwacht bij ontbinding van de fusie tussen SLW en TDV. Immers, ook de Franse vennootschap Ferembal, die niet deelneemt aan de door de Commissie bedoelde concurrentie beperkende overeenkomsten, had een zeer geringe export naar België en Duitsland, hoewel haar geografische ligging zich daar alleszins toe leende.

Op de tegenwerping van *verweerster* dat Ferembal, die overigens gelieerd is aan Carnaud, wel had getracht op de Duitse

markt door te dringen, maar slechts in enkele Zuidoostelijke gebieden vaste voet had kunnen krijgen, antwoorden *verzoeksters* dat zij niet inzien waarom Ferembal niet verder in deze markt kon penetreren, omdat afstanden tot 1 000 km volgens de Commissie zelf geen economische belemmering voor het vervoer van verpakkingen vormen.

Verweerster zegt voorts dat, gezien de omzet van TDV in visconservenblikken over de jaren 1967-1970, niet kan worden gesteld dat er voor deze blikken in Nederland praktisch geen markt is. Waar het op aankomt, is dat TDV visconservenblikken maakt en dat zij voor dit produkt met SLW in Duitsland had kunnen concurreren, te meer omdat bij kleine verpakkingen vervoer over afstanden tot 1 000 km economisch mogelijk is.

Verder blijft *verweerster* bij haar standpunt dat tussen SLW en TDV concurrentie had kunnen ontstaan. Volgens haar was het door de deelneming van SLW in Schuybroek en van TDV in Tedeco, voor elk van hen bijzonder gemakkelijk geweest activiteit te ontplooiën op het „territoire” van de ander. Dit is al heel duidelijk in het geval van Tedeco die immers op een geheel andere markt als TDV werkzaam is en met haar dus niet concurreert. Overigens mag de deelneming van TDV in Tedeco niet meer dan 50 % bedragen, doch de andere 50 % vormt geen participatie met enige invloed op de bedrijfsvoering. De firma Schuybroek van haar kant maakt alleen kroonkurken en *general line*-blikken, zodat slechts 44 % van het produktieprogramma van SLW zou samenvallen met dat van Schuybroek. Het is dus zeer wel denkbaar dat deze onderneming zich voor de overige 56 % van de SLW-produktie actief zou kunnen betonen op de markt van de Benelux-landen.

De geringe concurrentie in de verpakkingindustrie is te wijten aan de omstandigheid dat alle grote ondernemingen licentie's zijn van Continental en onderling door allerlei betrekkingen en overeenkomsten zijn gelieerd. Door het overwicht van de grote ondernemingen kunnen de kleine ondernemingen in feite

alleen werken op het marktgebied en met de produkten welke hun werden overgelaten. Wat de concurrentiemogelijkheid van de zijde van de groep P.L.M. Hausstrup betreft: deze onderneming (licentiehouder van Continental voor Scandinavië) heeft tot dusver — vermoedelijk om bovengenoemde redenen — ervan afgezien op de markt voor metalen verpakkingen te concurreren met SLW en TDV.

Verzoeksters bestrijden de stellingen van *verweerster* over de gevolgen van het gewraakte licentiesysteem voor de mededinging in de verpakkingindustrie. De licentiehouders van Continental zouden zich om geheel andere redenen vooral concentreren op hun nationale markt en zouden in dit opzicht nooit, ook niet via de licenties, zijn beïnvloed door Continental. De voornaamste redenen zijn de technische specificaties voor de produkten en verpakkingen en de voorkeur van de verbruikers. De kleine ondernemingen zijn niet alleen actief op de markt die *verzoeksters* hun „laten”, maar concurreren zelfs met *verzoeksters* door kortingen te geven.

Verweerster blijft bij haar mening en merkt over de potentiële concurrentie SLW-TDV samenvattend op dat het argument, ontleend aan de blikprijs in Duitsland, ook een keerzijde heeft, want als SLW werkelijk meer voor blik zou moeten betalen dan TDV, zou TDV des te gemakkelijker met SLW op de Duitse markt kunnen concurreren. Voorts beoogt zij dat, blijkens de in- en uitvoercijfers voor conservenblikken in Duitsland (beschikking, deel I, overweging J, 1 c), *verzoeksters* wel sterk overdrijven met hun bewering dat het door de afwijkende produktenpecificaties en de verbruikersvoorkeur praktisch onmogelijk zou zijn tussen verschillende landen, met name tussen de Benelux-landen en Duitsland, conservenblikken te verhandelen. In dat geval zou Continental geen behoefte hebben gevoeld aan de markt-informatieafpraak en de „commerciële commissie” van 1968 (beschikking, deel I, overweging D, 4 b) en c). Deze voor-

zeningen hadden ten doel de internationale mededinging zowel tussen de deelgenoten als van derden te beperken en te controleren.

