

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 19 april 1989*

Inhoud

A — De feiten	I-3398
B — Beoordeling rechtens	I-3399
I — Grieven inzake de procedure	I-3399
1. Toegang tot het dossier	I-3399
2. Het niet horen	I-3400
a) Kosten	I-3401
b) Kaliumbromaat als lokmiddel	I-3401
c) Inlichtingen omtrent concurrenten	I-3402
3. Onvolledig onderzoek	I-3402
II — De inhoud van de beschikking van 14 december 1985	I-3403
1. De relevante markt	I-3403
a) Organische-peroxydenmarkt in de Gemeenschap	I-3403
b) De Brits-Ierse markt voor meeladditieven	I-3406
2. De machtspositie	I-3408
a) Verzoeksters marktaandeel	I-3409
b) De verdere aanwijzingen voor een machtspositie	I-3411
3. Conclusie	I-3418
C — Aanvullende beoordeling rechtens	I-3418
I — Verzoeksters misbruik	I-3418

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1. Verzoeksters vermeend voornemen	I-3418
2. Verzoeksters prijsgedrag	I-3422
a) Leveranties van benzoylperoxyde (16%) aan Spillers	I-3423
b) Leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Spillers	I-3423
c) Leveranties van benzoylperoxide (20%) aan Ranks	I-3423
d) Leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Ranks	I-3424
e) Prijsoffertes voor benzoylperoxide (16%) aan Allied Mills	I-3424
f) Offertes voor/leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Allied Mills	I-3425
g) Verkopen van vitaminemengsels aan Allied Mills	I-3425
h) Prijzen van benzoylperoxide (16%) voor de grote onafhankelijke maalderijen	I-3425
i) Offertes voor/leveranties van kaliumbromaat (10%) aan de grote onafhankelijke maalderijen	I-3426
j) Prijzen/leveranties van kaliumbromaat (6%) aan de grote onafhankelijke maalderijen	I-3427
k) Offertes voor/leveranties van vitaminemengsels (Nutramin) aan de grote onafhankelijke maalderijen	I-3428
3. De toepassing van lokprijzen bij kaliumbromaat en vitaminemengsels	I-3429
4. Prijzen beneden de kostprijs voor Spillers en Ranks gedurende een tamelijk lange periode	I-3430
5. Prijsinlichtingen	I-3430
6. Het doel, ECS te benadelen en/of als concurrent uit te schakelen	I-3430
II — Invloed op de handel tussen Lid-Staten	I-3433
III — De geldboete	I-3433
IV — De bijzondere verplichtingen	I-3437
V — Conclusie op grond van de aanvullende beoordeling rechtens	I-3437
D — Conclusie	I-3438

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

A — De feiten

1. Nadat het Hof reeds tweemaal met procedurele vraagstukken te maken had in de zaak tussen AKZO¹ en de Commissie van de Europese Gemeenschappen², gaat het thans in de procedure waarin ik heden conclusie neem, om de inhoud van het door de Commissie aan de onderneming gemaakte verwijt, dat zij jegens haar concurrent ECS misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, als bedoeld in artikel 86 EEG-Verdrag.

2. Op 15 juni 1982 had deze laatste de Commissie verzocht, dit misbruik vast te stellen.

3. Daarnaast had ECS de Commissie op 13 mei 1983 verzocht om een voorlopige maatregel tegen AKZO, die de Commissie op 29 juli 1983 vaststelde; daarbij werd AKZO gelast, voor bepaalde produkten door de Commissie vastgestelde minimumprijzen toe te passen.³ Tegen deze beschikking is AKZO niet opgekomen.

4. Op 14 december 1985 gaf de Commissie de thans in geding zijnde beschikking⁴, waarin zij vaststelde dat in 1979 en vanaf

eind 1980 inbreuk was gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag. Bovendien legde zij een geldboete op van 10 000 000 ECU, dat wil zeggen 24 696 000 HFL. Daarnaast werden AKZO bepaalde verplichtingen met betrekking tot haar toekomstige commerciële gedragingen opgelegd.

5. Verzoekster acht de gegeven beschikking onwettig en vordert nietigverklaring van de beschikking; subsidiair vordert zij vernietiging of althans aanzienlijke vermindering van de boete.

6. Verweerster concludeert tot verwerping van het beroep.

7. ECS, die partij was bij de administratieve procedure, heeft anders dan in zaak 53/85 niet geïntervenieerd in onderhavige zaak.

8. In een afzonderlijke procedure diende AKZO een verzoek in tot opschorting van de tenuitvoerlegging van bepaalde, in de beschikking van 14 december 1985 opgelegde verplichtingen. Dit verzoek werd door de president van het Hof bij beschikking van 30 april 1986 verworpen.⁵

9. Op de inhoud van de bestreden beschikking alsmede op de opmerkingen van partijen⁶ zal ik nader ingaan in het kader van

1 — In aansluiting op het spraakgebruik in de bestreden beschikking wordt „AKZO” gebruikt voor de economische eenheid, gevormd door AKZO Chemie BV en haar dochterondernemingen. Daar waar de tekst vergt dat onderscheid wordt gemaakt tussen de moeder- en de dochteronderneming, wordt AKZO Chemie BV aangeduid als „AKZO Chemie” en AKZO Chemie UK Ltd als „AKZO UK”.

2 — Zaak 5/85, AKZO Chemie BV en AKZO Chemie UK Ltd/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2585; zaak 53/85, AKZO Chemie BV en AKZO Chemie UK Ltd, Jurispr. 1985, blz. 1965.

3 — PB 1983, L 252, blz. 13.

4 — PB 1985, L 374, blz. 1.

5 — Beschikking van de president van het Hof van 30 april 1986, zaak 62/86 R, Jurispr. 1986, blz. 1503.

6 — Verweerster heeft haar standpunt omtrent de situatie feitelijk en rechtens samengevat in het *Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid* (Tweede deel, Hoofdstuk II, paragraaf 7, blz. 90 e. v.).

mijn juridische beoordeling. Voor het overige verwijs ik naar de inhoud van het rapport ter terechtzitting.

B — Beoordeling rechtsens

I — Grieven inzake de procedure

10. Verzoekster verwijt verweerster drie procedurele fouten: AKZO heeft onvoldoende toegang gehad tot het dossier van de Commissie; in de eindbeschikking worden bezwaren vermeld, waarover AKZO niet is gehoord, en ten slotte was het onderzoek van de Commissie onvolledig.

1. Toegang tot het dossier

11. Verzoekster voert als grief aan, dat verweerster haar herhaalde verzoek om inzage in verweersters inspectierapporten niet heeft ingewilligd. Aldus zou zij niet hebben kunnen nagaan, of de genoemde rapporten belastend materiaal bevatten.

12. Hiertegenover beroept verweerster zich op de rechtspraak van het Hof: de eerbiediging van de rechten van de verdediging eist weliswaar dat de betrokken onderneming in staat is gesteld om op passende wijze haar standpunt kenbaar te maken over de documenten die de Commissie in aanmerking heeft genomen voor de stellingen die haar beschikking dragen, doch geen enkel voorschrift verplicht de Commissie haar dossiers

aan de betrokken partijen te doen toekomen.⁷ De rapporten die de beoordelingen van haar inspecteurs bevatten, zijn — aldus de Commissie — interne Commissie-documenten die niet toegankelijk zijn. Enkel wanneer inspectierapporten feiten vermelden waarop de eindbeschikking is gebaseerd, moesten deze voor de verzoekster toegankelijk zijn.

13. Verzoekster heeft gelijk, dat het niet aan verweerster kan staan om vast te stellen, welke dossierstukken voor de verdediging van verzoeksters rechten van belang kunnen zijn. Niettemin dient te worden verwezen naar de door verweerster genoemde, vaste rechtspraak van het Hof, die het recht van verdediging beperkt tot inzage in de stukken waarop de eindbeschikking is gebaseerd, dus in feite tot inzage in belastend materiaal. Derhalve dient verzoeksters grief te worden verworpen, voor zover zij betrekking heeft op inzage in de inspectierapporten van verweerster.

14. Verder voert verzoekster als grief aan, dat verweerster haar beschikking ook op twee documenten heeft gebaseerd, waarvan zij geen kennis heeft gehad: met betrekking tot de kostenstructuur en de gedragingen van de onderneming Diaflex had verweerster verklaringen van de ondernemingen Steetley Chemicals en Smiths gebruikt, die verzoekster niet kende.

15. Met betrekking tot de documenten betreffende Steetley Chemicals verklaart verweerster, dat zij het antwoord van deze onderneming niet een belangrijk bewijsstuk acht; overigens had zij aangenomen, dat verzoekster de tussen Diaflex en Steetley

⁷ — Arrest van 17 januari 1984, de gevoegde zaken 43/82 en 64/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, inz. blz. 59.

Chemicals overeengekomen prijzen kende of daarvan een idee had kunnen hebben. De verklaring van Smiths daarentegen was vermeld in een met de hand geschreven aantekening van een inspecteur van de Commissie, waarvan verzoekster in de bureaus van de Commissie kennis heeft kunnen nemen.

16. Hetgeen verweerster omtrent de tussen Steetley Chemicals en Diaflex overeengekomen prijzen opmerkt, komt mij niet overtuigend voor. Het door haar geuite vermoeden vormt geen rechtvaardiging om verzoekster geen kennis te laten nemen van het betrokken document.

17. De aantekening betreffende Smiths komt niet voor in de aan het Hof voorgelegde stukken, dat wil zeggen noch in de administratieve stukken, noch als bijlage bij een van verweersters memories. Derhalve moet worden vastgesteld, dat verweerster niet heeft aangetoond dat verzoekster van het document heeft kennis gekregen.

18. Uit het voorgaande volgt dat de gegevens betreffende Steetley Chemicals en Smiths in de onderhavige procedure niet kunnen worden gebruikt. In dit verband acht ik het bovendien opportuun op te merken, dat hetgeen verweerster onder de benaming „administratieve stukken” („dossier administratief”) aan het Hof heeft voorgelegd, in feite een uittreksel uit de stukken vormt. Het Hof beschikt dus niet over het volledige dossier van verweerster.

19. Daar verweerster bij een geschil omtrent feitelijke vragen de juistheid van de bestreden beschikking en van de fundamenteën waarop zij is gebaseerd, moet aantonen, moet een non-liquet in haar nadeel uitvalen.

2. *Het niet horen*

20. Verzoekster voert als grief aan, dat de bestreden beschikking een aantal bezwaren vermeldt, waarover zij niet voldoende is gehoord. Zo heeft het vraagstuk van haar kostenstructuur, in het bijzonder de beoordeling van haar variabele kosten, noch in de mededeling van de punten van bezwaar, noch tijdens de hoorzitting een belangrijke rol gespeeld. Ook het verwijt dat zij kaliumbromaat als lokmiddel had aangeboden, was noch in de mededeling van de punten van bezwaar, noch in de aanvulling op deze mededeling van 22 april 1985, noch tijdens de hoorzitting als misbruik aangemerkt. Hetzelfde gold voor het verwijt, dat zij van de ondernemingen Ranks en Spillers inlichtingen over offertes van concurrenten had verlangd.

21. In haar repliek merkt verzoekster verder nog op, dat zij het verwijt, dat zij kaliumbromaat als lokmiddel had aangeboden, met een verwijzing naar de omvangrijke leveringen van dit produkt had kunnen weerleggen, wanneer dit verwijt in de mededeling van de punten van bezwaar was voorgekomen.

22. Daartegen brengt verweerster in, dat het argument dat is gebaseerd op de dekking van de marginale kosten, niet de kern raakt van hetgeen zij als misbruik beschouwt. Of verzoeksters prijzen werkelijk boven of onder haar kosten lagen, was niet beslissend. Bovendien was zij volgens de rechtspraak niet verplicht, op het in de administratieve procedure aangevoerde verweer in te gaan en verzoekster opnieuw in staat te stellen, op haar beurt te reageren op

de door verweerster aangevoerde weerlegging van dit argument.⁸

bezwaar kaliumbromaat met vitaminedmengsels wordt gelijkgesteld.

a) Kosten

23. Of verweerster de strekking van het zojuist aangehaalde arrest juist heeft weergegeven, kan buiten beschouwing blijven. Van wezenlijk belang lijkt mij, dat in de mededeling van de punten van bezwaar een hoofdstuk aan de kosten van AKZO is gewijd. In haar opmerkingen met betrekking tot de punten van bezwaar is verzoekster ingegaan op de verhouding van prijzen, kosten en winst. Een gedeelte van de hoorzitting van 18 juni 1985 was aan hetzelfde vraagstuk gewijd, nadat verzoekster reeds schriftelijk specifieke opmerkingen aangaande dit probleem had toegezonden ter voorbereiding van de hoorzitting.

24. Het vraagstuk van de dekking van de marginale kosten, respectievelijk het probleem van verzoeksters kostenstructuur was aldus voldoende besproken, zodat hier geen sprake kan zijn van een onvoldoende horen.

b) Kaliumbromaat als lokmiddel

25. Met betrekking tot het gebruik van kaliumbromaat als lokmiddel merkt verweerster op, dat in de mededeling van de punten van bezwaar verkopen van kaliumbromaat tegen zeer lage prijzen zijn vermeld en dat in de aanvullende mededeling van de punten van

26. Ten aanzien van dit geschilpunt dient te worden vastgesteld, dat de mededeling van de punten van bezwaar onder de lokmiddelpraktijken enkel vitaminedmengsels noemt. In de aanvullende mededeling van de punten van bezwaar wordt kaliumbromaat evenmin tot de lokmiddelen gerekend. De aldaar (tussen haakjes) opgenomen verwijzing naar kaliumbromaat zegt enkel, dat het produkt niet in het voor de High Court gesloten compromis was opgenomen. De verwijzing in de aanvullende mededeling van de punten van bezwaar naar bijlage X 24 is evenmin concludent, daar ook in dit document enkel sprake is van „loss leaders”, doch niet uitdrukkelijk van kaliumbromaat.

27. Aangaande het verwijt, dat verzoekster kaliumbromaat als lokmiddel heeft gebruikt, is zij dus inderdaad niet regelmatig gehoord. Ingevolge artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 is de Commissie evenwel verplicht, alvorens een beschikking te geven op grond van artikel 3 of artikel 15 van de verordening, de betrokkenen in de gelegenheid te stellen hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar die in aanmerking zijn genomen. Volgens de rechtspraak van het Hof is het voldoende, wanneer de mededeling van de punten van bezwaar beknopt de belangrijkste feiten vermeldt waarop de Commissie zich beroept⁹; die belangrijkste feiten moeten dan wel zijn vermeld. Met betrekking tot het gebruik van kaliumbromaat als lokmiddel was dat hier niet gebeurd; dientengevolge kan de beschikking van 14 december 1985 niet op genoemd verwijt worden gebaseerd.

⁸ — Arrest van 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiepharma NV, Jurispr. 1970, blz. 661, inz. blz. 690.

⁹ — Arrest van 15 juli 1970, zaak 41/69, reeds aangehaald, blz. 687.

c) Inlichtingen omtrent concurrenten

28. Op de grief dat verzoekster niet mocht worden verweten dat zij van Ranks en Spillers inlichtingen omtrent offertes van concurrenten verlangde, antwoordt verweerster, dat deze omstandigheid niet als een bijzondere vorm van misbruik was aan te merken, doch als een aspect van AKZO's gedraging jegens ECS. In de mededeling van de punten van bezwaar was dit verwijt als zodanig niet als misbruik aangemerkt. Uit de beschrijving van de feiten blijkt veeleer, dat AKZO door Ranks en Spillers is ingelicht over de offertes van ECS. Dit vraagstuk is ook ter sprake gekomen in de opmerkingen van ECS betreffende de punten van bezwaar, die verzoekster zijn toegestuurd en ten aanzien waarvan zij haar opmerkingen heeft kunnen maken.