Eigen produktie van de grote ondernemingen: overweging C, 30 e)

Volgens *verzoeksters* is het onjuist dat — zoals in deze overweging wordt gesteld — alleen de grote verbruikers tegenover de groep SLW-TDV de mogelijkheid hebben de benodigde verpakingsmaterialen zelf te gaan produceren. De Belgische firma Talpe — een middelgrote fabrikante van groenteconserven

— was in 1971 begonnen al haar blikken zelf te vervaardigen.

Verweerster merkt op dat aan haar vaststelling niet wordt afgedaan door de omstandigheid dat één enkele middelgrote onderneming in de conservenindustrie haar groenteconservenblikken (die technisch bovendien het gemakkelijkst zijn te fabriceren) zelf was gaan maken. Daarop antwoorden *verzoeksters* dat slechts enkelen van de grootste afnemers tot eigen produktie behoefden over te gaan om de installatie van SLW niet meer te laten renderen (voor nadere argumenten cf. supra overweging I, B, 18).

Ten aanzien van het recht

- 1 Overwegende dat *verzoeksters* bij beroepschrift, ingediend op 9 februari 1972, hebben verzocht om nietigverklaring van de beschikking der Commissie van 9 december 1971, waarbij Continental Can Company Inc. (hierna te noemen „Continental”) wordt verweten inbreuk te hebben gemaakt op artikel 86 van het EEG-Verdrag, met name doordat zij door tussenkomst van Europemballage Corporation (hierna te noemen „Europemballage”) ongeveer 80 % van de aandelen en converteerbare obligaties van de onderneming Thomassen & Drijver — Verblifa NV (hierna te noemen „TDV”) had verworven;

A — Ten aanzien van de onregelmatigheid van de administratieve procedure

- 2 a) Overwegende dat *verzoeksters* betogen dat de bestreden beschikking onregelmatig is, omdat Continental niet de gelegenheid zou hebben gehad overeenkomstig artikel 19 van verordening nr. 17/62 van de Raad en artikel 7 van verordening nr. 99/63 der Commissie in de loop van de administratieve procedure haar standpunt kenbaar te maken;

dat de beschikking aldus inbreuk maakt op de rechten der verdediging;

- 3 Overwegende dat, naar vaststaat, *verzoeksters* door bemiddeling van hun vertegenwoordiger bij brief van 14 mei 1970 de Commissie, die tevoren haar vragen over de verwerving van de aandelen en obligaties van TDV had ge-

richt aan Continental, hebben verzocht zich daartoe in het vervolg tot Europemballage te wenden;

dat voorts uit het door verzoeksters goedgekeurde proces-verbaal van het horen der partijen op 21 september 1971 blijkt dat zich onder de personen die aan de hoorzitting hebben deelgenomen, de heer Charles B. Stauffacher bevond in zijn hoedanigheid van lid van de directie van beide verzoekende ondernemingen;

dat derhalve Continental klaarblijkelijk de gelegenheid heeft gehad haar standpunt in de loop van de administratieve procedure kenbaar te maken;

- 4 b) Overwegende dat verzoeksters betogen dat de mededeling van de punten van bezwaar van 15 maart 1971 onvoldoende met redenen is omkleed, daar de Commissie slechts de in aanmerking genomen punten van bezwaar had vermeld zonder de redenen ter rechtvaardiging hiervan aan te geven;

dat voorts de bestreden beschikking onvoldoende met redenen zou zijn omkleed, omdat zij uitsluitend de mededeling van de punten van bezwaar van 15 maart 1971 herhaalt zonder acht te slaan op het antwoord van betrokkenen van 9 augustus 1971, en evenmin de gronden voor de in aanmerking genomen punten van bezwaar aangeeft;

- 5 Overwegende met betrekking tot de eerste grief dat ingevolge artikel 4 van verordening nr. 99/63 de Commissie in haar beschikkingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking neemt, waarover de adressaat der beschikking in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken;

dat de mededeling van de punten van bezwaar aan deze eis voldoet, daar de wezenlijke feiten waarop de Commissie zich baseert, weliswaar beknopt doch duidelijk zijn vermeld;

dat de Commissie in haar mededeling van 15 maart 1971 duidelijk de wezenlijke feiten waarop zij de ingebrachte punten van bezwaar deed steunen, heeft uiteengezet en heeft aangegeven in hoeverre Continental een machtspositie zou innemen en daarvan misbruik zou hebben gemaakt;

dat de grieven inzake de mededeling van de punten van bezwaar derhalve ongegrond zijn;

- 6 met betrekking tot de tweede grief dat de Commissie weliswaar gehouden is haar beschikking met redenen te omkleden, doch niet alle in de loop van de administratieve procedure voorgedragen argumenten behoeft te weerleggen;
- 7 c) Overwegende dat verzoeksters een grond van onregelmatigheid der bestreden beschikking ontlenen aan het feit dat de betrokken procedure in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 8 januari 1972 is aangeduid met de benaming „Continental Can Company”, terwijl de alleen authentieke Franse tekst der beschikking is getiteld „Europemballage Corporation”;
- 8 Overwegende dat een zodanige omstandigheid, wegens de economische en juridische binding tussen Continental en Europemballage, de geldigheid der bestreden handeling niet vermag aan te tasten;
- 9 d) Overwegende dat verzoeksters voorts nog betogen dat de litigieuze beschikking onregelmatig is, daar zij aan Continental niet overeenkomstig de voorschriften ter kennis zou zijn gebracht;

dat zij in december 1971 een of twee over de post verzonden brieven van de Commissie zou hebben ontvangen, terwijl de litigieuze beschikking haar langs diplomatieke weg had behoren te bereiken;

- 10 Overwegende dat van een beschikking naar behoren, in de zin van het Verdrag, kennis is gegeven, zodra zij is medegedeeld aan degene tot wie zij is gericht en deze in staat is gesteld daarvan kennis te nemen;

dat zulks in casu is geschied, daar Continental van de litigieuze beschikking in feite mededeling heeft ontvangen en aan deze mededeling de werking niet kan ontnemen door zich te beroepen op haar eigen weigering daarvan kennis te nemen;

- 11 e) Overwegende dat verzoeksters ten slotte betogen dat de Commissie heeft gehandeld in strijd met artikel 3 van 's Raads verordening nr. 1/58 tot regeling van het taalgebruik in de Europese Economische Gemeenschap, door in plaats van de Duitse tekst de Franse tekst van de bestreden beschikking als authentiek aan te wijzen;

- 12 Overwegende dat luidens artikel 3 dier verordening de stukken die door de instellingen der Gemeenschap aan een persoon ressorterende onder de jurisdictie van een Lid-Staat worden gezonden, worden gesteld in de taal van die staat;

dat, waar verzoeksters zijn gevestigd in een derde land, bij de keuze van de officiële taal der beschikking in casu rekening diende te worden gehouden met de betrekking waarin elke verzoekster, binnen de gemeenschappelijke markt, tot een Lid-Staat der Gemeenschap stond;

dat Europemballage een kantoor te Brussel had gevestigd en haar schriftelijke opmerkingen in de administratieve procedure in het Frans had gesteld;

dat uit een en ander niet blijkt dat de keuze van de Franse taal als officiële taal der beschikking strijdig is met artikel 3 van's Raads verordening nr. 1/58;

- 13 Overwegende dat de middelen, ontleend aan de onregelmatigheid van de administratieve procedure, derhalve moeten worden verworpen;

B — Ten aanzien van de bevoegdheid der Commissie

- 14 Overwegende dat verzoeksters betogen dat volgens de algemene beginselen van internationaal recht Continental als buiten de Gemeenschap gevestigde onderneming noch aan het administratieve gezag der Commissie noch aan de rechtsmacht van het Hof van Justitie is onderworpen;

dat de Commissie derhalve de bevoegdheid zou missen ten aanzien van Continental de litigieuze beschikking te geven en haar de in artikel 2 dier beschikking bedoelde verplichting op te leggen;

dat daarenboven de door de Commissie vervolgde onrechtmatige handelwijze niet rechtstreeks aan Continental doch aan Europemballage zou zijn toe te schrijven;

- 15 Overwegende dat verzoeksters niet kunnen ontkennen dat de op 20 februari 1970 door Continental opgericht vennootschap Europemballage een dochteronderneming van Continental is;

dat de omstandigheid dat de dochteronderneming eigen rechtspersoonlijkheid heeft, de mogelijkheid niet vermag uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend;

dat zulks met name het geval kan zijn, indien de dochteronderneming haar marktgedrag niet autonoom bepaalt, maar in hoofdzaak de haar gegeven aanwijzingen van de moedermaatschappij opvolgt;

- 16 dat Continental, naar vaststaat, Europemballage ertoe heeft aangezet in Nederland een bod uit te brengen aan de aandeelhouders van TDV en haar daartoe de nodige middelen heeft verstrekt;

dat Europemballage op 8 april 1970 is overgegaan tot de aankoop van de op die datum aangeboden aandelen en obligaties van TDV;

dat bijgevolg het feit van deze transactie, naar aanleiding waarvan de Commissie de litigieuze beschikking heeft getroffen, niet alleen aan Europemballage maar ook en in de eerste plaats aan Continental moet worden toegeschreven;

dat op een dergelijke verwerving, welke de marktverhoudingen binnen de Gemeenschap beïnvloedt, het Gemeenschapsrecht van toepassing is;

dat het feit dat Continental niet is gevestigd op het grondgebied van een der Lid-Staten, niet voldoende is om haar buiten het bereik van dit recht te brengen;