29. Ter zake zij opgemerkt, dat zowel in de mededeling van de punten van bezwaar als in de opmerkingen van ECS de hier bedoelde informatieverstrekkings op een voor AKZO gunstige wijze worden beschreven; daarin wordt namelijk gezegd dat AKZO werd ingelicht en niet dat AKZO om de inlichtingen heeft verzocht. In de eindbeschikking worden de feiten evenwel in voor verzoekster ongunstige zin veranderd en tegelijkertijd als misbruik aangemerkt. Deze karakterisering kon niet worden ontleend aan de voorafgaande procedure (en door verweerster is zij in de procedure voor het Hof weer gerelativeerd, zo al niet geheel ingetrokken).

30. Daar de gebeurtenissen betreffende de informatie van verzoekster gedurende de administratieve procedure niet als misbruik waren aangemerkt en bovendien de beschrijving van de feiten in voor verzoekster ongunstige zin werd gewijzigd, ofschoon de

opmerkingen met betrekking tot de punten van bezwaar en de hoorzitting daartoe geen aanleiding gaven, moet worden vastgesteld dat ook hier inbreuk is gemaakt op het recht van verzoekster om te worden gehoord. De op de speciale informatie van verzoekster gebaseerde verwijten kunnen dus in elk geval niet de eindbeschikking dragen.

3. *Onvolledig onderzoek*

31. Verzoekster voert als grief aan, dat verweerster weliswaar een onderzoek naar de kosten van AKZO heeft ingesteld, doch heeft nagelaten de kosten van de beide voornaamste concurrenten, namelijk ECS en Diaflex, eveneens te onderzoeken. Ook de inlichtingen omtrent de prijsstellingspraktijk van de beide concurrenten zijn onvoldoende. Voor verzoekster is het ondenkbaar dat een onderneming een politiek van afbraakprijzen kan worden verweten, zonder dat de kostenstructuur van de verschillende betrokken ondernemingen duidelijk wordt verklaard.

32. Verweerster komt hiertegen op met een algemene verwijzing naar haar verklaringen omtrent de machtspositie, de relevante markt en het misbruik. Bovendien stelt zij met nadruk, dat het door haar in onderhavige procedure ingestelde onderzoek zo ruim mogelijk was geweest.

33. Vooruitlopend op hetgeen hierna zal worden verklaard, wil ik opmerken dat de markt voor meeladditieven in het Verenigd Koninkrijk, waarop de hier in geding zijnde commerciële activiteiten zich voordeden, slechts drie hoofdleveranciers kent: twee grote, te weten verzoekster en ECS, en een kleinere onderneming, te weten Diaflex.

Het door verweerster gedurende de administratieve procedure ingestelde kostenonderzoek betrof evenwel bijna uitsluitend verzoekster, doch niet de beide andere, in de betrokken periode belangrijke marktdeelnemers.

34. Dienen in een oligopolistisch gestructureerde markt uitspraken te worden gedaan over prijzen — namelijk in die zin dat zij te hoog, te laag, kunstmatig laag, veel te laag zijn, dan wel dat het om lokprijzen gaat — dan moet mijns inziens de kostenstructuur van alle drie oligopolisten worden onderzocht, zodat een betrouwbaar beeld kan worden gevormd omtrent het prijsniveau, dat in feite economisch gerechtvaardigd was.

35. In een ander verband heeft verzoekster bezwaar gemaakt tegen het feit dat verweerster niet naar behoren heeft rekening gehouden met de omstandigheid dat de capaciteit van haar productie-installaties gedurende een gedeelte van de betrokken periode niet bevredigend benut werd. Hier wil ik niet inhoudelijk op dit verwijt ingaan, doch ik wil opmerken dat in het kader van een onderzoek naar een economisch billijke prijs ook de productiecapaciteit van de drie hoofdleveranciers had moeten worden onderzocht. Weliswaar weten wij, dat de productiecapaciteit voor benzoylperoxyde was uitgebreid, onder andere door de komst van ECS op deze markt, doch wij weten ook, dat in het Verenigd Koninkrijk het gebruik van wittebrood en dus ook het gebruik van bleek- en verrijkingstoffen en verbeteraars terugliep. Ten slotte is het algemeen bekend, dat aan het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig bepaalde sectoren van de plasticsindustrie in de Gemeenschap met een aanzienlijke overcapaciteit te kampen hadden. Dit moet ook verweerster bekend zijn geweest, zoals bij

voorbeeld blijkt uit haar beschikking van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen —¹⁰). In onderhavige procedure is evenwel — zij het omstreden — sprake van de capaciteitsbenutting van verzoekster, doch niet van de capaciteitsbenutting van de beide voornaamste concurrenten. Hieruit blijkt, dat het onderzoek van verweerster betreffende de betrokken bedrijfstak juist niet zo ruim was als het had moeten zijn.

36. Daar aldus betrouwbare gegevens omtrent de kosten en de productiecapaciteit van twee van de drie voornaamste marktdeelnemers ontbreken, zal het Hof geen uitspraak kunnen doen omtrent de vraag, welke prijzen economisch verdedigbaar of billijk waren. Bijgevolg zal het alle passages in verweersters eindbeschikking, waarin sprake is van te hoge of te lage prijzen, als niet geschreven moeten beschouwen.

II — *De inhoud van de beschikking van 14 december 1985*

1. *De relevante markt*

a) *Organische-peroxydenmarkt in de Gemeenschap*

37. Uitgaand van de verklaring van klaagster ECS, dat verzoeksters prijsgedrag ten

¹⁰ — PB 1986, L 230, blz. 1.

doel had, ECS te dwingen zich als concurrent van de organische-peroxydenmarkt terug te trekken, wordt in de beschikking de relevante produktenmarkt omschreven als de markt waarvan verzoekster op lange termijn ECS trachtte te verdrijven, namelijk de organische-peroxydenmarkt in zijn geheel (P 62¹¹). Daar verzoekster in meerdere Lid-Staten van de Gemeenschap organische peroxyden produceert en deze produkten in alle Lid-Staten levert, wordt in de beschikking het gehele gebied van de Gemeenschap als relevante geografische markt gedefinieerd (P 66).

38. Volgens verzoekster daarentegen kan de organische-peroxydenmarkt niet als de voor onderhavige procedure relevante markt worden beschouwd en vormt deze markt evenmin één enkele markt. De organische-peroxydenmarkt kan niet de relevante markt zijn, daar de bestreden beschikking zich bepaalt tot de vermeende onwettige gedraging van verzoekster bij de verkoop van meeladditieven. Bovendien heeft verweerster nagelaten de gebeurtenissen op de organische-peroxydenmarkt te onderzoeken en heeft zij evenmin de gevolgen onderzocht die op deze markt zouden zijn veroorzaakt door de gebeurtenissen die in de sector meeladditieven zijn vastgesteld; zij heeft niet de concurrentiestructuur op de organische-peroxydenmarkt en in het bijzonder de positie van ECS en de concurrerende ondernemingen op deze markt geanalyseerd.

39. Volgens verweerster is de relevante markt de organische-peroxydenmarkt, ook al bestond het voor het misbruik aangewende middel in de litigieuze maatregelen op de markt voor meeladditieven, daar het

de bedoeling was ECS te dwingen zich van de gehele organische-peroxydenmarkt als concurrent terug te trekken. Volgens de rechtspraak van het Hof is het voor de vaststelling van een misbruik niet noodzakelijk, dat er een causaal verband bestaat tussen de machtspositie en het misbruik daarvan. Het is niet zonder meer noodzakelijk, dat de onderneming met een machtspositie het door haar nagestreefde doel probeert te bereiken met behulp van de economische macht die zij op grond van haar machtspositie heeft.

40. Verweerster erkent, dat de meeladditievenmarkt minder gelukkig is aangeduid als „gespecialiseerde deelmarkt” (P 85) en dat „verwante markt” beter ware geweest. Kennelijk is benzoylperoxyde de basisstof voor een van de belangrijkste meeladditieven en bovendien wordt het op de polymeer- en plasticsmarkt als reactie-inleider gebruikt. De verbinding tussen de beide markten zou daarmee duidelijk zijn.

41. Verweerster heeft om te beginnen in zoverre gelijk, dat volgens de rechtspraak van het Hof — anders dan de woorden van artikel 86 EEG-Verdrag doen vermoeden — tussen de machtspositie en het misbruik ervan geen middel-doel-relatie behoeft te bestaan.¹² Artikel 86 vereist met name niet, dat de onderneming met de machtspositie voor de verwezenlijking van het misbruik haar economische macht inzet.¹³

12 — De noodzaak van een causaal verband tussen machtspositie en misbruik werd in de literatuur wel verlangd; vgl. Everling in: Wohlfahrt e. a., *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin/Frankfurt 1960, artikel 86, nr. 1 e. v.; Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante*, RTDE 1969, blz. 645, inz. blz. 682.

13 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Europe Emballage Corporation/Commissie, Jurispr. 1973, blz. 215, inz. blz. 246; arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, inz. blz. 540.

11 — P = punt van de motivering van de beschikking van 14 december 1985.

42. Wanneer de machtspositie enerzijds en het misbruik van deze positie anderzijds dus niet in direct verband met elkaar behoeven te staan, is daarmee evenwel nog niet gezegd, dat het bestaan van een machtspositie en het misbruik ervan zover van elkaar kunnen worden gescheiden, dat zij zich op verschillende relevante markten voordoet.¹⁴ Zou worden afgezien van de eenheid van de markt waarop de machtspositie bestaat en de markt die daardoor wordt getroffen, dan zou dit het toch al zwakke verband verbreken, dat hier nog tussen macht op de markt en misbruik bestaat.¹⁵ In casu kan tussen de beide markten evenwel nog een zeker verband worden vastgesteld, aangezien het ene relevante produkt, benzoylperoxyde, op beide markten wordt verkocht en twee van de betrokken producenten, AKZO en ECS, op beide markten met elkaar concurreren.

sche peroxyden (P 7 e. v.). Zij worden gebruikt voor het inleiden van de polymerisatie, het uitharden van elastomeren en harsen en het aanleggen van „cross-linking”.

45. In de polymerenindustrie zouden er geen, of althans geen gemakkelijk verkrijgbare, vervangingsprodukten voor organische peroxyden bestaan. Voor het aanleggen van „cross-linking” — ongeveer 10% van het gebruik — zouden evenwel zwavelprodukten als vervangingsprodukten kunnen worden aangewend.

46. In het hoofdstuk van de beschikking, dat de machtspositie en de relevante markt betreft, stelt verweerster dat de vraag niet is, of de ene organische peroxyde kan worden vervangen door de andere, maar of er zonder meer andere produkten zijn die organische peroxyden kunnen vervangen en die bijgevolg kunnen worden geacht tot dezelfde markt te behoren. Gelet op de betrekkelijk beperkte gebruikswijzen van de vervangingsprodukten achtte verweerster het evenwel niet noodzakelijk, ook de productie van zwavelmengsels in de omschrijving van de relevante markt op te nemen (P 65 e. v.).

43. Mocht men, overeenkomstig hetgeen door verweerster is gesteld, van mening zijn dat er geen identiteit behoeft te bestaan tussen de markt waarop de machtspositie bestaat, en de markt waarop het misbruik betrekking heeft, dan dient te worden onderzocht, of de organische-peroxydenmarkt moet worden beschouwd als de markt waarop verzoekster een machtspositie zou moeten hebben.

44. Onder het kopje „De produkten” beschrijft verweerster in de bestreden beschikking de gebruiksmogelijkheden van organi-

47. Verzoekster bestrijdt dat de organische-peroxydenmarkt als één enkele markt kan worden beschouwd. Er bestonden talrijke organische peroxyden die niet zonder meer onderling kunnen worden uitgewisseld. Juist deze uitwisselbaarheid was evenwel volgens de rechtspraak van het Hof een voorwaarde voor de omschrijving van de relevante markt.

14 — Een dergelijke constructie werd wel mogelijk geacht door advocaat-generaal VerLoren van Themaat in zijn conclusie in zaak 322/81, *Michelin*, *Jurispr.* 1983, blz. 3529, inz. blz. 3530. In zijn arrest van 9 november 1983 (*Jurispr.* 1983, blz. 3461, inz. blz. 3501 e. v.) is het Hof deze algemene opmerking blijkbaar niet gevolgd.

15 — Vgl. ter zake Koch in: *Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag*, artikel 86, nr. 34.

48. Verweerster brengt daartegen in, dat ongeveer 90% van de organische peroxyden nagenoeg niet met enig ander produkt concurreren. Het zou in strijd zijn met de economische realiteit om voor elke afzonderlijke organische peroxyde een afzonderlijke markt aan te nemen.

49. Zoals het Hof in zijn arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76 heeft overwogen, houdt de term relevante markt in, dat het tussen de van die markt deel uitmakende produkten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen meebrengt dat alle produkten die deel van eenzelfde markt uitmaken, elkander voor eenzelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren.¹⁶

50. Aan dit beginsel wordt geen recht gedaan in de beschikking, wanneer daarin wordt gesteld, dat de substitueerbaarheid van de organische peroxyden niet van belang is (P 64). Bovendien ontbreken verklaringen omtrent het assortiment produkten, de structuur van de vraag en de evolutie van de markt in de tijd.

51. De bewering in de beschikking, dat voor de onderhavige procedure de organische-peroxydenmarkt de relevante markt is, is dus onvoldoende gemotiveerd.¹⁷

16 — Jurispr. 1979, blz. 516, e. v.

17 — Bijgevolg behoeft ook niet meer te worden onderzocht, of verzoekster een machtspositie heeft op de organische-peroxydenmarkt. Opgemerkt zij evenwel dat ook hier de „bevindingen” van verweerster, die betrekking hebben op de ramingen van verzoekster, niet boven alle twijfel verheven zijn en bovendien slechts de periode 1979 tot en met 1982 betreffen.

b) De Brits-Ierse markt voor meeladditieven

52. Subsidiair gaat verweerster uit van de Brits-Ierse markt voor meeladditieven (P 91 e. v.). Deze vormde een afbakbare commerciële sector waarin de afnemers er de voorkeur aan gaven, het volledige produkt-aanbod van één leverancier te betrekken. Deze markt omvatte de op basis van benzoylperoxyde vervaardigde bleekmiddelen voor de behandeling van meel, produkten voor de verbetering van het bakproces zoals kaliumbromaat, schimmel-alpha-amylasen voor het rijzen van het deeg, alsook verrijkingsmiddelen zoals vitamines en gereduceerd ijzer. Het totale aanbod aan meeladditieven diende als één markt te worden aangemerkt.

53. Verzoekster is het met deze opvatting niet eens. Bij de afbakening van een markt had verweerster de verschillende afnemers, te weten de maalderijen en de producenten van bakadditieven, ten onrechte in een en dezelfde markt ondergebracht. Deze beide groepen klanten betrokken echter verschillende produkten, om verschillende redenen, en opereerden onder verschillende concurrentievoorwaarden.

54. De verschillende meeladditieven kunnen — aldus verzoekster — niet tot een en dezelfde markt worden gerekend, omdat ze elkaar aanvullen en de afnemers er de voorkeur aan geven, hun totale behoefte aan additieven bij een enkele leverancier af te nemen. De complementaire functie kan ook niet worden afgeleid uit het feit, dat alle additieven uiteindelijk bij de bakkers terechtkomen. Op dit concurrentieniveau is verzoekster niet als leverancier actief.

55. Met een beroep op het arrest in zaak 85/76 is verzoekster van mening, dat elk additief tot een afzonderlijke markt moet worden gerekend.

56. Daartegenover stelt verweerster, dat voor de eindgebruiker, de bakker, het gehele assortiment meeladditieven een bundel complementaire produkten vormt. Het door verzoekster gemaakte onderscheid tussen twee groepen afnemers, namelijk de maalderijen en de fabrikanten van bakkerij-additieven, is zuiver theoretisch, gezien hun economische en financiële verwevenheid. De complementaire functie van de afzonderlijke produkten uit een totaal assortiment bestaat ook, wanneer het technisch noch commercieel noodzakelijk is om alle produkten bij een en dezelfde leverancier te betrekken. Het is niet van belang, waarom de afnemer zich zo gedraagt, zolang maar aangetoond wordt dat de vraag betrekking heeft op de verschillende componenten van het volledige assortiment en de afnemer er de voorkeur aan geeft, deze te betrekken van een en dezelfde leverancier.