- 17 dat het middel onbevoegdheid moet worden verworpen;

C — Ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag en het misbruik van een machtspositie

- 18 Overwegende dat in de artikelen 1 en 2 van de beschikking der Commissie van 9 december 1971 Continental een inbreuk op artikel 86 van het EEG-Verdrag ten laste wordt gelegd op grond dat zij misbruik zou hebben gemaakt van een machtspositie die zij door tussenkomst van Schmalbach-Lubeca-Werke AG te Brunswijk (hierna te noemen „SLW”) zou innemen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, op de markt van lichte verpakkingen voor vlees-, vleeswaren-, vis- en schaaldierenconserven alsmede op de markt van metalen deksels voor glazen potten; .

dat volgens artikel 1 dit misbruik daarin zou bestaan dat Continental in april 1970 door tussenkomst van haar dochteronderneming Europemballage ongeveer 80 % van de aandelen en converteerbare obligaties van TDV had opgekocht;

dat deze aankoop ertoe zou hebben geleid de mededinging voor de genoemde verpakingsprodukten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt praktisch uit te schakelen;

- 19 Overwegende dat verzoeksters betogen dat de Commissie aldus zou trachten, door een verkeerde uitlegging van artikel 86 van het Verdrag en met overschrijding van de grenzen harer bevoegdheden, in het kader van deze bepaling een controle op concentraties van ondernemingen in te voeren;

dat een dergelijke poging zou ingaan tegen de bedoeling van de Verdragsauteurs, zoals die niet alleen bij een letterlijke interpretatie van artikel 86 doch ook bij vergelijking van het EEG-Verdrag met het EGKS-Verdrag en de nationale wetgevingen der Lid-Staten naar voren zou komen;

dat de in artikel 86 genoemde voorbeelden van misbruik van een machtspositie deze conclusie zouden bevestigen, omdat daaruit zou blijken dat het Verdrag slechts ziet op gedragingen die van invloed zijn op de markt en de verbruikers of handelspartners benadelen;

dat overigens uit artikel 86 zou blijken dat de aanwending van het aan een machtspositie verbonden economische vermogen alleen dan als misbruik dier positie is te beschouwen, indien zij het middel vormt waarmee het misbruik wordt gemaakt;

dat structurele maatregelen van ondernemingen, zoals de versterking van een machtspositie door concentratie, daarentegen niet als misbruik dier positie in de zin van artikel 86 van het Verdrag zouden zijn te beschouwen;

dat de bestreden beschikking derhalve wegens ontbreken van de vereiste wettelijke grondslag nietig zou zijn;

- 20 Overwegende dat het luidens artikel 86, eerste alinea, van het Verdrag „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan”;

dat het hier gaat om de vraag of in artikel 86 met de term „misbruik” slechts wordt bedoeld op gedragingen van ondernemingen, die rechtstreeks op de markt kunnen inwerken en de productie en distributie, de gebruikers en verbruikers, benadelen, dan wel of het artikel ook betrekking heeft op structurele wijzigingen bij een onderneming, die tot een ernstige aantasting van de mededinging op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt leiden;

21 dat het onderscheid tussen maatregelen die betrekking hebben op de structuur van de onderneming, en gedragingen die van invloed zijn op de markt, echter niet beslissend is, daar elke structurele maatregel de marktverhoudingen kan beïnvloeden, zodra de omvang en de economische macht van de onderneming daardoor toenemen;

22 Overwegende dat voor de beantwoording van deze vraag dient te worden gelet op de geest, de opzet en de bewoordingen van artikel 86 alsmede op het systeem en de doeleinden van het Verdrag;

dat derhalve voor de onderhavige problemen een vergelijking tussen genoemd artikel en bepaalde voorschriften van het EGKS-Verdrag niet terzake dienende is;

23 Overwegende dat artikel 86 onder het hoofdstuk over de gemeenschappelijke regels voor het beleid der Gemeenschap inzake de mededinging valt;

dat dit beleid stoelt op artikel 3, sub f), van het Verdrag, bepalende dat de activiteit van de Gemeenschap de invoering omvat van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst;

dat het betoog van verzoeksters, als zou hier slechts sprake zijn van een algemene, rechtens onverbindende programmabepaling, miskent dat in artikel 3 het streven naar de aldaar genoemde doelstellingen onontbeerlijk wordt geacht voor de vervulling van de taken der Gemeenschap;

dat het met name bij het bepaalde sub f) gaat om een doelstelling die is terug te vinden in verschillende Verdragsbepalingen, welke interpretatie door haar wordt beheerst;

24 Overwegende dat, waar artikel 3, sub f), de invoering voorschrijft van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeen-

schappelijke markt niet wordt vervalst, deze bepaling a fortiori eist dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld;

dat dit vereiste van zo essentieel belang is dat bij ontbreken hiervan aan tal van Verdragsbepalingen de grond zou ontvallen;

dat het bovendien beantwoordt aan de voorschriften van artikel 2 van het Verdrag, dat de Gemeenschap tot taak stelt „de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap te bevorderen”;

dat aldus de concurrentiebeperkingen die het Verdrag onder bepaalde voorwaarden toelaat wegens de noodzaak de verschillende doelstellingen met elkaar in overeenstemming te brengen, in de eisen van de artikelen 2 en 3 een grens vinden, waarvan de overschrijding het gevaar meebrengt dat de verzwakking van de mededinging de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt doorkruist;

- 25 Overwegende dat, ter eerbiediging van de beginselen en ter bereiking van de doeleinden, genoemd in de artikelen 2 en 3 van het Verdrag, de artikelen 85 tot en met 90 algemene, voor de ondernemingen geldende regels aangeven;

dat artikel 85 betrekking heeft op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, terwijl artikel 86 betrekking heeft op het eenzijdig optreden van een of meer ondernemingen;

dat de artikelen 85 en 86 op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt;

dat de beïnvloeding van de mededinging, die is verboden indien zij het gevolg is van de in artikel 85 bedoelde handelwijzen, niet rechtmatig kan worden, indien deze handelwijzen door toedoen van een overheersende onderneming zich concretiseren in een vervlechting der ondernemingen;

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

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

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

dat het streven van de Verdragsauteurs om ook daar waar concurrentiebeperkingen zijn toegelaten, de mogelijkheden van een daadwerkelijke of potentiële mededinging op de markt in stand te houden, uitdrukkelijk zijn neerslag heeft gevonden in artikel 85, lid 3, sub b), van het Verdrag;

dat artikel 86 niet dezelfde uitdrukkelijke bepaling bevat, omdat de bij dit artikel ingestelde regeling voor machtsposities, anders dan artikel 85, lid 3, geen uitzonderingen op het verbod toelaat;

dat bij een dergelijke regeling de gebondenheid aan de fundamentele doelstellingen van het Verdrag, met name die van artikel 3, sub f), voortvloeit uit het dwingende karakter dier doelstellingen;

dat in ieder geval de artikelen 85 en 86 niet in onderling tegengestelde zin kunnen worden uitgelegd, daar zij dienen tot verwezenlijking van hetzelfde doel;

- 26 Overwegende dat op de voorgaande overwegingen acht dient te worden geslagen bij de uitlegging van de in artikel 86 gestelde voorwaarde dat de aanwending van een machtspositie misbruik moet opleveren om onder het verbod te vallen;

dat deze bepaling een aantal gevallen van misbruik noemt, welke zij verbiedt;

dat het hier gaat om een enuntiatieve opsomming, waarin de bij het Verdrag verboden vormen van misbruik van een machtspositie niet uitputtend zijn aangegeven;

dat overigens, naar uit de tweede alinea, sub c) en d), blijkt, deze bepaling niet slechts doelt op handelwijzen die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar eveneens op die welke hen benadelen door in te grijpen in een

structuur van daadwerkelijke mededinging, zoals bedoeld in artikel 3, sub f), van het Verdrag;

dat derhalve sprake kan zijn van misbruik, indien een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming;

- 27 Overwegende dat, bij een zodanige betekenis en strekking van artikel 86 van het Verdrag, het door verzoeksters opgeworpen vraagstuk van het causaal verband dat huns inziens moet bestaan tussen de machtspositie in het misbruik hiervan, niet van belang is, daar de versterking van de machtspositie ener onderneming, ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen, misbruik kan opleveren en ingevolge artikel 86 van het Verdrag kan zijn verboden, zodra zij de bovenbeschreven effecten heeft;

D — Ten aanzien van de materiële elementen van de motivering der beschikking

- 28 Overwegende dat de Commissie ter ondersteuning van haar beschikking onder meer stelt dat de aankoop van een meerderheidsdeelneming in een concurrerende onderneming door een onderneming of een groep van ondernemingen die reeds een machtspositie inneemt, onder zekere omstandigheden een misbruik van deze positie kan vormen;

dat zulks het geval zou zijn, indien een onderneming welke een machtspositie inneemt, deze nog verstevigt door een zodanige concentratie dat de daadwerkelijke of potentiële concurrentie in de betrokken produkten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt praktisch wordt uitgeschakeld;