57. Bij het onderzoek van de vraag of de markt voor meeladditieven als relevante markt moet worden beschouwd dan wel of moet worden uitgegaan van een aantal afzonderlijke markten, dient om te beginnen een argument van verzoekster te worden verworpen: voor zover benzoylperoxyde of kaliumbromaat in verschillende concentraties of sterkten wordt geleverd, lijkt het niet opportuun, voor elke afzonderlijke concentratie een afzonderlijke markt aan te nemen. Daar de genoemde additieven in geringe hoeveelheden in het meel worden ingemengd, onderscheiden de verschillende concentraties van hetzelfde produkt zich slechts in die zin, dat bij hogere concentraties een geringere en bij lagere concentraties een

grotere hoeveelheid van het additief in de betrokken hoeveelheid meel moet worden ingemengd. Bij de verwerking leiden de verschillende concentraties dus enkel tot verschillende doseringen, zodat vanwege de omschakelingsmogelijkheden bij de vulinstallaties niet van verschillende markten voor de verschillende concentraties van het gelijke produkt kan worden uitgegaan.

58. Bijgevolg dient enkel nog te worden onderzocht, of benzoylperoxyde, kaliumbromaat, amylasen en vitaminemengsels telkens als afzonderlijke markt zijn te beschouwen. Het is stellig waar, dat de genoemde produkten chemisch en structureel verschillende produkten zijn, die met name ook niet onderling substituueerbaar zijn. In aansluiting op het arrest van het Hof van 13 februari 1979 in zaak 85/76¹⁸ zou de vraag of hier sprake is van verschillende relevante markten, bevestigend kunnen worden beantwoord.

59. Niettemin neig ik ertoe — zij het toch met enige aarzeling — om evenals verweerster één enkele markt voor meeladditieven als relevante markt te beschouwen. De omstandigheid dat alle of althans enige van deze produkten te zamen worden aangeboden, dat de vraag bijna altijd op meerdere van die produkten betrekking heeft, alsmede de omstandigheid dat de verschillende produkten soms in een mengsel worden aangeboden en verkocht, pleiten ervoor dat hierbij sprake is van een goederenassortiment dat een geheel vormt. Daar de afbakening van de relevante produktmarkt steeds dient te geschieden vanuit het standpunt van de afnemer¹⁹ en de vraag van de afnemers alle

18 — Reeds aangehaald, blz. 515 e. v.

19 — Vgl. ter zake Schröter in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, derde druk, Baden-Baden 1983, artikel 86, punt 31, met nadere verwijzingen.

genoemde produkten betreft, lijkt mij dit doorslaggevend. Hierbij ontken ik niet, dat de genoemde produkten niet onderling substitueerbaar zijn.

60. Bij deze omschrijving van de relevante markt wordt niet over het hoofd gezien, dat verzoekster terecht opmerkt, dat zich op de markt twee verschillende groepen afnemers bevinden, die gedeeltelijk verschillende produkten afnemen en die in verschillende handelsstadia opereren. Niettemin worden daardoor geen principieel andere concurrentievoorwaarden gecreëerd, daar de beide groepen, de maalterijen en de bakkerijen, in aanzienlijke mate zijn vervlochten.

61. Als relevante geografische markt dient het gebied van het Verenigd Koninkrijk en Ierland te worden aangemerkt. Dit zijn namelijk de enige Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen, die de toevoeging van bleekmiddelen voor de behandeling van meel toestaan, die de toevoeging van vitamineverrijkingsmiddelen voorschrijven en waarin een bakmethode wordt gebruikt, waarbij bleekmiddelen en dergelijke verbeteraars van het bakproces noodzakelijk zijn.

2. De machtspositie

62. Om verzoeksters machtspositie op de Brits-Ierse markt voor meeladditieven aan te tonen, verwijst verweerster om te beginnen naar het grote marktaandeel van verzoekster. AKZO zelf raamt haar marktaandeel bij bleekmiddelen voor 1982 in het Verenigd Koninkrijk op 52% tegenover een aandeel van ECS van 35% en van Diaflex van slechts 13% (P 18).

63. Daarnaast droegen nog andere „factoren die voornamelijk van belang zijn”, bij tot de creatie van een machtspositie (P 92):

- verzoekster was de enige leverancier van twee van de drie grootste afnemers van meel in het Verenigd Koninkrijk;

- er bestonden nauwe commerciële banden met Diaflex, waarvan verzoekster de prijzen kon beïnvloeden;

- het AKZO BV-concern beschikte over ruimere financiële middelen dan ECS en kon verliezen in de meeladditievensector compenseren in de plasticsector;

- verzoekster beschikte over een sterkere positie tegenover haar leveranciers dan ECS en kon aan inlichtingen over andere producenten geraken;

- verzoekster bood een breed assortiment meeladditieven aan en beschikte over een sterke positie bij produkten met een hoge winstmarge;

- voor 1980 was verzoekster prijsleidster op de meeladditievenmarkt in het Verenigd Koninkrijk;

- verzoekster zelf had verklaard, dat zij in staat was de prijzen te controleren.

a) Verzoeksters marktaandeel

64. Verzoekster bestrijdt de haar door verweerster toegeschreven marktaandelen en legt gegevens over, volgens welke ECS een groter marktaandeel heeft dan zichzelf.²⁰ Ging men enkel uit van de produkten ten aanzien waarvan zij daadwerkelijk concurreert met Diaflex en ECS, dat wil zeggen benzooylperoxyde, kaliumbromaat en vitamienemengsels, dan moest ook bij haar tussen 1979 en 1984 een daling in de verkoopprijzen worden vastgesteld, namelijk van 393 000 UKL naar 301 000 UKL. Ten slotte was het onjuist om ECS als een kleine concurrent voor te stellen, daar zij zelf beweerde dat zij een marktaandeel van 40% had.

65. Verder heeft verzoekster kritiek op de omstandigheid, dat verweerster slechts de drie grote leveranciers in aanmerking heeft genomen, doch niet een aantal andere ondernemingen die afzonderlijke meeladditieven aanbieden.

66. Verweerster houdt vast aan haar voorstelling van zaken. Volgens haar dient te worden uitgegaan van de totale leveringen van verzoekster op de betrokken markt, daar het bij de afnemers gemaakte onderscheid tussen maalterijen en fabrikanten van additieven vanwege de structurele verwevenheid tussen deze slechts theoretisch was. Bovendien mocht geen rekening worden gehouden met de fabrikanten van een afzonderlijk produkt, daar hun aanwezigheid op de markt het commerciële beleid van de leveranciers van het totale assortiment niet merkbaar beïnvloedde.

²⁰ — AKZO: 34%, ECS: 53%, Diaflex: 13% in verkochte tonnen in 1982.

67. Met betrekking tot het meningsverschil omtrent de betrokken marktaandelen dient om te beginnen te worden opgemerkt, dat de correcte taxatie van het marktaandeel van bijzonder belang is voor het antwoord op de vraag, of de betrokken onderneming een machtspositie inneemt. Het marktaandeel is evenwel niet de enige factor aan de hand waarvan dient te worden bepaald of er sprake is van een machtspositie. Een machtspositie kan namelijk voortvloeien uit een combinatie van verschillende factoren, die op zichzelf beschouwd niet beslissend behoeven te zijn; een groot marktaandeel is evenwel een zeer kenmerkende factor.²¹

68. In punt 18 van de beschikking wordt ten bewijze van verzoeksters marktaandeel op de Brits-Ierse markt voor meeladditieven te rade gegaan met een *raming* van verzoekster betreffende het jaar 1982, die de afzet van *bleekmiddelen* in het *Verenigd Koninkrijk* betrof en volgens welke verzoeksters aandeel 52% bedroeg en de aandelen van ECS en Diaflex 35% en 13% bedroegen.

69. Verweersters bewering, dat verzoekster de grootste leverancier van meeladditieven in het Verenigd Koninkrijk en Ierland is — aanvullend zou moeten worden gezegd: gedurende de betrokken periode (eind 1979 en van eind 1980 tot 1985) — is dus gebaseerd op een *raming* van verzoekster die enkel het jaar 1982, slechts een categorie produkten, te weten bleekmiddelen, en enkel het Verenigd Koninkrijk betreft. Gegevens omtrent marktaandelen in andere jaren, betreffende andere produkten of zelfs betreffende de rest van de relevante geografische markt zijn in de beschikking niet te vinden.

²¹ — Vgl. het arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 520.

Dit staat gedeeltelijk in tegenstelling tot de betrokken passage in de mededeling van de punten van bezwaar, waarin ten minste nog wordt toegevoegd, dat verzoeksters aandeel bij de leveranties van kaliumbromaat in het Verenigd Koninkrijk volgens de Commissie *van dezelfde orde* zijn („is considered by the Commission to be of a similar order”).

70. Reeds in haar opmerkingen betreffende de punten van bezwaar heeft verzoekster erop gewezen, dat het bij een misbruik dat een aantal jaren zou hebben geduurd, niet volstaat om enkel een momentopname („snapshot”) van de betrokken markt te geven. In antwoord hierop heeft verweerster in haar aanvullende mededeling van de punten van bezwaar, evenals reeds in de punten van bezwaar zelf, gewezen op een bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar, waaruit de betrokken marktaandelen zouden blijken.

71. Verweersters beweringen worden niet door het genoemde document gestaafd. De daarin genoemde marktaandelen bij de levering van benzoylperoxyde aan de maalderijen in het Verenigd Koninkrijk betreffen weliswaar de jaren 1979 en 1982 — de gegevens zijn dus uitvoeriger dan in de beschikking — en laten voor verzoekster een marktaandeel van 46,7%, voor ECS van 34,8% en voor Diaflex van 18,5% zien. Zoals reeds eerder gezegd, zijn hier enkel de marktaandelen van de drie voornaamste leveranciers in aanmerking genomen; de relatieve sterkte van de overige marktdeelnemers²² is onbekend. Bovendien is niets ge-

zegd omtrent de marktaandelen bij de levering van kaliumbromaat, amylasen of vitamienmengsels. En ten slotte wordt in dit document in het geheel niets gezegd over de periode na 1982. Evenmin wordt het Ierse marktaandeel ter sprake gebracht.

72. Verweersters voorstelling van zaken, die slechts een deel van de produkten, een deel van de leveranciers, een deel van de relevante geografische markt en slechts een deel van de betrokken periode betreft, is dus niet van dien aard dat zij een betrouwbaar beeld van de marktaandelen geeft. En marge is bij de beoordeling van deze bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar nog het volgende op te merken: ter terechtzitting werd verweerster om commentaar verzocht met betrekking tot de verschillende berekeningen van de marktaandelen die partijen hadden overgelegd. Verweerster antwoordde daarop, dat het onderscheid een gevolg was van het feit dat verzoekster gegevens over de verkopen in tonnen had verstrekt, terwijl de berekening van verweerster op de waarde van de verkopen was gebaseerd.

73. Deze bewering is evenwel onjuist. Bij haar raming van het marktaandeel is verweerster uitgegaan van de bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar. Hierin worden de marktaandelen evenwel in „MT”²³ aangegeven, hetgeen ik niet anders kan lezen dan als „metric tons”. Verweersters gegevens zijn dus eveneens op verkopen in tonnen gebaseerd.²³

22 — Daarmee is evenwel nog niets gezegd omtrent de juiste berekeningsmethode. Juist wanneer het geschil de biljijke prijs betreft, zou een berekening op basis van het volume beter kunnen zijn. Dan zouden de verschillende produkten evenwel naar hun waarde aan elkaar moeten worden gerefereerd.

22 — Zoals bij voorbeeld de leveranciers van slechts één produkt.

74. In een tabel die verweerster bij de aanvullende mededeling van de punten van bezwaar heeft gevoegd, worden evenwel — berekend naar waarde — de verkopen van meeladditieven zowel in Groot-Brittannië en Ierland, als mondiaal aangegeven. Daar deze gegevens zich evenwel tot de ondernemingen AKZO en ECS beperken en de tabel noch de onderneming Diaflex vermeldt noch de leveranciers die geen ruim assortiment aanbieden, kan deze tabel niet informatief worden geacht. Overigens wordt zij in de beschikking niet in aanmerking genomen.

75. Als tussenresultaat dient dus te worden vastgesteld, dat verweerster geen concludente gegevens betreffende verzoeksters marktaandeel in de sector meeladditieven in het Verenigd Koninkrijk en Ierland heeft verstrekt, en zulks noch in de beschikking zelf, noch tijdens de daaraan voorafgaande administratieve procedure. Uit verweersters gegevens is zelfs niet op te maken, of verzoekster ten minste op de deelmarkt van benzoylperoxyde een marktaandeel van min of meer 50% heeft.

b) De verdere aanwijzingen voor een machtspositie

76. De verdere aanwijzingen, door verzoekster aangeduid als „factoren die voornamelijk van belang zijn” (P 92), zal ik behandelen in de volgorde waarin zij in de beschikking zijn genoemd.

77. Onder punt 92, *sub i* stelt verweerster, dat AKZO UK de enige leverancier is van twee van de drie grootste meelproducenten in het Verenigd Koninkrijk.

78. Verzoekster bestrijdt dit en merkt terecht op, dat deze bevinding in tegenspraak is met punt 20 van de beschikking. Verweerster heeft dit erkend. Deze factor vervalt dus als aanwijzing voor een machtspositie.

79. In punt 92, *sub ii* vermeldt verweerster de nauwe banden met Diaflex en de invloed van AKZO UK op de prijzen van die onderneming. Verzoekster bestrijdt dit verwijt. Zij zou geen nauwe banden met Diaflex onderhouden, op grond waarvan zij invloed kan uitoefenen op de prijzen. Diaflex kon zich voor haar voorprodukten te allen tijde tot andere leveranciers wenden. Overigens had Diaflex verzoekster een aantal maalderijen als klant afgenomen. Verweerster acht het van minder belang of er een direct bewijs bestaat voor een soort „Diaflex-connection”. Ofschoon zij niet over directe bewijzen beschikte, waren er „serieuze aanwijzingen”, dat Diaflex geen echte concurrent voor verzoekster was geweest.

80. Deze „serieuze aanwijzingen”, die verweerster bij de mededeling van de punten van bezwaar heeft gevoegd, dienen thans afzonderlijk te worden onderzocht.

81. Een met de hand geschreven aantekening, die de datum 20 juli 1979 vermeldt, zou het bewijs zijn voor een onderling afgestemde prijsverhoging voor leveringen aan Spillers en Ranks.

82. Tijdens de administratieve procedure heeft verzoekster aangetoond, dat de aantekening een ontmoeting met een zekere heer

82. Easter (Diaflex) diende voor te bereiden, die in het kader van de commerciële betrekkingen tussen AKZO en Diaflex als koper en afnemer heeft plaatsgevonden. Zij had geen betrekking op de wederzijdse concurrentieverhouding.

83. De met de hand geschreven aantekening, waaruit zelfs niet is op te maken door wie zij is opgesteld, bevat inderdaad bepaalde cijfers en berekeningen. Zij vermeldt ook percentages, die als afkortingen voor de produkten benzoylperoxyde 16% en kaliumbromaat 10% kunnen worden gezien. Verder kan daaruit niets worden afgeleid, daar zij geen nadere begrijpelijke verklaringen bevat.

84. Wel merkt verweerster op, dat in deze aantekening enige prijsverhogingen zijn genoemd, die dan vervolgens op 1 juli 1979 van kracht zijn geworden. Bovendien zou Diaflex nooit kaliumbromaat van verzoekster hebben afgenomen.

85. Aangenomen dat de aantekening inderdaad uit 1979 stamt, dient te worden opgemerkt, dat inderdaad bij twee van de zes rekenvoorbeelden prijzen opduiken, die door verzoekster vanaf 1979 werden toegepast, te weten 556 UKL voor benzoylperoxyde (16%) en 373 UKL voor kaliumbromaat (10%). Bij de andere rekenvoorbeelden kan ik een desbetreffende overeenstemming niet vaststellen. In het bijzonder wijken de prijzen die door Diaflex zouden moeten worden toegepast, voor zover zij leesbaar zijn, enigszins af van de later daadwerkelijk toegepaste prijzen.