- 29 Overwegende dat, waar het innemen van een zodanige machtspositie dat de doelstellingen van het Verdrag worden doorkruist door een zo wezenlijke wijziging van de structuur van het aanbod, dat de handelingsvrijheid van de verbruiker op de markt ernstig in gevaar wordt gebracht, reeds, ongeacht enige schuld, als misbruik kan worden beschouwd, dit noodzakelijkerwijze het geval is, indien elke mededinging praktisch wordt uitgeschakeld;

dat, hoewel een zo restrictieve voorwaarde als de uitschakeling van elke mededinging niet in alle gevallen geldt, de Commissie, nu zij haar beschikking

op een dergelijke uitschakeling heeft gebaseerd, hiertoe voldoende gronden rechtens dient aan te voeren of althans dient te bewijzen dat de mededinging zo wezenlijk werd beïnvloed dat de overblijvende concurrenten geen toereikend tegenwicht konden vormen;

- 30 Overwegende dat de Commissie tot staving van haar stelling de gevolgen van de litigieuze concentratie vanuit verschillende standpunten heeft onderzocht;

dat ten deze in de motivering der beschikking vier hoofdelementen moeten worden onderscheiden, namelijk: a) het huidige marktaandeel van de aaneengesloten ondernemingen voor de betrokken produkten; b) de relatieve omvang van de door de concentratie gevormde nieuwe eenheid ten opzichte van die der eventuele concurrenten op deze markt; c) de economische macht van de afnemers tegenover de nieuwgevormde eenheid, en d) de potentiële mededinging van hetzij producenten van dezelfde produkten op geografisch ver verwijderde markten, hetzij producenten van andere artikelen binnen de gemeenschappelijke markt;

dat de beschikking bij het onderzoek dezer verschillende elementen uitgaat enerzijds van het zeer hoge marktaandeel dat SLW reeds voor metalen verpakkingen had, van de zwakke mededingingspositie der op de markt resterende concurrenten, van de economische zwakte van de meeste verbruikers tegenover de nieuwgevormde eenheid en van de talrijke feitelijke en rechtsbanden tussen Continental en de eventuele concurrenten, en anderzijds van de financiële en technische moeilijkheden om door te dringen op een door sterke concentratie gekenmerkte markt;

- 31 Overwegende dat verzoeksters de juistheid betwisten van de gegevens waarop de Commissie haar beschikking heeft gebaseerd;

dat de omstandigheid dat SLW reeds een marktaandeel had van 70 tot 80 % voor de verpakkingen voor vleeswarenconserven, van 80 tot 90 % voor de verpakkingen voor conserven van visserijprodukten en van 50 tot 55 % voor metalen deksels anders dan kroonkurken, welke percentages overigens te hoog zouden zijn en door verweerster niet hadden kunnen worden aangetoond, niet de conclusie kon dragen dat deze onderneming de markt van licht metalen verpakkingen beheerst;

dat de beschikking bovendien de mogelijkheid van concurrentie van substitutieprodukten (glas- en plastic verpakkingen) ter zijde had gesteld door uit te gaan van overwegingen die de toets niet konden doorstaan;

dat bijgevolg de argumenten betreffende de mogelijkheden van daadwerkelijke of potentiële concurrentie en de beweerdelijk zwakke positie van de verbruikers niet terzake deden;

32 Overwegende dat voor de beoordeling van de machtspositie van SLW evenals van de gevolgen der litigieuze concentratie de begrenzing van de betrokken markt van essentieel belang is, daar de concurrentiemogelijkheden slechts kunnen worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken der onderhavige produkten, waardoor zij bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en slechts in geringe mate met andere produkten verwisselbaar zijn;

33 Overwegende dienaangaande dat de beschikking in deel II, overwegingen 5 tot en met 7, achtereenvolgens beschouwt een „markt van de lichte verpakkingen voor vleesconserven”, een „markt van de lichte verpakkingen voor conserven van visserijprodukten” en een „markt voor metalen deksels, anders dan kroonkurken, voor de conservenindustrie”, die alle drie door SLW zouden worden beheerst en waarop de litigieuze concentratie de mededinging dreigt uit te schakelen;

dat in de beschikking echter niet nader wordt aangegeven, door welke bijzonderheden deze drie markten zich van elkander onderscheiden en derhalve afzonderlijk moeten worden beschouwd;

dat voorts evenmin wordt medegedeeld, door welke bijzonderheden deze drie markten zich onderscheiden van de algemene markt voor licht metalen verpakkingen, met name de metalen verpakkingen voor groente- en fruitconserven, gecondenseerde melk, olijfolie, vruchtesappen en chemisch-technische produkten;

dat de betrokken produkten immers slechts dan kunnen worden geacht een afzonderlijke markt te vormen, indien zij niet alleen zijn te individualiseren door het enkele feit dat zij voor de verpakking van bepaalde produkten worden gebruikt, maar tevens op grond van bijzondere produktiekenmerken waardoor zij specifiek geschikt zijn voor deze bestemming;

dat bijgevolg een machtspositie op de markt van licht metalen verpakkingen voor vlees- en visconserven niet doorslaggevend is, zolang niet is aangetoond dat de concurrenten in andere sectoren van de markt van licht metalen verpakkingen niet door een eenvoudige aanpassing krachtig genoeg op deze markt kunnen gaan opereren om een serieus tegenwicht te vormen;

- 34 Overwegende overigens dat de beschikking zelf elementen bevat, die kunnen doen twijfelen of deze drie markten wel gescheiden zijn te zien van andere markten van licht metalen verpakkingen, en veeleer de gedachte doen opkomen dat zij deel uitmaken van een grotere markt;

dat de beschikking in het eerste deel der motivering bij de beschouwing, sub J, van de voornaamste concurrenten van SLW in Duitsland en van TDV in de Benelux, melding maakt van een Duitse onderneming met een groter productieaandeel dan van SLW voor licht metalen verpakkingen voor groente- en fruitconserven, en van een andere onderneming die 38 tot 40 % van de Duitse vraag naar kroonkurken dekt, hetgeen schijnt te bevestigen dat de productie van metalen verpakkingen voor vlees- en visconserven niet gescheiden mag worden gezien van de productie van metalen verpakkingen voor andere doeleinden en dat bij de beoordeling van de productie van metalen deksels de kroonkurken niet buiten beschouwing mogen worden gelaten;

dat voorts de beschikking, bij de beschouwing in het tweede deel, sub 16, van de mogelijkheden van een substitutieconcurrentie, zich niet beperkt tot de drie onderhavige „markten”, doch eveneens de markt van licht metalen verpakkingen voor andere doeleinden in aanmerking neemt ten betoge dat deze verpakkingen slechts in beperkte mate zijn te vervangen door niet-metalen verpakkingen;

dat de omstandigheid dat de Commissie deze bewering in de loop van het geding niet tegenover de door verzoeksters aangevoerde feiten staande heeft kunnen houden, reeds op zich bewijst dat het noodzakelijk is de in aanmerking te nemen markt voldoende nauwkeurig af te bakenen om een oordeel te kunnen geven over de relatieve macht van de ondernemingen op die markt;

- 35 Overwegende dat, waar in de beschikking niet is aangegeven, op grond van welke bijzondere kenmerken de metalen verpakkingen voor vleesconserven en visconserven alsmede metalen deksels, anders dan kroonkurken, voor de conservenindustrie evenzovele afzonderlijke markten vormen, die door de producent met het grootste aandeel op deze markten kunnen worden beheerst, de beschikking een fundamentele onzekerheid aankleeft, die haar weerslag heeft op de andere elementen der beschikking waaruit de afwezigheid van een daadwerkelijke of potentiële concurrentie op de betrokken markt wordt afgeleid;

dat met name aangaande de concurrentie van andere fabrikanten van metalen verpakkingen de Commissie in de loop van het geding heeft betoogd dat de licentiehouders van Continental „in het kader van de in overweging D, 4 b),

beschreven zogenaamde overeenkomst tot uitwisseling van informatieafspraken hadden gemaakt over de beperking van de mededinging”, doch anderzijds stelt dat TDV en SLW „de mogelijkheid hadden gehad met elkaar te concurreren”;

dat het in overweging 19 gebezigde argument, dat de fabrieken van bepaalde fabrikanten in de buurlanden van Duitsland te ver van de meeste Duitse gebruikers gelegen zouden zijn om dezen ertoe te brengen permanent van hen te betrekken, niet genoegzaam is bewezen en overigens bezwaarlijk in overeenstemming is te brengen met de bewering in overweging 25, a), dat de rentabiliteitsgrenzen voor het vervoer van lege verpakkingen liggen tussen 150 en 300 km voor tamelijk omvangrijke verpakkingen en tussen 500 en 1 000 km voor kleinere verpakkingen;

dat bovendien ten aanzien van metalen deksels niet wordt betwist dat de transportkosten geen belangrijke rol spelen;