86. Anderzijds lijkt ook de door verzoekster gegeven verklaring niet geheel plausibel; in het bijzonder kunnen de „discount price” genoemde prijzen van 374 UKL voor kaliumbromaat (10%) waarschijnlijk niet als verkoopprijzen aan Diaflex worden uitgelegd, daar de prijzen van Diaflex in juli 1979 voor dit produkt tussen 371 en 375 UKL lagen.

87. Uit deze aantekening kan ik niet opmaken of het om een onderling afgestemde prijsverhoging dan wel enkel om een informatie-uitwisseling gaat. Evenmin kan daaruit worden afgeleid, dat juist voor de afnemers Ranks en Spillers²⁴ een onderling afgestemde prijsverhoging was gepland.

88. Daar verweerster het door haar gestelde moet bewijzen, dienen onduidelijkheden in haar nadeel uit te vallen. In de aantekening komen evenwel nogal wat onduidelijkheden voor, zodat het niet als bewijs voor een onderling afgestemde prijsverhoging ten opzichte van Ranks en Spillers kan worden beschouwd.

89. In een andere met de hand geschreven aantekening van 4 november 1982 zou de zin voorkomen: „KRD will contact and have him move up”. Daar partijen het erover eens zijn, dat dit de inhoud van de zin is, zal ik haar accepteren. Ontcijferen kan ik de betrokken regel van de aantekening evenwel niet.

90. Verweerster legt deze uitdrukking aldus uit, dat een zekere heer Dines (medewerker van verzoekster) contact diende op te ne-

24 — Misschien dient „Sippl.” als afkorting te worden gelezen voor „Spillers”. Op dit punt ontbreekt evenwel een verklaring van verweerster.

men met Diaflex om deze onderneming tot een prijsverhoging te bewegen.

Diaflex zou nummer 3 zijn. De marktsituatie wordt in wezen beschreven als volgt:

91. Verzoekster heeft ook deze verklaring bestreden en heeft reeds tijdens de administratieve procedure een andere verklaring gegeven. Daar Diaflex verzoekster voor leveringen slechts traag betaalde, wilde deze laatste haar prijzen verhogen. Als gevolg daarvan zou Diaflex bij de wederverkoop van het produkt op haar beurt haar prijzen hebben moeten verhogen.

„1 & 2 have quarrelled and are fighting a price war over C. We are in danger of losing our business with C. If we lower our price we make nothing and could perhaps lose B (...)

We can talk with 2 if necessary.”

92. Daar de betrokken passage op beide manieren kan worden uitgelegd, moet ik ook hier vaststellen, dat verweerster haar stelling niet onweerlegbaar heeft bewezen.

Zelfs wanneer men verweersters opvatting juist acht, dat met nummer 2 verzoekster bedoeld is, volgt mijns inziens daaruit niet dwingend, dat uit de mogelijkheid van een gesprek met nummer 2 direct tot een onderlinge afstemming tussen de beide betrokkenen kan worden geconcludeerd.

93. Uit een briefwisseling tussen Diaflex en een van haar consultants zou volgens verweerster blijken, dat er een ongeschreven wet bestaat, in die voege dat Diaflex verzoekster geen klanten zal afnemen. Verzoekster bestrijdt dit met de opmerking, dat zij niet voor constatering van derden verantwoordelijk kan worden gesteld. In elk geval zou uit de toon van deze „bizarre correspondentie” blijken, dat zij niet ernstig genomen zou mogen worden.

95. In een brief van de consultant aan Diaflex komt de volgende passage voor:

„If as I understand the situation correctly, there's some unwritten law that you will not deliberately go out and take the business from AKZO, then you will have to be quite happy to take the business from Engineer and Chemical Supplies.”

In een notitie van Diaflex aan haar consultant komt de volgende zin voor:

94. In de brief van 25 januari 1980 van Diaflex aan haar consultant, waaruit de mogelijkheid van een onderling afgestemde gedraging tussen Diaflex en AKZO zou kunnen worden afgeleid, worden de vier grote afnemers als A, B, C en D aangeduid en de drie leveranciers als nummers 1, 2 en 3;

„I am particularly interested in gaining business at the expense of ECS.”

Ook deze beide stukken kan ik niet als bewijs voor verweersters stelling aanvaarden.

Wat de ongeschreven wet betreft, dat Diaflex in elk geval niet opzettelijk in verzoeksters klantenkring zou mogen binnendringen, zij opgemerkt, dat het om een nogal voorzichtig uitgedrukte mening van een consultant van Diaflex gaat. In hoeverre hij inzicht had in de betrekkingen tussen Diaflex en verzoekster, is daarmee niet beslist. Ook de opmerking van Diaflex, dat zij meer handel wilde op kosten van ECS, kan zeer wel op een eigen voornemen berusten, waarvoor in elk geval geen onderlinge afstemming met verzoekster nodig is.

96. Wanneer verweerster ten slotte betoogt, dat uit een andere met de hand geschreven aantekening van verzoekster kan worden afgeleid, dat Diaflex verzoekster heeft geraadpleegd om uit te vinden, hoe zij op een prijs offerte van ECS zou reageren, dient ook hier te worden vastgesteld, dat deze aantekening enkel bewijst dat een gesprek heeft plaatsgevonden, waarin de prijzen van ECS ter sprake zijn gebracht en de desbetreffende reactie besproken werd. Wie evenwel wie om een voorstel voor het toekomstige gedrag heeft verzocht, blijkt evenwel niet uit deze aantekening. Dat Diaflex AKZO zou hebben geraadpleegd, kan met dit document dan ook niet worden aangetoond.

97. In antwoord op verzoeksters verklaring dat zij na de vaststelling van de voorlopige maatregel klanten aan Diaflex heeft verloren, stelt verweerster, dat dit een gevolg was van de ontevredenheid van deze klanten en niets met de prijzen van doen had. Overigens was dit met goedvinden van verzoekster gebeurd, die Diaflex de grondstoffen had geleverd opdat zij de nieuwe opdrachten kon nakomen.

98. Verweerster bestrijdt dus niet dat verzoekster klanten aan Diaflex heeft verloren. Zij levert evenwel geen direct bewijs voor de omstandigheid dat dit met goedvinden van verzoekster is gebeurd. De verwijzing naar de levering van grondstoffen is evenmin van bijzonder belang, daar de grondstoffen, zoals verzoekster terecht heeft verklaard, ook van andere leveranciers konden worden betrokken.

99. Als tussenresultaat dient hier te worden opgemerkt, dat de nauwe commerciële banden van verzoekster met Diaflex en de invloed daarvan op de prijzen van deze onderneming door verweerster niet zijn aangetoond.

100. In punt 92, *sub iii* noemt verweerster als verdere aanwijzing voor een machtspositie de structuur van het AKZO BV-concern, dat over ruimere financiële middelen beschikte dan ECS en verliezen in de meeladditievensector kon compenseren in de plastics- en elastomerensector.

101. Verzoekster bestrijdt niet, dat zij over ruimere financiële middelen beschikt dan ECS. Deze omstandigheid leverde haar evenwel geen bijkomend voordeel op, daar zij met uitzondering van het jaar 1981 geen verlies had geleden op de markt voor meeladditieven. Dit werd door een rapport van een onafhankelijke accountant bevestigd.

102. Afgezien van financiële overschrijvingen die bestemd waren voor bedrijfsluitingen in het kader van rationaliseringsmaatregelen, waren er gedurende de betrokken pe-

riode geen middelen overgeschreven van het AKZO-concern naar AKZO UK om bedrijfsverliezen te compenseren.

103. Verweerster brengt daartegen in, dat op grond van bij verzoekster aangetroffen stukken kan worden aangetoond, dat het bedrijfsresultaat van de meeladditievensector in de jaren 1980 en 1981 negatief was. De zogenaamd betere situatie in de jaren 1982 en 1983 was in ruime mate het resultaat van „boekhoudkundige creativiteit”. De overschrijving bestond hierin, dat het produkt lucidol (waaruit benzoylperoxyde wordt vervaardigd) tegen een kunstmatig lage prijs van de plastics- en elastomerensector werd overgeschreven naar de meeladditievensector.

104. Onder voorbehoud van hetgeen hiervoor onder B I 3 omtrent de kostenstructuur is verklaard, blijkt uit de beoordeling van de door verweerster overgelegde bewijsstukken het navolgende.

Deze stukken, die de jaren 1980 tot en met 1983 betreffen, tonen om te beginnen aan, dat verzoekster zelf met de bedrijfsresultaten van de meeladditievensector niet tevreden was. Verder is aangetoond, dat vanaf 1982 de grondstof lucidol inderdaad niet meer tegen de volle, doch enkel nog tegen de marginale kosten werd geleverd. Desondanks zou het bedrijfsresultaat van AKZO UK over 1982 in deze sector nog positief zijn uitgevallen, wanneer naast de variabele ook de vaste kosten waren gehanteerd. Wel was het bedrijfsresultaat dan van 148 172 UKL gedaald tot 98 454 UKL.

105. Het in 1980 opgetreden verlies is grotendeels veroorzaakt door een levering aan Saoedi-Arabië, dus buiten de hier relevante markt, dat evenwel nog niet door de latere bijzondere prijs voor lucidol werd gecompenseerd.

106. Wat evenwel de bewijskracht van de stukken waarvan hier wordt uitgegaan, aanzienlijk ontkracht, is de omstandigheid dat zij voornamelijk betrekking hebben op benzoylperoxyde en de andere meeladdities, met name kaliumbromaat en vitaminen, slechts sporadisch vermelden. Zij geven dus geen volledig overzicht over de bedrijfsresultaten van de gehele meeladditievensector. Bovendien bevatten verschillende tabellen uiteenlopende gegevens, zonder dat daarin wordt verklaard of zelfs wordt meegegeeld, in welke maateenheid de cijfers zijn weergegeven.

107. Ondanks deze kritiek moet evenwel worden toegegeven, dat verweersters verwijten aan verzoekster tijdens de gerechtelijke procedure verder gaan dan de betrokken paragraaf van de beschikking. Daarin wordt enkel gezegd, dat het AKZO BV-concern over ruimere financiële middelen beschikt en verliezen kan compenseren. Dat zij zulks kan, behoeft niet te worden betwijfeld.

108. In punt 92, *sub iv* van de beschikking wordt de bevoorrechte positie van verzoekster ten opzichte van haar leveranciers beschreven. Daar verzoekster ter zake niet uitdrukkelijk commentaar heeft geleverd, moet worden aangenomen, dat het hier gestelde opgaat.

109. In punt 92, *sub v* vermeldt de beschikking verzoeksters brede aanbod in de meel-additievensector, met inbegrip van een sterke marktpositie bij produkten met een hoge winstmarge zoals amy-lasen, in vergelijking met ECS.

110. Het hier gestelde bestrijdt verzoekster niet, doch zij acht het niet ter zake dienend. Bij de produkten die zij wel levert en ECS niet, is zij niet de enige leverancier op de markt. Met name amy-lasen worden door andere fabrikanten aangeboden, waarmee zij moet concurreren. Dit verschaft haar geen concurrentievoorsprong op ECS. Bovendien is het volgens haar merkwaardig, dat ECS met een geringer assortiment in zeer korte tijd een aanzienlijk marktaandeel heeft kunnen zeker stellen.

111. Verweerster verwijst naar haar betoog, volgens hetwelk de leveranciers van slechts een enkel produkt niet mede in aanmerking behoeften te worden genomen. Het aanbod van een breed assortiment verleende verzoekster macht, in die zin dat zij eerder een niet door concurrentievoorwaarden bepaalde prijspolitiek kan voeren. In het bijzonder stelde haar sterke positie in de amy-lasensector met zijn hoge winstmarges haar in staat, de lage prijzen van benzoylperoxyde, kaliumbromaat en vitaminen te subsidiëren.

112. Zoals reeds hiervoor is uiteengezet, is het niet juist, de leveranciers van slechts een enkel produkt buiten beschouwing te laten. Hierdoor wordt de beschrijving van de marktsituatie namelijk willekeurig ingeperkt. Een dergelijke handelwijze is ook in zekere mate in tegenspraak met het feit, dat bij ver-

zoekster ook werd rekening gehouden met de produkten ten aanzien waarvan zij niet met de beide andere voornaamste leveranciers concurreert. Waarom bijvoorbeeld leveranciers die vier, drie of twee produkten aanbieden wel bij de afbakening van de markt in aanmerking werden genomen, doch leveranciers die slechts één produkt aanbieden niet, werd niet voldoende verklaard.

113. Bovendien werd in de beschikking niet aangegeven, om welke hoeveelheden het ging in de amy-lasensector met zijn hoge winstmarges en welk belang deze voor de markt hadden, zodat niet kan worden beoordeeld, in hoeverre door deze sector de verkopen van andere produkten konden worden gesubsidieerd.

114. In punt 92, *sub vi en vii* wordt de historische rol van verzoekster als prijsleidster op de meeladditievenmarkt in het Verenigd Koninkrijk vóór 1980 beschreven en wordt verder verklaard, hoe zij zelf heeft toegegeven, dat zij de prijzen kan controleren. Bovendien zou zij er in zijn geslaagd, het prijsniveau te verlagen en laag te houden.

115. Verzoekster ontkent dat zij dit heeft toegegeven, en wijst erop dat zij haar prijzen wel moest verlagen om haar eigen afnemers te kunnen behouden.

116. Verweerster brengt daartegen in, dat uit de geheime aantekening van 7 december 1979 volgt, dat verzoekster zich in staat achtte, een agressieve prijspolitiek te voeren

(„take aggressive commercial action”). Overigens bleek het feit dat zij de prijzen kon controleren uit de omstandigheid, dat zij vóór 1980 de rol van prijsleidster op de meeladditievenmarkt had gespeeld.

117. Deze rol van prijsleidster moge opgaan vóór de periode voor 1980, toch mag niet worden vergeten, dat juist in die periode ECS als producent in de genoemde markt binnendrong en zich een aandeel van circa 40% kon verzekeren. Dit ontkracht de aanwijzing dat een machtspositie, zo deze vóór 1980 bestond, in de latere jaren nog zou hebben moeten bestaan. Overigens geloof ik niet, dat de op het prijsleiderschap gebaseerde aanwijzing hier in enig opzicht van belang is, daar zij de periode vóór 1980 betreft, dat wil zeggen een periode die in de beschikking niet aan de orde is.

118. Mocht men uit de inhoud van de gehele aantekening van 7 december 1979 — verweerster verwijst niet naar een bepaalde plaats — verzoeksters opvatting willen afleiden, dat zij de prijzen bepalen kon, dan wordt deze mening, zo zij deze al toegedaan was, weerlegd door hetgeen later is gebeurd: toen verzoekster begin 1980 haar prijzen voor benzoylperoxyde en kaliumbromaat probeerde te verhogen, doch ECS deze prijsverhoging niet volgde, kon verweerster deze verhoging niet realiseren bij haar vaste klanten Ranks en Spillers, daar zij offertes van ECS hadden ontvangen die op het vroegere, toch al lage prijsniveau van ECS lagen. Om haar vaste klanten te behouden, moest verzoekster haar prijzen dus

verlagen, en wel tot een niveau dat nog onder de prijzen lag die zij vóór de voorgenomen prijsverhoging had toegepast.

119. Verweersters betoog is dus geen voldoende basis voor haar in punt 92, *sub vi* en *vii* aangevoerde aanwijzingen voor het vermeende prijsleiderschap.

120. Als tussenresultaat dient derhalve te worden geconstateerd, dat in de bestreden beschikking verzoeksters marktaandeel niet ondubbelzinnig wordt vastgesteld. Dit gebrek wordt ook niet goed gemaakt door de vaststellingen betreffende de andere „factoren die voornamelijk” van belang zijn. Van de in punt 92 van de beschikking genoemde aanwijzingen zijn er slechts twee als relevant aan te merken, namelijk de *sub iii* en *iv* genoemde: de ruimere financiële middelen en de bevoorrechte positie ten opzichte van leveranciers.

121. Deze aanwijzingen zijn evenwel geen voldoende basis om te aanvaarden, dat door de beschikking een machtspositie van verzoekster op de Brits-Ierse markt voor meeladditieven is aangetoond.

122. Dit resultaat kan door twee nadere opmerkingen worden gestaafd: de leveranciers van meeladditieven houden zich voornamelijk bezig met het mengen van actieve stoffen in vulstoffen. Dit vereist geen bijzondere kennis en ook geen belangrijke investeringen. Bijgevolg moet verzoekster worden gelijk gegeven, wanneer zij stelt dat de toegang tot deze markt niet buitensporig moei-

lijk is. Het succes van ECS in de periode voor 1980 bewijst dit.

123. Naast de aanbodzijde dient evenwel ook de structuur van de vraagzijde in aanmerking te worden genomen. Zoals uit punt 19 van de beschikking kan worden opgemaakt, komen ongeveer 85% van de Britse bleekmiddelverkoop voor rekening van de drie belangrijkste maalderijgroepen Ranks, Spillers en Allied Mills. Is de vraag in een gering aantal handen geconcentreerd, dan kan zelfs een aanbieder met een aanzienlijk marktaandeel zich evenwel vaak niet meer onafhankelijk gedragen ten opzichte van zijn afnemers.²⁵ De betrokken onderneming beschikt derhalve niet over de marktpositie „die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen”, zoals het Hof juist als voorwaarde stelt voor een machtspositie.²⁶

3. Conclusie

124. Daar verweerster in haar beschikking niet ondubbelzinnig heeft aangetoond dat verzoekster een machtspositie bezit, kan ik het Hof slechts voorstellen, het beroep gegrond te verklaren en de bestreden beschikking nietig te verklaren.

25 — Vgl. ter zake Schröter, op. cit., punt 22.

26 — Vgl. het arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 520; arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, reeds aangehaald, blz. 3503.

125. Enkel voor het geval het Hof mijn opvatting niet mocht delen, zal ik thans in een aanvullende juridische beoordeling op de overige geschilpunten van deze procedure ingaan.

C — Aanvullende beoordeling rechtens

I — Verzoeksters misbruik

126. Mocht het Hof een andere mening zijn toegedaan dan ik hier heb verdedigd, en vaststellen dat verzoekster op een van de genoemde markten een machtspositie bezat, dan zal verder moeten worden onderzocht, of verzoekster deze machtspositie heeft misbruikt. Bij dit onderzoek staan twee feitencomplexen op de voorgrond, namelijk in de eerste plaats de beide gesprekken van november en december 1979 en in de tweede plaats de vanaf eind 1980 gevoerde prijspolitiek.

1. Verzoeksters vermeend voornemen

127. In punt 82, sub i van de beschikking wordt als bijzonder aspect, dat misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag zou opleveren, vermeld, dat verzoekster tijdens twee vergaderingen eind 1979 rechtstreekse dreigementen jegens ECS zou hebben geuit. Nadere bijzonderheden daaromtrent worden in de punten 32 en volgende gegeven, terwijl verzoeksters tegenargumenten in de punten 42 en volgende worden verworpen.

128. Verzoekster is van mening, dat over de inhoud van beide gesprekken van 16 november en 3 december 1979 geen ondubbelzinnige duidelijkheid heerst. Overigens zouden deze in verband met de vroeger bestaande commerciële betrekkingen met ECS moeten worden gezien. Verweerster daarentegen blijft bij haar opvatting. Zij verwijst naar de inhoud van aantekeningen omtrent deze gesprekken.

129. Dit bewijsmateriaal kan slechts worden beoordeeld, voor zover het aan het Hof is voorgelegd.

130. In een aantekening van ECS van 23 november 1979 wordt uiteengezet, dat een zekere heer Dines (Senior Sales Manager van de plastics- en elastomergroep van AKZO Chemie UK) heeft verklaard, dat hij op instructie van AKZO-Nederland ECS had meegedeeld dat er een algemene prijsverlaging zou plaatsvinden bij de produkten die AKZO en ECS voor de meeladditieven- en plasticsindustrie vervaardigden, indien ECS zich niet uit de plasticssector zou terugtrekken. Desnoods zou men onder de kostprijs verkopen. In haar antwoord verwees ECS naar de omstandigheid, dat AKZO sedert 1974 geen dividend meer had uitbetaald.

131. Uit een aantekening van ECS' verkoopagent, die eveneens aan het gesprek had deelgenomen, kan worden afgeleid, dat het betrokken dreigement op last van het Nederlands ondernemingsbestuur is geuit. Hij is evenwel van mening dat het om loze dreigementen ging, daar verzoekster vroeger zelf had gezegd, dat de meeladditievensector geen winst opleverde. Hij geloofde niet, dat verzoekster een prijzenoorlog zou ontketenen.

132. Dezelfde verkoopagent deelt omtrent de tweede vergadering van 3 december 1972 mee, dat een zekere heer David (AKZO Holland Sales Director) op ECS' verzoek om de vroegere dreigementen te herhalen, heeft verklaard dat hij een onaangename actie voor ECS kon beginnen. Hij was niet bereid, de vroegere vriendschappelijke betrekkingen te laten voortbestaan. De heer Dines verlangde dat ECS zich uit de plasticssector zou terugtrekken; het was echter niet zijn doel, ECS uit de meeladditievenmarkt te verdringen. Zij (AKZO) zou op de meeladditievenmarkt agressiever optreden en desnoods onder de kosten verkopen.

133. Uit een aantekening van ECS van 4 december 1979 omtrent de vergadering van 3 december kan het volgende worden opgemaakt: om te beginnen ontkende verzoekster, dat zij in november 1979 dreigementen had geuit. ECS moest haar verklaringen verkeerd hebben begrepen. ECS bleef echter de indruk behouden, dat het vroegere dreigement bleef gelden, indien ECS zich niet uit de plasticsmarkt zou terugtrekken. Deze indruk wordt bevestigd door de aantekeningen van de bank van ECS.

134. De gesprekken worden op wezenlijke punten anders weergegeven in een beëdigde verklaring van Dines voor de High Court. Onder punt 8 van zijn verklaring gaat hij eerst in op de voorgeschiedenis. In het verleden had verzoekster ECS benzoylperoxyde geleverd, wanneer de productiecapaciteit van ECS niet voldoende was. Deze zogenoemde steunleveringen vonden plaats tegen prijzen die ongeveer 20% onder de prijzen lagen, die de eindafnemers in rekening werden gebracht. Anderzijds leverde ECS vitamines aan verzoekster, die verzoekster niet meer zelf vervaardigde. Boven-

dien had men overwogen, van ECS een bepaalde vorm van benzoylperoxyde te kopen om op de plasticsmarkt in te zetten.

135. Vanaf midden 1979 had men vastgesteld, dat ECS verzoeksters afnemers in de plasticsindustrie offertes had gedaan, die aanzienlijk onder verzoeksters prijzen lagen. Daarop had verzoekster besloten, een energieke verkooppolitiek te voeren en de vroeger bestaande samenwerking met ECS te beëindigen. Met name de steunleveringen zouden worden gestaakt, daar deze voor ECS capaciteitsreserves creëerden, die deze kon gebruiken om verzoekster zowel in de meeladditievensector als in de plasticssector te beconcurreren met discount-prijzen. Verzoekster had de indruk, dat zij een door ECS tegen haar gevoerde prijzenoorlog subsidieerde.

136. Het gesprek van november 1979 had ten doel, ECS over de zojuist beschreven beslissing te informeren. De aantekeningen die ECS omtrent het gesprek heeft gemaakt, zouden het besprokene slechts vervormd weergeven.

137. ECS stelde de vraag, of verzoekster haar plan zou wijzigen, indien ECS de plasticssector zou verlaten. Hij (Dines) antwoordde, dat hij zulks aannam. Eveneens had ECS en niet hij het vraagstuk van de prijsverlagingen aan de orde gesteld en had zij verklaard, dat indien verzoekster haar prijzen verlaagde, ECS haar eigen prijzen verder moest verlagen. Daarop had hij (Dines) opgemerkt, dat dit voor verzoekster aanleiding kon zijn om onder de kostprijs te gaan en, zo nodig, verlies te incasseren.

Deze punten had hij evenwel voor de ontmoeting niet diepgaand doordacht. Verder had hij verklaard, dat verzoekster eventueel een verlies tot 250 000 UKL kon incasseren. Er was evenwel geen sprake van een reeds van te voren vastgelegde politiek van verzoekster.

138. In verband met de vergadering van 3 december 1979 laat Dines zich uit omtrent een beëdigde verklaring die de heer Sullivan (directeur en hoofdeigenaar van ECS) had afgegeven, die echter niet voorkomt in de stukken die aan het Hof zijn voorgelegd. Sullivan zou erkend hebben, dat hij en niet Dines het voorstel heeft gedaan, dat ECS zich uit de plasticsmarkt zou terugtrekken.

139. Ook tijdens de vergadering van december zouden geen dreigementen zijn geuit of ultimata zijn gesteld. David had evenwel verklaard, dat ECS verzoeksters nieuwe marktpolitiek onaangenaam zou vinden. Noch David noch hij (Dines) hadden verklaard, dat onmiddellijk na deze vergadering de prijzen zouden worden verlaagd.

140. In een aantekening van verzoekster van 7 december 1979 wordt over het gesprek van 3 december 1979 verklaard, dat ECS was meegedeeld, dat zij geen samenwerking in de maaldrijsector kon verwachten, wanneer zij in de plasticsindustrie wilde doordringen. Tegenover ECS was bevestigd, dat door verzoekster een agressieve commerciële actie zou worden ondernomen („would take aggressive commercial action”) aan de maaldrijkant, indien zij de levering van haar produkten aan de plasticsindustrie niet staakte.

141. In aansluiting op deze prealabele opmerking, bevat de aantekening van 7 december 1979 een actieprogramma, volgens hetwelk op de meeladditievenmarkt te werk zou kunnen worden gegaan. Met name worden potentiële nieuwe afnemers genoemd en worden de verliezen berekend, die verzoekster bij verwezenlijking van deze maatregelen zou lijden.

142. Op grond van de zojuist beschreven stukken kan het navolgende bewezen worden geacht: verzoekster had besloten, haar vroegere samenwerking met ECS en in het bijzonder de steunleveringen te staken. Of zij evenwel reeds voor de gesprekken met ECS een beslissing omtrent verdere maatregelen had getroffen, is niet bewezen. De beëdigde verklaring van Dines pleit er eerder voor, dat ECS eerst tijdens de beide gesprekken op het idee is gekomen, dat er een verband bestond tussen de terugtrekking van ECS uit de plasticsmarkt en verzoeksters mogelijk reactie op de meeladditievenmarkt. De — niet aan het Hof voorgelegde — beëdigde verklaring van Sullivan bevestigt dit, wanneer de inhoud ervan, zoals beschreven in de beëdigde verklaring van Dines, juist is. Aan het einde van het gesprek moet verzoeksters dreigement evenwel voelbaar zijn geweest; althans vatten ECS en een verkoopleider van verzoekster een en ander als zodanig op.

143. In zijn arrest van 6 maart 1974 in de gevoegde zaken 6/73 en 7/73²⁷ heeft het Hof beslist, dat een onderneming — in het bezit van een machtspositie voor de produktie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide produkten te controleren

— op grond van haar besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrente zou worden van haar vroegere afnemers, zich evenwel niet zodanig mag gaan gedragen, dat zij de mededinging van die voormalige afnemers kan uitschakelen. Waar zodanig gedrag in strijd is met de doelstellingen van artikel 3, sub f, van het Verdrag, nader uitgewerkt in de artikelen 85 en 86, maakt een onderneming met een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die — ten einde die grondstoffen voor haar eigen produktie van derivaten te reserveren — de levering ervan weigert aan een afnemer die zelf producent van derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 86.

144. Hetzelfde moet dan gelden, wanneer in het omgekeerde geval de afnemer van de onderneming met een machtspositie besluit de grondstof tot het derivaat te verwerken en in het verwerkingsstadium te gaan concurreren met de leverancier van de grondstof. Een leveringsweigering zou in dat geval namelijk eveneens in de concurrentiestructuur ingrijpen, omdat een potentiële concurrent de toegang tot de markt wordt belet.

145. Het verbreken van de bestaande commerciële relatie en het staken van de levering van benzoylperoxyde zou, wanneer een onderneming een machtspositie bezit, dus misbruik opleveren.²⁸

146. Bovendien zijn volgens het arrest van 21 februari 1973 in zaak 6/72²⁹ niet alleen

27 — Arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano, Jurispr. 1974, blz. 223, inz. blz. 252.

28 — Vgl. eveneens het arrest van 3 oktober 1985, zaak 311/84, Centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM), Jurispr. 1985, blz. 3261, inz. blz. 3278.

29 — Jurispr. 1973, blz. 246.

als misbruik aan te merken handelwijzen die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar eveneens die welke hen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging. Op grond daarvan lijkt het voor mij geen twijfel, dat op uitschakeling van concurrenten gerichte praktijken, bestaande in een prijzenoorlog met lage of verliesgevende prijzen, onder artikel 86 EEG-Verdrag kan vallen.

147. Dat de beide maatregelen waarmee verzoekster dreigde, niet onmiddellijk na de dreigementen zijn uitgevoerd, sluit niet uit dat er desondanks sprake kan zijn van misbruik. Bestaat het misbruik namelijk in de beperking van de concurrentievrijheid van andere ondernemingen, dan kan reeds het dreigen met economische nadelen voldoende zijn om een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag aan te nemen. Er is sprake van een inbreuk, wanneer de bedreigde concurrent of handelspartner op grond van eigen ervaring of ervaring van anderen ermee rekening moet houden, dat de onderneming met de machtspositie het niet bij woorden zal laten. Daar de beperking van de wilsvrijheid van een andere onderneming op zichzelf reeds misbruik oplevert, is het niet van belang of zij weerstand biedt tegen de uitgeoefende druk of toegeeft. Evenmin is het van belang, of de onderneming met de machtspositie de maatregelen waarmee zij heeft gedreigd, uitvoert of ervan afziet.³⁰

2. Verzoeksters prijsgedrag

148. Reeds in het eerste hoofdstuk van mijn juridische beoordeling (B I 3) heb ik opge-

merkt, dat verweerster de markt onvoldoende heeft onderzocht. In het bijzonder ontbreken betrouwbare inlichtingen omtrent de kosten en de productiecapaciteit van twee van de drie voornaamste marktdeelnemers. Derhalve heb ik het standpunt verdedigd, dat niet kan worden vastgesteld, welke prijzen economisch verdedigbaar of billijk waren.

149. Een onderzoek van verzoeksters prijsgedrag is dus slechts van beperkte waarde. De waarde ervan wordt nog sterker beperkt, doordat uit de stukken vaak niet kan worden opgemaakt, of de genoemde prijzen enkel *offertes* of daadwerkelijke *leveringen* betreffen. Bovendien ontbreken inlichtingen omtrent de omvang van de verschillende transacties. Juist bij het verwijt echter, dat verzoekster de prijzen selectief heeft verlaagd, zou het van belang zijn geweest, te weten, welke omvang de transacties hadden waarop de selectieve prijsvorming betrekking had. Bovendien moet worden geconstateerd, dat de inlichtingen omtrent de prijzen vaak — zij het niet altijd — geen nadere inlichtingen bevatten over de vorm waarin ze waren gegoten, zoals bijvoorbeeld betalingstermijnen, kortingen of overige leveringscondities.