- ³⁶ Overwegende voorts dat met betrekking tot de potentiële mededinging van grote afnemers die zelf fabricerende producenten zouden kunnen worden, in de bestreden beschikking onder overweging 18 wordt gesteld dat de aanzienlijke benodigde investeringen voor een geïntegreerde produktie alsmede de technische voorsprong van de Continental-groep op dit gebied in de weg staan aan een dergelijke mededinging, terwijl in overweging J, 3, laatste alinea, wordt opgemerkt dat op de Belgische markt de conservenfabriek Marie-Thumas via haar dochteronderneming Eurocan metalen verpakkingen voor eigen gebruik en voor verkoop aan andere gebruikers vervaardigt;

dat deze tegenspraak een nadere indicatie is voor de onzekerheid der Commissie omtrent de afbakening van de betrokken markt of markten;

dat verder in de beschikking onder overweging 30, sub e), wordt gezegd dat „afgezien van Marie-Thumas/Eurocan, de zelf fabricerende producenten niet meer vervaardigen dan zij verbruiken en geen lege metaalverpakkingen op de markt aanbieden”, terwijl in overweging K, 2, tweede alinea, wordt vermeld dat enkele zelf fabricerende Duitse producenten niettemin zijn begonnen hun produktieoverschotten van metalen verpakkingen in de handel te brengen;

dat uit een en ander blijkt dat sommige ondernemingen die reeds tot de geïntegreerde produktie van verpakkingen zijn overgegaan, de technische moeilijkheden hebben weten te overwinnen, zonder dat aan de beschikking echter gegevens voor de beoordeling van de concurrentiecapaciteit dezer ondernemingen kunnen worden ontleend;

dat uit deze overwegingen derhalve nieuwe tegenstrijdigheden naar voren komen, die eveneens de geldigheid der bestreden beschikking aantasten;

- 37 Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat in deze beschikking de feiten en beoordelingen waarop zij steunt, rechtens niet genoegzaam zijn aangetoond;

dat zij mitsdien moet worden vernietigd;

Ten aanzien van de kosten

- 38 Overwegende dat ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen;

dat verweerster in het ongelijk is gesteld;

Gezien de processtukken;

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, met name de artikelen 2, 3, 85 en 86;

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

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

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

1. De beschikking van de Commissie van 9 december 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/26.811 — Continental Can Company) wordt vernietigd.
2. Verweerster wordt verwezen in de kosten van het geding.

Lecourt

Monaco

Pescatore

Donner

Kutscher

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op eenentwintig februari negentienhonderddrieënzeventig.

De Griffier

De President

A. Van Houtte

R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL K. ROEMER
VAN 21 NOVEMBER 1972 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

In de onderhavige procedure dient het Hof zich voor de eerste maal bezig te houden met een beschikking van de Commissie krachtens artikel 86 EEG-Verdrag, op grond waarvan het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lid-Statens daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Om te beginnen het volgende ten aanzien van de feiten:

De onderneming Continental Can Company Inc., New York („Continental”) is een internationaal belangrijke producent van metalen verpakkingen en ander verpakkingsmateriaal evenals van machines voor de fabricage en het gebruik van verpakkingen. Zij beschikt over industriële eigendomsrechten die zij exploiteert door internationale licentieverlening. Op 6 februari 1969 verkreeg zij, door verwerving van de meerderheid van het kapitaal, de controle over Schmalbach-Lubeca-Werke AG te Braunschweig („Schmalbach”), een belangrijke

producent van lichtmetalen verpakkingsmaterialen, andere verpakkingen en sluitmachines. Nog dit zelfde jaar verhoogde zij haar participatie tot 85,8 % van het nominale kapitaal.

Vervolgens trachtte Continental haar activiteit en invloed in Europa verder uit te breiden. Zij stelde een plan op om te zamen met Europese verpakkingsondernemingen een vennootschap op te richten ten einde haar Europese belangen daarin onder te brengen. In deze vennootschap zouden een Engelse verpakkingsfabrikant (The Metal Box Company Ltd. te Londen) en Franse en Nederlandse licentienemers van Continental moeten deelnemen. Dit plan vond geen genade bij de betrokken ondernemingen en kon derhalve niet doorgaan. Daarop stuurde Continental aan op een nauwere samenwerking met een Nederlandse licenció, Thomassen & Drijver-Verblifa NV („Thomassen”) te Deventer, een fabrikant van metalen en andere verpakkingen. Op 16 februari 1970 kwamen Continental en Thomassen overeen, dat Continental in Wilmington (in de Amerikaanse staat Delaware) een holding, Europemballage Corporation („Europemballage”) zou oprichten en haar Schmalbach-participatie daarin zou onderbrengen. Voorts zou Continental volgens de-

1 — Vertaald uit het Duits.