150. Bij mijn beoordeling van verzoeksters prijsgedrag zal ik mij dan ook beperken tot twee feitencomplexen: ten eerste zal ik de tabellen met cijfers, die verweerster op verzoek van het Hof heeft overgelegd, onderzoeken om na te gaan of daarin iets bijzonders is te vinden. Voor zover nodig, zullen ook de door verzoekster overgelegde tabellen in de beschouwing worden betrokken. Vervolgens zal ik verweersters verwijt onderzoeken, dat verzoekster haar prijzen selectief heeft verlaagd en met name haar

30 — zie Schröter, op. cit. punt 45 a.

vaste klanten hogere prijzen zou hebben berekend.

a) Leveranties van benzoylperoxyde (16%) aan Spillers (tabel 1)

151. In dit overzicht is tot begin 1980 niets bijzonders te vinden. Verzoeksters prijzen vertonen een stijgende tendens; ook in februari 1980 worden ze weer verhoogd, en wel tot 605 UKL, totdat een offerte van ECS van 532 UKL wordt gedaan, waaraan AKZO zich aanpast. In de door verzoekster overgelegde tabel komt geen prijs van 15 oktober 1980 van 512 UKL voor. Deze prijs wordt evenmin genoemd in punt 37 van de beschikking, dat de verkopen in de genoemde periode betreft. Dit behoeft echter niet verder te worden uitgezocht, daar verzoekster in november 1980 een prijs-offerte van 489 UKL doet, die ongeveer 1 UKL onder een offerte van Diaflex ligt.

152. Bij de zojuist genoemde transactie valt evenwel niet de prijs op, doch de omstandigheid dat hij in het kader van een exclusieve afnameverplichting voor benzoylperoxyde en kaliumbromaat gold. Dergelijke exclusieve afnameverplichtingen zijn evenwel in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, wanneer zij worden overeengekomen door een onderneming met een machtspositie.³¹

153. De later toegepaste lagere prijs van 425 UKL kan worden verklaard door het feit, dat hij partijen van 10 ton af fabriek betrof. Ook in haar voorlopige maatregel van 29 juli 1983 verklaarde verweerster bij aankopen in partijen van 10 ton een verlaging van 50 UKL per ton wegens afname in onverpakte staat geoorloofd. Na vaststelling van de voorlopige maatregel in juli 1983

heeft verzoekster vervolgens de voorgescreven prijs van 537 UKL toegepast.

154. Bij de leveranties van benzoylperoxyde (16%) van verzoekster aan Spillers zijn — afgezien van de exclusieve afnameverplichting — geen opvallende bijzonderheden vast te stellen.

b) Leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Spillers (tabel 2)

155. Ook bij de leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Spillers dient om te beginnen te worden vastgesteld, dat de prijs tot februari 1980 voortdurend steeg, en wel tot 405 UKL. In maart 1980 doet verzoekster dan een offerte voor de lagere prijs van 336 UKL, gelijk aan een offerte van ECS. In november 1980 daalde deze prijs vervolgens tot 309 UKL, om net onder een offerte van Diaflex (310 UKL) te duiken. Ook hier werd een exclusieve afname-overeenkomst gesloten.

156. Afgezien van de vermelde exclusieve afnameverplichting, vertonen dus de verkopen van kaliumbromaat aan Spillers geen bijzonderheden.

c) Leveranties van benzoylperoxyde (20%) aan Ranks (tabel 3)

157. Ook hier dient om te beginnen te worden vastgesteld, dat de prijzen tot februari 1980 voortdurend stegen, en wel tot 769 UKL. In november 1980 neemt verzoekster dan een door ECS in augustus ge-

³¹ — Zie het arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 540.

dane prijsofferte van 660 UKL over en na een offerte van Diaflex van 640 UKL verlaagt ook zij haar prijs tot dit laatste niveau. De prijsdaling tot 629 UKL kan niet worden verklaard met behulp van verweersters tabel. De overeenkomstige tabel van verzoekster geeft hier een prijs van 629 UKL, die zij aan ECS toeschrijft. Ter terechtzitting is gebleken, dat deze prijs weliswaar niet door ECS werd aangeboden, doch dat inderdaad een onafhankelijke handelaar een offerte voor deze prijs had gedaan.

158. In oktober 1983 gaat verzoekster onder de in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 728 UKL, wanneer zij zich aan een offerte van Diaflex van juni 1983 ten belope van 672 UKL aanpast. In november 1984 biedt verzoekster een prijs aan die 4 UKL ligt onder een offerte van Diaflex van 732 UKL, dat wil zeggen een prijs van 728 UKL.

159. Ook bij de verkopen van benzoylperoxide (20%) aan Ranks valt mij niets bijzonders op.

d) Leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Ranks (tabel 4)

160. Opnieuw is tot februari 1980 een voortdurende stijging waar te nemen, en wel tot 405 UKL. Op een offerte van ECS van 336 UKL in augustus 1980 reageert verzoekster in november 1980 met een offerte van 330 UKL. In januari 1981 past zij zich aan aan een door Diaflex gedane prijsofferte van 314 UKL aan. Een verdere prijsdaling tot 309 UKL in maart 1982 kan echter niet meer worden verklaard. Deze prijs stemt overeen met de prijsofferte die Spillers in november 1980 was gedaan, evenwel in verband met een exclusieve afna-

meverplichting. Bovendien had Diaflex haar prijs in februari 1982 tot 330 UKL verhoogd. In 1983 volgen weer lichte prijsverhogingen tot 325 en 339 UKL.

161. Verzoekster wijkt af van de in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 455 UKL onder verwijzing naar een offerte van Diaflex van 330 UKL in juni 1983. De prijsofferte van Diaflex komt evenwel niet voor in verweersters tabel, doch enkel in die van verzoekster. Verweester heeft evenwel niet beweerd, dat verzoeksters inlichtingen op dit punt onjuist zijn.

162. Prijsoffertes van verzoekster voor de door verweester vastgestelde prijs leiden niet tot transacties, terwijl een aanpassing van de prijs aan de prijs van Diaflex van 370 UKL in oktober 1984 succes oplevert.

163. Afgezien van de in maart 1982 toegepaste prijs van 309 UKL vertonen de hier weergegeven prijzen niets bijzonders.

e) Prijsoffertes voor benzoylperoxide (16%) aan Allied Mills (tabel 5)

164. Ook bij de aan Allied Mills gedane offertes respectievelijk leveringen (verzoekster heeft slechts aan enkele maalderijen van het Allied-concern geleverd) kan tot juli 1979 een stijging van verzoeksters prijzen worden vastgesteld, en wel tot 665 UKL. In augustus 1979 bedraagt de prijs van ECS 532 UKL en in september 1980 die van Diaflex 495 UKL. Begin 1981 doet verzoekster de centrale inkoopafdeling van Al-

lied zonder succes een prijsofferte van 517,90 UKL, die evenwel wel succes oplevert bij enkele maalderijen van het Allied-concern. In 1983 verlaagt ECS haar prijs tot 512 UKL, die in februari door verzoekster wordt gevolgd, zonder dat zij evenwel enige transactie sluit.

165. Verzoekster houdt zich aan de in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 587 UKL, respectievelijk 696 UKL, op één uitzondering na: in maart 1984 past zij zich aan aan een prijsofferte van Diaflex van 567 UKL.

166. Resultaat: eveneens niets bijzonders.

f) Offertes voor/leveranties van kaliumbromaat (10%) aan Allied Mills (tabel 6)

167. Opnieuw is ook hier om te beginnen tot juli 1979 een stijging van de prijs vast te stellen, en wel tot 468 UKL. De prijs van ECS ligt in augustus 1979 bij 336 UKL, die van Diaflex in april 1980 bij 335 UKL en in september 1980 bij 290 UKL. Een offerte van verzoekster van 314,90 UKL aan de centrale inkoopafdeling van Allied in januari 1981 levert niets op, terwijl deze prijs door één enkele maalderij wordt aanvaard.

168. In september 1983 houdt verzoekster zich aan de beide door verweerster vastgestelde minimumprijzen van 556 UKL, respectievelijk 455 UKL. Na offertes van Diaflex en ECS, die beide in september 1983 330 UKL bedroegen, past verzoekster zich aan deze prijs aan, die zij evenwel na een prijsverhoging door Diaflex evenals deze laatste op 340 UKL brengt. In

november 1984 verlaagt verzoekster haar prijs opnieuw tot 330 UKL.

169. Afgezien van laatstgenoemde prijs, kan ik ook hier niets bijzonders vaststellen.

g) Verkopen van vitaminemengsels aan Allied Mills (tabel 7)

170. Vitaminemengsels werden door verzoekster slechts sporadisch verkocht; in augustus of september 1983 werden de verkopen volledig gestaakt. De prijzen bedroegen in mei 1980 660 UKL en in juli 1980 625 UKL om vervolgens in september 1981 te dalen tot 565 UKL. De prijzen van ECS bedroegen in 1980 590 UKL en in juni 1981 465 UKL voor een goedkoper mengsel. In oktober 1982 berekende verzoekster voor een goedkoper mengsel 455 UKL, terwijl ECS in 1983 haar prijs tot 460 UKL en Diaflex in september 1983 haar prijs tot 450 UKL verlaagde.

171. Vanwege de slechts sporadisch tot stand gekomen transacties kan uit de prijzen voor vitaminemengsels nauwelijks iets van belang worden afgeleid.

h) Prijzen van benzoylperoxide (16%) voor de grote onafhankelijke maalderijen (tabellen 8, 12, 14 en 16)

172. Ook hier geven verzoeksters prijzen in het begin een gestage stijging te zien tot juli 1979, en wel tot 665 UKL. De prijs van ECS bedraagt in januari 1979 572 UKL en

in augustus 1979 630 UKL. Bij traditionele afnemers, zoals bijvoorbeeld Cadge & Coleman, handhaaft verzoekster de prijs van 665 UKL tot 1983. Aan afnemers van ECS (zoals Carrs, Smiths en Timms) doet verzoekster offertes die aanvankelijk tussen 570 UKL en 563 UKL schommelen en vervolgens tot 530 UKL dalen (december 1980 tot juli 1983). In juli 1982 sluit ECS zich bij de prijs van 530 UKL aan.

173. De in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 696 UKL wordt tot november 1984 niet toegepast ten aanzien van de grote onafhankelijke maalderijen. Bij Carrs neemt verzoekster eerst de door ECS gedane prijsofferte van 530 UKL over, doch na dienovereenkomstige offertes van Diaflex verhoogt zij deze tot 580 UKL. In januari 1984 levert een offerte voor de prijs van de voorlopige maatregel geen enkele transactie op, waarna verzoekster weer de opnieuw door Diaflex aangeboden prijs van 580 UKL overneemt. Eerst vanaf november/december 1984 wordt dan de prijs van 696 UKL toegepast, totdat verzoekster zich in maart 1985 opnieuw aan een prijs van Diaflex van 640 UKL aanpast.

174. Bij Smiths levert een prijs van 696 UKL in augustus 1983 verzoekster geen enkele transactie op. Evenmin levert een aanpassing aan de prijs van ECS van 645 UKL in april 1984 iets op. Eerst de aanpassing aan de prijs van Diaflex van 587 UKL in maart 1984 is succesvol. In de jaren 1984 en 1985 volgt verzoekster telkens de prijsverhogingen van Diaflex tot 640 UKL, respectievelijk 690 UKL.

175. Bij Timms neemt verzoekster in augustus 1983 eerst de door Diaflex gedane prijs-

offerte van 570 UKL over om vervolgens in november 1984 een prijsverhoging van Diaflex tot 630 UKL te volgen. Vanaf juli 1985 wordt dan de prijs van de voorlopige maatregel van 696 UKL toegepast.

176. Bij de offertes en verkopen aan de grote onafhankelijke maalderijen dient dus te worden geconstateerd, dat verzoekster in december 1980 in de klantenkring van ECS binnendringt, en wel met een prijsdaling van aanvankelijk ongeveer 100 UKL ten opzichte van de prijzen voor verzoeksters traditionele afnemers en van ongeveer 70 UKL ten opzichte van de prijzen van ECS, waarbij het prijsverschil later evenwel oploopt tot ongeveer 160 UKL, respectievelijk 100 UKL.

i) Offertes voor/leveranties van kaliumbromaat (10%) aan de grote onafhankelijke maalderijen (tabellen 9, 10, 13, 15 en 17)

177. Opnieuw is aanvankelijk een stijging van verzoeksters prijs vast te stellen, en wel tot 468 UKL in 1979; deze prijs blijft tot augustus 1983 ook voor verzoeksters traditionele afnemers gehandhaafd. De afnemers van ECS worden in december 1980 offertes gedaan van 375 UKL en 339 UKL, in mei 1981 van 336 UKL en in 1982 van 325 UKL, aldus verweerster. In haar desbetreffende tabellen geeft verweerster evenwel niet aan, aan welke afnemers deze prijs-offertes werden gedaan. Een blik in de door verzoekster overgelegde tabel leert ons, dat de vermelde cijfers zijn te vinden onder de offertes aan Carrs. Daar is evenwel ook aangegetekend, dat geen transacties zijn tot stand gekomen.

178. De in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 556 UKL wordt niet toegepast, aangezien verzoekster in maart 1984 de prijs van Diaflex van 360 UKL en in maart 1985 een prijs van Diaflex van 392 UKL voor Smiths overneemt. Bij Timms neemt verzoekster in augustus 1983, november 1984 en juli 1985 telkens de prijzen van 340 UKL, 382 UKL en 435 UKL over, die Diaflex aangeboden had.

179. Ten aanzien van de grote onafhankelijke maalderijen moet dus worden geconstateerd, dat verzoekster sinds november 1980 heeft geprobeerd met lagere prijzen dan van haar vaste afnemers werden verlangd, in de klantenkring van ECS binnen te dringen.

j) Prijzen/leveranties van kaliumbromaat (6%) aan de grote onafhankelijke maalderijen (tabellen 10, 13, 15 en 17)

180. Ook hier hebben we te maken met een vergelijkbare situatie: tot juli 1979 stijgt verzoeksters prijs, en wel tot een prijs van 393 UKL, die voor haar traditionele afnemers ook op dit niveau wordt gehandhaafd (aldus verweersters tabel; verzoeksters tabel geeft voor enige van haar vaste afnemers, zoals bijvoorbeeld Cadge & Coleman, nog iets hogere prijzen te zien).

181. Voor afnemers van ECS verlaagt verzoekster haar prijzen met ongeveer een derde tot 260 UKL en later tot 245 UKL; het prijsniveau van ECS lag in augustus

1979 op 362 UKL; in 1981 verlaagde ECS dan eveneens haar prijzen tot 260 UKL.

182. De in de voorlopige maatregel vastgestelde prijs van 488 UKL kon op de markt niet worden gerealiseerd. Met betrekking tot AKZO's leveranties aan Carrs lopen de door verweerster en verzoekster overgelegde tabellen evenwel uiteen. Volgens verweersters tabel had verzoekster in september 1983 een prijs van 330 UKL toegepast, die zou overeenkomen met een prijsofferte die ECS vóór de vaststelling van de voorlopige maatregel had gedaan. In verzoeksters tabel worden deze prijzen evenwel niet genoemd en evenmin in de door verweerster overgelegde tabel betreffende de situatie vóór de voorlopige maatregel. In verband met deze tegenstrijdigheden geloof ik niet dat deze tabellen (10 en 15) hier bruikbaar zijn.

183. Met betrekking tot de prijzen voor Smiths dient daarentegen te worden vastgesteld, dat verzoekster in maart 1984 (overigens zonder succes) een prijsofferte van 440 UKL heeft gedaan, die overeenkwam met de prijs van ECS in augustus 1983. In 1984 en 1985 heeft verzoekster vervolgens telkens de prijzen van Diaflex overgenomen: 392 UKL en later 435 UKL.

Ook bij de prijsstelling voor kaliumbromaat (6%) dient derhalve te worden vastgesteld, dat verzoekster in de klantenkring van ECS is binnengedrongen door prijzen toe te passen die aanzienlijk onder de prijzen lagen die zij voor haar traditionele afnemers toepaste.

k) Offertes voor/leveranties van vitaminedoelstoffen (Nutramin) aan de grote onafhankelijke maalders (tabel 11)

184. Ook hier stijgt verzoeksters prijs aanvankelijk tot 1979, en wel tot 695 UKL. Deze prijs wordt tegenover haar traditionele afnemers gehandhaafd tot juni 1983 en vervolgens verhoogd tot 757 UKL. De prijzen van ECS stijgen aanvankelijk tot 704 UKL in augustus 1979 om dan vervolgens in oktober 1980 tot 654 UKL te worden verlaagd. Vanaf december 1980 biedt verzoekster Nutramin eerst aan voor 595 UKL, doch zij verlaagt deze prijs tot 575 UKL, nadat Diaflex een prijsaanbieding van 585 UKL had gedaan. Vervolgens verlaagt ECS haar prijs in juni 1981 tot 545 UKL. In verweersters tabel volgen daarna nog andere cijfers, die evenwel een andere samenstelling betreffen en derhalve niet vergelijkbaar zijn.

185. Ook hier dient te worden vastgesteld, dat verzoekster de traditionele vaste klanten van ECS prijsaanbieding heeft gedaan, die onder de prijzen lagen die zij zelf van haar vaste afnemers verlangde.

186. Een analyse van dit prijsgedrag levert dus geen bewijs op voor het in punt 82, sub ii van verweersters beschikking beschreven gedrag van verzoekster.

187. Anders ligt het evenwel bij het in punt 82, sub iii genoemde verwijt, dat zij afnemers van ECS selectief lage offertes heeft gedaan, terwijl voor afnemers die zich in een vergelijkbare positie bevonden doch die reeds klant van verzoekster waren, aanzienlijk hogere prijzen golden.

188. Verzoekster heeft getracht haar gedrag te rechtvaardigen met een beroep op de omstandigheid dat zij enige onafhankelijke maalders waaraan zij voorheen geleverd had, aan ECS en Diaflex verloren had. Zij zou zich met gunstigere prijzen tot de afnemers van ECS hebben moeten wenden om het verloren marktaandeel terug te veroveren.

189. De selectieve prijsverschillen zouden kunnen worden verklaard, doordat verzoekster bij enige van haar traditionele afnemers geen concurrentie van ECS of Diaflex te duchten had. Derhalve kon zij bij deze afnemers haar oude prijzen blijven toepassen. Waar er evenwel concurrentie bestond, heeft zij ook voor haar traditionele afnemers de prijzen moeten verlagen. De prijsverschillen werden dus niet toegepast tussen traditionele afnemers van verzoekster en afnemers van ECS, maar tussen afnemers ten aanzien waarvan concurrentie bestond en afnemers ten aanzien waarvan zij niet bestond.

190. Tegen deze rechtvaardiging brengt verweerster in, dat de gebeurtenissen naar aanleiding waarvan verzoekster ook voor haar traditionele afnemers haar prijzen moest verlagen, randverschijnselen waren en derhalve buiten beschouwing moeten blijven.

191. Inderdaad kan uit de beschikking niet worden opgemaakt, in hoeverre selectieve prijzen zijn toegepast. Dat zij gedeeltelijk werden toegepast, wordt door verzoekster toegegeven. Anderzijds levert verweerster voor de periode vóór de vaststelling van de voorlopige maatregel slechts een globaal bewijs voor een dergelijk prijsgedrag en voor de periode daarna enkel met betrekking tot

Carrs, Smiths en Timms. Verzoeksters prijs-gedrag ten opzichte van de traditionele afnemers wordt evenwel slechts in algemene termen beschreven, zonder onderscheid naar afnemer of transactievolume.

192. Bijgevolg kan worden vastgesteld, dat het in punt 82, sub iii vervatte verwijt materieel bewezen is; in hoeverre het verweten gedrag werd geïmplementeerd respectievelijk hoe zwaarwegend het was, wordt evenwel niet duidelijk gemaakt.

3. *De toepassing van lokprijzen bij kaliumbromaat en vitaminemengsels (P 82, sub iv)*

193. Dat het verwijt dat verzoekster kaliumbromaat tegen lokprijzen heeft aangeboden, in de onderhavige procedure op grond van een vormgebrek (niet-horen) niet in aanmerking kan worden genomen, werd reeds aan het begin uiteengezet (vgl. B I 2). Dit verwijt hoeft dus alleen nog te worden onderzocht, voor zover het de aanbieding van vitaminemengsels tegen lokprijzen betreft. Doch ook dit punt kan slechts in beperkte mate worden onderzocht, daar de vraag, welke kosten redelijk waren, wegens onvoldoende inlichtingen eveneens buiten beschouwing dient te blijven (vgl. hiervoor B I 3).

194. Verzoekster brengt tegen dit verwijt in, dat een aantal afnemers nooit vitaminemengsels van haar heeft afgenomen. Hetzelfde gold voor Timms die een offerte voor benzoylperoxide (16%) en voor kaliumbromaat (10%) had aanvaard, doch een voor Nutramin niet. De reden hiervoor was het bijzonder effectieve concurrentiegedrag van Vitriton Ltd.

195. Voor zover vitaminemengsels die verzoekster niet meer zelf vervaardigde, zijn aangeboden respectievelijk geleverd, betrof het een dienst aan de afnemer, waarbij vanzelfsprekend de concurrentiële prijzen van Vitriton in aanmerking moesten worden genomen.

196. Verweerster brengt daartegen in, dat de omstandigheid of inderdaad vitaminemengsels zijn verkocht, niet van belang is, doch dat het aanbod alleen beslissend is. Uit een bij verzoekster gevonden document blijkt duidelijk, welke verzoeksters verkoopstrategie was.

197. Het door verweerster bedoelde document van 4 juli 1980 is volgens mij een voorbereidende notitie voor een gesprek. Onder het tussenkopje „Topics for Discussion or Elucidation, 1. „Marketing”” wordt daarin sub j verklaard:

„Are there any ‚knock-on’ effects ? (products necessary as ‚loss leaders’ to achieve sales of others).”

198. Het kan zijn, dat verzoekster het gebruik van lokoffertes heeft overwogen. Dit blijkt evenwel niet met zekerheid uit de discussienota, omdat wij niet weten, wat de inhoud van de eventueel gevolgde discussie was en op welke produkten de aangehaalde passage betrekking had.

199. In verband hiermee en vanwege het feit dat de inlichtingen ook hier slechts magertjes zijn, lijkt mij het in punt 82, sub iv van

de beschikking vervatte verwijt niet met voldoende zekerheid bewezen.

4. *Prijzen beneden de kostprijs voor Spillers en Ranks gedurende een tamelijk lange periode (P 82, sub v)*

200. Het in deze paragraaf vervatte verwijt kan eveneens niet worden onderzocht, daar, zoals hiervoor is uiteengezet (B I 3), verweerster onvoldoende inlichtingen omtrent het kostenvraagstuk heeft verstrekt.

5. *Prijsinlichtingen*

201. In punt 82, sub vi verwijt verweerster verzoekster, dat zij jegens Ranks en Spillers een concurrentiebeperkend commercieel beleid heeft gevoerd, door aan deze afnemers nauwkeurige gegevens te vragen omtrent de offertes van andere producenten en vervolgens een prijssofferte net beneden de prijs van de concurrerende onderneming te doen, ten einde zo de bestelling binnen te halen; hieraan werd (in het geval van Spillers) een exclusieve afnameverplichting gekoppeld, waardoor andere leveranciers werden uitgesloten.

202. Omtrent de onwettigheid van de exclusieve afnameverplichting heb ik mijn mening reeds gegeven (vgl. hierboven C I 2 a en b). Voor het overige kan het hier genoemde verwijt niet in aanmerking worden genomen, daar het in de administratieve procedure nog niet als misbruik was gekarakteriseerd en bijgevolg verzoekster omtrent dit verwijt niet toereikend is gehoord (vgl. hiervoor B I 2).

6. *Het doel, ECS te benadelen en/of als concurrent uit te schakelen*

203. Ten slotte wordt verzoekster in punt 82, sub vii verweten, dat zij de hierboven beschreven strategie ten uitvoer heeft gelegd met het doel ECS op lange termijn schade te berokkenen en/of te dwingen zich als concurrent uit de ruimere organische-peroxydenmarkt terug te trekken. Dit verwijt wordt gebaseerd op de inhoud van de gesprekken van november en december 1979, alsook op de aantekening van 7 december 1979. Voor de gebeurtenissen die zich vanaf het najaar 1980 voordeden, beroept verweerster zich op een aantal documenten die in punt 47 van de beschikking zijn genoemd.

204. Met betrekking tot de gebeurtenissen van 1979 kan ik verwijzen naar hetgeen hiervoor onder C I 1 is gezegd. De in 1979 vastgestelde bedoeling van verzoekster om druk uit te oefenen op ECS en haar te dwingen zich van de plasticsmarkt terug te trekken, staat voor mij buiten kijf. Moelijker is echter te beoordelen, welke bedoeling achter de gebeurtenissen stak die zich vanaf het najaar 1980 voordeden. Ten slotte heeft de eind 1979 ontwikkelde strategie nooit effect gesorteerd, al was dit slechts, omdat het ingrijpen van de High Court zulks verhinderde. Of de in 1979 voorgezeten bedoeling in 1980 nog steeds bestond, dan wel of die gebeurtenissen anders kunnen worden uitgelegd, is op zijn minst omstrede.

205. Daar verweerster zich voor het bewijs dat de oorspronkelijke bedoeling van 1979 bleef voortbestaan, baseert op een aantal latere stukken, dienen eerst deze te worden onderzocht.

206. Verweerster verwijst naar een rapport van 22 november 1982, waarin verzoeksters verkopen op de meeladditievenmarkt in het Verenigd Koninkrijk in 1979 worden vergeleken met die van 1982. Daarin wordt verklaard, dat ECS een kwart van haar onafhankelijke maalderijen had verloren (andere zouden volgen) en een aanzienlijke daling van de winstmarge op de koop toe moest nemen. Met tevredenheid werd meegedeeld, dat de algemene sterke prijsdaling om verschillende redenen de winstmarges van AKZO niet zo sterk had aangetast als dit bij ECS het geval moest zijn. Allied Mills was een moeilijk te kraken noot gebleken, vooral wegens de door de voorlopige maatregel van de High Court voorgeschreven verplichte prijzen, doch op den duur zouden enige maalderijen ECS verlaten, daar men druk bleef uitoefenen (P 47).

207. In verzoeksters aantekening ter zake werd de marktontwikkeling aldus beschreven, dat het marktaandeel van Diaflex sterk was gedaald en ECS een derde van de onafhankelijke maalderijen had verloren en haar winstmarge sterk had zien teruglopen. Verzoeksters winstmarge had in tegenstelling tot die van ECS door de algemene prijsdaling niet veel te lijden gehad.

208. Ook wanneer aan verzoeksters tegenwerping dat met de uitdrukking „druk te blijven uitoefenen” de druk op Allied Mills en niet de druk op ECS was bedoeld, geen groot belang dient te worden toegemeten, daar commerciële druk op Allied Mills juist ook als indirecte druk op ECS kan worden opgevat, kan ik in de genoemde aantekening misschien een indicatie doch niet een dwingend bewijs zien voor verzoeksters bedoeling, ECS van de markt te verdringen, respectievelijk haar nadeel te berokkenen.

209. Ook in de met de hand geschreven aantekening van 15 september 1981 wordt enkel verklaard, dat ECS drie grote onafhankelijke maalderijen aan AKZO heeft verloren en haar prijzen voor de nog resterende grotere onafhankelijke maalderijen moest verlagen. Ook hierin zie ik een beschrijving van de marktsituatie en niet dwingend een bedoeling van verzoekster.

210. In het jaaroverzicht 1980 van de afdeling plastics en elastomeren van verzoekster van 5 maart 1981 staat, dat men zijn best heeft gedaan, de prijzen te verhogen, doch dat dit gedeeltelijk niet in voldoende mate is gelukt. Verzoekster had haar marktaandeel van 1979 gehandhaafd, ofschoon juist gedurende recessies marktleiders kwetsbaar waren. Verzoeksters positie was wederom zonder succes aangevallen door ondernemingen als SCADO, AZTEC en ECS. SCADO had terrein verloren, vooral door verzoeksters optreden.

211. Weliswaar wordt verklaard, dat verzoekster wilde blijven proberen, de marktpositie van SCADO te verzwakken, doch van ECS wordt iets vergelijkbaars niet gezegd.

212. In het navolgende jaaroverzicht van 11 februari 1982 wordt meegedeeld, dat SCADO nagenoeg van de markt verdwenen was en dat dit aantoonde dat het juist was geweest deze onderneming sterk te beconcurreren, ofschoon ook andere omstandigheden, zoals de evolutie van de dollarkoers, tot deze ontwikkeling hadden bijgedragen.

213. Het jaaroverzicht vervolgt: ECS produceert benzoylperoxyde en heeft via de onderneming Pergan een serieus te nemen business op het continent opgebouwd. Of schoon haar marktaandeel nog klein was, bestond de mogelijkheid dat zij haar positie zou kunnen verbeteren. Het gevaar bestond, dat Pergan andere produkten in haar assortiment zou opnemen. Een optreden als jens SCADO („SCADO approach”) was waarschijnlijk ook in deze situatie het beste.

214. Laatstgenoemde passage zou een bewijs voor verzoeksters bedoeling kunnen opleveren. Het is evenwel nog de vraag, of de uitdrukking „SCADO approach” betrekking had op ECS als geheel of enkel op de Duitse onderneming Pergan, waarin ECS destijds een aandeel van 20% bezat. Wat mij hier evenwel van belang lijkt, is het feit, dat de „SCADO approach” wordt overwogen als reactie op de eventuele grotere activiteiten van Pergan (en misschien ook van ECS). Een dergelijk gepland optreden zou derhalve als een reactie op de commerciële expansie kunnen worden gezien, doch niet als een voortzetting van de oorspronkelijk in 1979 voorgezeten bedoeling om ECS fundamenteel nadeel te berokkenen, om deze onderneming te dwingen, zich als concurrent van de plasticsmarkt terug te trekken. Hiervoor pleit ook, dat uit het jaaroverzicht voor 1980 niets omtrent het voortbestaan van deze bedoeling is af te leiden, doch ECS onder andere als succesvolle concurrente wordt beschreven.

215. Wanneer het dus ten minste de vraag is, of verzoekster de oorspronkelijk voorgezeten bedoeling nog had in 1980, respectievelijk 1982, lijkt mij een omstandigheid juist van bijzonder belang te zijn: verzoeksters gedrag kan namelijk ook zonder de door

verweerster gestelde bedoeling worden verklaard. Nadat verzoeksters handen in elk geval door de procedure voor de High Court in zekere zin waren gebonden, heeft ECS de traditionele afnemers van AKZO — zij het ook op verzoek van henzelf — offertes gedaan, die aanzienlijk onder verzoeksters prijzen lagen. Of ECS daarmee de prijsconcurrentie wilde intensiveren of zelfs een prijzenoorlog wilde ontketenen, laat ik buiten beschouwing. Vanuit verzoeksters oogpunt kon dit gedrag aldus worden opgevat, dat zij zich gerechtigd kon achten, thans een actief prijsbeleid te voeren („to compete them as violently as possible”).

216. Daar verzoeksters gedrag dat zich in 1980 aandient, op verschillende wijzen kan worden verklaard, kan niet met voldoende zekerheid worden aangetoond, dat de oorspronkelijk in 1979 voorgezeten bedoeling om ECS te benadelen en haar te dwingen zich als concurrent van de plasticsmarkt terug te trekken, gedurende de gehele onderzochte periode bleef bestaan.

217. Ten slotte wil ik nog op een onnauwkeurigheid in de tekst van punt 82, sub vii wijzen. Daarin wordt gesteld, dat de hierboven beschreven strategie ten uitvoer werd gelegd met het doel ECS op lange termijn schade te berokkenen *en/of* te dwingen zich als concurrent uit de organische-peroxydenmarkt terug te trekken. Het is niet duidelijk, of deze zinswending alternatief of cumulatief dient te worden opgevat. Bovendien is het stellig niet juist, dat ECS gedwongen moest worden zich als concurrent uit de ruimere organische-peroxydenmarkt terug te trekken, daar tot deze markt ook de deelmarkt voor het in de meeladditievensector gebruikte benzoylperoxyde dient te worden

gerekend. ECS moest ontegenzeggelijk niet gedwongen worden, zich van deze deelmarkt terug te trekken.

het kort worden beschreven, welke verwijten terecht zijn gebleken, indien verzoeksters machtspositie bewezen wordt geacht:

II — *Invloed op de handel tussen Lid-Staten*

218. Het misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan valt slechts onder het verbod van artikel 86, wanneer daardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed.

— de dreigementen van november/december 1979 (P 82, sub i);

— een gedeelte van de beweerde selectieve prijspolitiek (vanaf eind 1980) (P 82, sub iii);

— de in een geval ten aanzien van twee produkten met Spillers overeengekomen exclusieve afnameverplichting (P 82, sub vi).

219. Dat er sprake is van een mogelijke ongunstige beïnvloeding van de handel kan moeilijk worden ontkend. Ten slotte diende de toegang van ECS in het bijzonder tot de plasticsmarkt in Duitsland te worden verhinderd, zodat de relatie met de handel tussen Lid-Staten vaststaat. Om aan te tonen dat dit feitelijke bestanddeel inderdaad werd gerealiseerd, behoeft dus niet te worden gerefereerd aan de rechtspraak, volgens welke het niet van belang is of een dergelijk gedrag het handelsverkeer tussen Lid-Staten rechtstreeks beïnvloedt, indien vaststaat, dat de uitschakeling van een concurrent gevolgen zal hebben voor de concurrentiestructuur in de gemeenschappelijke markt.³²

221. Het in punt 82, sub vii aangevoerde verwijt kan, voor zover het als terecht werd erkend, slechts als subjectief aspect van het reeds in punt 82, sub i vervatte verwijt worden gezien.

222. Alle overige in punt 82 van de beschikking gestelde inbreuken zijn in onderhavige procedure niet met zekerheid bewezen. Deze omstandigheid op zichzelf moet reeds tot een aanzienlijke verlaging van de geldboete leiden.

III — *De geldboete*

220. Alvorens ik gedetailleerd zal ingaan op de overwegingen van de beschikking betreffende de geldboete, moet eerst nog eens in

223. In de punten 96 en volgende van de beschikking beroept verweerster zich voor de hoogte van de geldboete op de navolgende omstandigheden: verzoekster trachtte systematisch een plan ten uitvoer te leggen om ECS commercieel te schaden. De expansie van een kleine concurrent naar een andere Lid-Staat van de Gemeenschap moest worden voorkomen; dit was in strijd met een van de hoofddoelstellingen van het EEG-Verdrag, namelijk de totstandbrenging van één gemeenschappelijke markt van de Lid-Staten. De inbreuk was des te ernstiger daar verzoekster haar onrechtmatig gedrag

32 — Vgl. het arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, inz. blz. 298.

nog voortzette lang nadat een procedure bij de High Court was ingeleid en zelfs nog nadat verweerster een beschikking inzake voorlopige maatregelen had gegeven. Een andere verzwarende omstandigheid was, dat verzoekster in de procedure voor de High Court een volstrekt misleidende weergave van de gebeurtenissen had gegeven en dat zij er waarschijnlijk in zou zijn geslaagd haar voornemen te verwezenlijken, indien de Commissie niet bepaald bewijsmateriaal had ontdekt. Het gedrag jegens ECS was overigens geen geïsoleerd feit, maar een onderdeel van een algemene bedrijfsstrategie om haar macht te versterken of ongewenste concurrenten te elimineren. De inbreuk werd opzettelijk gepleegd, daar verzoekster welbewust de mededingingsregels had overtreden: in november 1979 was zij door ECS erop gewezen, dat haar dreigementen een misbruik van een machtspositie inhielden. De inbreuk was ook van lange duur: de dreigementen waren in december 1979 geuit en een jaar later serieus ten uitvoer gelegd.

224. Verzoekster weert zich tegen al deze verwijten en merkt aanvullend op, dat zij haar prijspolitiek wettig achtte, daar zij had aangenomen dat tegen haar prijzen geen bezwaar kon worden gemaakt, zolang zij voor de betrokken transacties boven de marginale kosten lagen. Bovendien had in aanmerking moeten worden genomen, dat het gemeenschapsrecht met betrekking tot het hier aan de orde zijnde probleem bepaald niet duidelijk is. Bovendien merkt verzoekster op, dat verweerster sedert juli 1983 toezicht op haar heeft uitgeoefend en op grond van haar voorlopige maatregel steeds tegen haar had kunnen optreden om inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag tegen te gaan. Daar verweerster evenwel niet op grond van de voorlopige maatregel, die zij overigens op elk moment had kunnen aanscherpen, was opgetreden, kon de duur van het vermeende misbruik niet als grond worden aangevoerd.

225. Verweerster op haar beurt weert zich tegen alle genoemde tegenargumenten.

226. Om te beginnen dient het belang van de procedure voor de High Court en van de voorlopige maatregelen voor de vaststelling van de hoogte van de geldboete te worden onderzocht, daar verweerster de omstandigheid dat deze niet zouden zijn nageleefd, zwaarwegende factoren acht.

227. In dit verband dient eerst nader te worden ingegaan op de voorlopige maatregel van de High Court. Bij deze voorlopige maatregel van 5 en 6 december 1979 werd verzoekster verboden haar prijs voor benzoylperoxyde te verlagen, omdat zulks in strijd was met artikel 86 EEG-Verdrag. Niettemin moet worden opgemerkt, dat het hier een „ex-parte-injunction” betrof, dus een voorlopige maatregel die wordt vastgesteld zonder dat de tegenpartij wordt gehoord. Zij kan dan ook niet als een juridische beoordeling van de feiten worden aangemerkt.

228. Vervolgens dan de beschikking van de High Court van 17 maart 1980. Daarin werd de behandeling van de zaak geschorst en werd verzoekster in de onderhavige procedure verwezen in de kosten. Verzoekster werd verplicht, haar normale verkoopprijs niet te verlagen of vast te stellen met de bedoeling ECS te dwingen zich als concurrent van de meeladditievenmarkt of van de plasticsmarkt terug te trekken. Deze verplichting kwam echter voor in een rechterlijk *compromis*, dat gedurende tweeënhalf jaar, dus tot het najaar 1982, zou gelden.

229. Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat het voor de High Court gesloten compromis slechts een van de in aanmerking genomen produkten en slechts een deel van de periode betrof, welke aan verweersters beschikking ten grondslag liggen. Daarmee is het belang ervan voor de onderhavige procedure reeds ingeperkt.

beschikking volledig op de hoogte was van verzoeksters commerciële activiteiten.

230. Tot het opleggen van sancties wegens inbreuken op beslissingen van nationale rechterlijke instanties lijken mij in de eerste plaats deze zelf bevoegd. Dit sluit evenwel niet uit, dat de Commissie, verweester, wegens een dergelijke inbreuk eveneens een sanctie oplegt, wanneer tevens een inbreuk op het gemeenschapsrecht is gemaakt, zij het dat zij moet rekening houden met eventuele nationale sancties.³³ Het lijkt mij evenwel uitgesloten dat verweester met een beroep op een inbreuk op een beslissing van een nationale rechter een *bijzonder ernstige* inbreuk op het gemeenschapsrecht vaststelt, daar de beslissing van de nationale rechter wat dit aangaat slechts declaratoir van aard is.

232. Reeds het feit dat verweester geen aanleiding heeft gezien, overeenkomstig haar voorlopige maatregel in te grijpen, leidt tot twijfels of de omstandigheid dat ook na vaststelling van de voorlopige maatregel nog steeds misbruik werd gemaakt van de machtspositie, bij de vaststelling van de geldboete in aanmerking kon worden genomen.

233. Ook hier lijkt mij echter het volgende doorslaggevend: het is niet bewezen, dat de voorlopige maatregel hoe dan ook in staat was, een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag te voorkomen. Ook verweester geeft dit toe. Dientengevolge kon een gedraging die volledig in overeenstemming was met de inhoud van de voorlopige maatregel, toch nog in strijd zijn met artikel 86 EEG-Verdrag. Omgekeerd is het niet zeker, dat een inbreuk op de voorlopige maatregel per se ook een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag moet opleveren. Verzoekster is weliswaar niet tegen de voorlopige maatregel opgekomen, waardoor de maatregel definitief was geworden. Daarmee is echter nog niet gezegd, dat de inhoud ervan in alle details noodzakelijk was om de naleving van de bepalingen van artikel 86 EEG-Verdrag te waarborgen. Wat dit aangaat, is met name twijfel mogelijk omtrent de hoogte van de vastgestelde minimumprijzen. Zoals in punt 36 van de beschikking van 29 juli 1983 is aangegeven, werden deze bepaald op basis van bij verzoekster vastgestelde produktiekosten van mei 1983, de transportkosten van 1982 en een absolute brutowinst die gelijk was aan verzoeksters absolute brutowinst in de periode vóór 3 december 1979. Daar wij weten dat 1979 een jaar was met een zeer hoge winst, ligt het voor de

33 — Vgl. het arrest van het Hof van 14 december 1972, zaak 7/72, Böhringer, Jurispr. 1972, blz. 1281, inz. blz. 1290.

hand dat de door verweerster vastgestelde minimumprijzen te hoog kunnen zijn geweest. Op de markt bleken zij in elk geval niet realiseerbaar.

234. Uit een en ander volgt, dat de voorlopige maatregel diende te worden nagekomen binnen het kader van de sancties die de voorlopige maatregel zelf had vastgesteld. Daarbij gaat het om een zelfstandige procedure, die onafhankelijk van de onderhavige rechterlijke procedure dient te worden beoordeeld. Aan de omstandigheid, dat het misbruik ook nog na de vaststelling van de voorlopige maatregel zou hebben voortgeduurd, kan dus bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete in het kader van de eindbeschikking geen belang worden toegekend. Het hier geconstateerde sluit evenwel geenszins uit, dat de duur van de inbreuk bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete wordt in aanmerking genomen.

235. Met betrekking tot de duur van het gestelde misbruik, dient te worden verwezen naar het arrest van het Hof van 6 maart 1974 in de gevoegde zaken 6/73 en 7/73.³⁴ Daarin wordt verklaard, dat de duur van de inbreuk had kunnen worden bekort, indien de Commissie eerder tussenbeide was gekomen. Het Hof heeft dit in aanmerking genomen en in die procedure de boete verlaagd.

236. Het wordt in ieder geval erkend, dat het hier een complexe procedure betrof, waarbij het noodzakelijk was (of liever: geweest zou zijn) om een grondig en zorgvuldig onderzoek naar de feiten in te stellen. Daarmee is natuurlijk een behoorlijke tijd gemoeid; ik ben evenwel van mening, dat de periode tussen de indiening van de klacht

van ECS (15 juni 1982) tot de vaststelling van de beschikking op 14 december 1985 onredelijk lang was. Ten slotte bleek verweerster reeds op 29 juli 1983 in staat om haar voorlopige maatregel vast te stellen. Reeds op dit tijdstip moest zij dus over aanzienlijke inlichtingen en genoeg materiaal beschikken om verzoeksters gedrag althans voorlopig te kunnen beoordelen. Vervolgens heeft het dan meer dan een jaar geduurd, namelijk tot 3 september 1984, voordat verzoekster de punten van bezwaar werden meegedeeld. De aanvullende mededeling van de punten van bezwaar volgde op 21 april 1985 en de hoorzitting vond plaats op 18 juni 1985. Wanneer verweerster dit als een, de gecompliceerdheid van de zaak in aanmerking genomen, snelle procedure karakteriseert en ook nog verklaart, dat de beschikking *reeds zes maanden* na de hoorzitting kon worden gegeven, dan is hiermee niet genoegzaam verklaard, waarom de hoorzitting pas bijna twee jaar na de voorlopige maatregel heeft plaatsgevonden, ofschoon verweerster verzoekster telkens slechts zeer korte termijnen had gegund om haar opmerkingen te maken. Daar een periode van een jaar voor de procedure tussen de vaststelling van de voorlopige maatregel en de hoorzitting had moeten volstaan, dient bij de inaanmerkingneming van de duur van de inbreuk een jaar van de totale duur van de procedure te worden afgetrokken.

237. De te lange duur van de procedure moet dus eveneens bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete in aanmerking worden genomen.

238. Daar dus van de verwijten die verweerster verzoekster heeft gemaakt, alleen de dreigementen van november en december 1979, een deel van de gestelde selectieve prijspolitiek vanaf eind 1980 alsook de in een geval ten aanzien van twee produkten

34 — Istituto Chemioterapico Italiano, Jurispr. 1974, blz. 223, inz. blz. 260 e. v.

met Spillers overeengekomen exclusieve afnameverplichting zijn bewezen en tevens van de vastgestelde duur van de inbreuk een jaar dient te worden afgetrokken, dient de geldboete mijns inziens aanzienlijk te worden verlaagd. Een bedrag van circa 500 000 ECU lijkt mij redelijk.

IV — *De bijzondere verplichtingen*

239. In de artikelen 3 tot en met 5 van de beschikking heeft verweerster verzoekster een aantal verplichtingen betreffende haar toekomstige commerciële activiteiten opgelegd. Als reden voor de oplegging van deze verplichtingen wordt in de punten 99 en volgende van de beschikking aangevoerd, dat de nodige maatregelen moesten worden getroffen om herhaling of voortzetting van de inbreuk te voorkomen. De genomen maatregelen moesten in verhouding staan tot de dreigementen en mochten niet verder gaan dan noodzakelijk was om de indiener van de klacht een afdoende bescherming te bieden en de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt te handhaven.

240. Verweerster knoopte hiermee aan bij het reeds aangehaalde arrest van het Hof van 6 maart 1974 in de gevoegde zaken 6/73 en 7/73. In dit arrest wordt verklaard, dat verweerster ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17 de betrokken ondernemingen bij beschikking kan verplichten, aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken. De toepassing van deze bepaling — aldus nog steeds het Hof — moet zijn afgestemd op de aard van de inbreuk en kan zowel het bevel omvatten, bepaalde onrechtmatig nagelaten handelingen of prestaties te verrichten, als het verbod zekere, met het Verdrag strijdige activiteiten, praktijken of toestanden te continueren.³⁵ Zoals uit het

genoemde arrest blijkt, moeten de opgelegde maatregelen dus in verband staan met de vastgestelde inbreuk. Aanvullend zou ik daaraan willen toevoegen, dat zij bovendien ook in een redelijke verhouding tot de vastgestelde inbreuk moeten staan.

241. Daar een selectieve prijspolitiek van verzoekster enkel jegens de grote onafhankelijke maaldereien kon worden vastgesteld, gaan de in artikel 3 van de beschikking opgelegde verplichtingen dus te ver. Deze dienen derhalve te worden opgeheven, voor zover zij ook aanhaken bij verwijten die niet bewezen kunnen worden geacht.

V — *Conclusie op grond van de aanvullende beoordeling rechtens*

242. Mocht, anders dan ik hier als mening heb verkondigd, worden vastgesteld dat verzoekster een machtspositie bezit, dan zou ik het Hof in overweging willen geven, te beslissen als volgt:

„1) De volgende bepalingen van de beschikking van de Commissie van 14 december 1985 (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie) worden nietig verklaard:

artikel 1, sub ii;

artikel 1, sub iii, voor zover niet is rekening gehouden met het feit dat verzoekster jegens enige van haar vaste afnemers eveneens lagere prijzen heeft toegepast;

³⁵ — Reeds aangehaald, blz. 258.

- artikel 1, sub iv en v; . 2) De opgelegde geldboete wordt vastgesteld op 500 000 ECU, dat wil zeggen 1 234 800 HFL.
- artikel 1, sub vi, met uitzondering van het laatste gedeelte van de zin; 3) Voor het overige wordt het beroep verworpen.
- artikel 2; 4) Elke partij draagt haar eigen kosten, met inbegrip van de kosten van de procedure in kort geding.”
- artikel 3, met uitzondering van de eerste alinea en van de tweede alinea, voor zover deze niet nietigverklaarde bepalingen van artikel 1 betreft. 243. Mijn eigenlijke conclusie volgt evenwel pas onder D.

D — Conclusie

244. In aansluiting op mijn beoordeling rechtens (vergelijk hiervoor onder B), geef ik het Hof in overweging, te beslissen als volgt:

- „1) De beschikking van de Commissie van 14 december 1985 (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie) wordt nietig verklaard.
- 2) Verweerster wordt verwezen in de kosten van het geding, met inbegrip van de kosten van de procedure in kort geding.”