

re onzekerheid omtrent het over en weer te volgen gedrag ten aanzien van de hoofdzaken der te ondernemen actie, zoals percentage, voorwerp, datum en plaats der verhoging, uit te sluiten.

13. Wanneer een in een derde staat gevestigde vennootschap haar zeggenschap over een in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappij gebruikt om deze laatste een besluit tot prijsverhoging te doen toepassen dat ook door andere ondernemingen wordt uitgevoerd en derhalve een door artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verboden gedraging oplevert, moeten de handelingen der

dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden aangerekend. Bij de toepassing van de mededingingsregelen prevaleert de eenheid van marktgedrag van moeder- en dochtermaatschappij boven de — uit eigen rechtspersoonlijkheid blijkende — formele zelfstandigheid dier vennootschappen.

14. De administratie der Gemeenschap is niet gehouden in haar beschikkingen alle argumenten te vermelden waarop zij zich nadien, ter bestrijding van eventueel tegen de wettigheid harer handelingen opgeworpen middelen, zou kunnen beroepen.

In de zaak 52-69

J. R. GEIGY AG — thans: CIBA-GEIGY AG —, naamloze vennootschap naar Zwitsers recht, gevestigd te Bazel, ten deze vertegenwoordigd en bijgestaan door mr. J. J. A. Ellis, advocaat te 's-Gravenhage, en H. Flad, advocaat te Frankfurt/Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij J. Loesch, advocaat aldaar, 2, rue Goethe,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

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

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

Advocaat-Generaal: H. Mayras

Griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — Overzicht van de feiten

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

Op grond van aanwijzingen, verstrekt door beroepsorganisaties van verschillende kleurstoffenverwerkende industrieën, is de Commissie overgegaan tot verificaties ten einde vast te stellen of tot de prijsverhogingen van deze produkten, zoals die zich sedert begin 1964 in sommige landen van de Gemeenschap hebben voorgedaan, door de betrokken ondernemingen bij wege van afstemming is overgegaan.

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

verhoging van 8 % van de prijzen van alle kleurstoffen toegepast door bijna alle fabrikanten in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg; deze prijsverhoging bedroeg in Frankrijk 12 % en bleef in Italië achterwege.

Op 31 mei 1967 besloot de Commissie ingevolge artikel 3 van 's Raads verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure in te leiden wegens vermoedelijke schending van artikel 85 van het Verdrag, zulks tegen de ondernemingen die ter vaststelling van de prijzen van kleurstoffen hun gedragingen onderling hadden afgestemd, met name ook tegen de firma J. R. Geigy AG te Bazel (Zwitserland).

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

gen en vertegenwoordigers, ten getale van 60.

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

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

Bij brief van 15 januari 1968 heeft de firma Geigy, met verwijzing naar het advies van het Département fédéral des af-

fares politiques te Bern — volgens hetwelk de Commissie niet gerechtigd is voormelde punten van bezwaar op Zwitsers grondgebied per post te betekenen —, de Commissie de brief van 11 december 1967 teruggezonden.

Bij brief van 6 februari 1968 berichtte de Directeur-generaal Concurrentie van de Commissie de firma Geigy, dat de mededeling van de punten van bezwaar slechts ten doel had haar in staat te stellen haar rechten te bewaren, zodat haar stilzwingen het verloop van de procedure op geen enkele wijze zou beïnvloeden.

Op 24 juli 1969 nam de Commissie de bestreden beschikking, zonder dat verzoekster haar standpunt had kenbaar gemaakt. In deze beschikking werd verzoekster veroordeeld tot een geldboete van 50 000 rekeneneenheden. Een zelfde boete werd opgelegd aan:

- Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG,
- Cassella Farbwerke Mainkur AG,
- Farbenfabriken Bayer AG,
- Farbwerke Hoechst AG,
- Société française des matières colorantes SA,
- Ciba SA,
- Sandoz SA,
- Imperial Chemical Industries Ltd.

Een boete van 40 000 rekeneneenheden werd opgelegd aan Azienda colori nazionali affini (ACNA) S.p.a.

De beschikking werd bij aangetekende brief — met bericht van ontvangst — toegezonden aan de firma Geigy — via haar te Frankfurt/Main gevestigde dochtermaatschappij —. Toen verzoekster hiervan vernam, verzocht zij haar dochtermaatschappij de stukken naar de Commissie terug te zenden. Bij brief van 1 augustus 1969 deelde zij de Commissie mede dat zij toezending aan een harer dochtermaatschappijen niet als rechtsgeldige kennisgeving kon beschouwen.

Bij rekwist, gedeponereerd ter griffie van het Hof op 3 oktober 1969, heeft de firma Geigy beroep tot nietigverklaring van de beschikking der Commissie ingesteld.

II — Conclusies van partijen

Overwegende dat *verzoekster* concludeert dat het den Hove behage:

- „1. de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 24 juli 1969 over een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/26.267 — kleurstoffen) (PB van de Europese Gemeenschappen nr. L 195 van 7 augustus 1969, blz. 11 e.v.), voor zover verzoekster betreffende, nietig te verklaren;
2. de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de kosten te verwijzen;”

Overwegende dat *verweerster* concludeert dat het den Hove behage:

- „— het beroep ongegrond te verklaren;
- verzoekster in de kosten te verwijzen.”

III — Middelen en argumenten van partijen

Overwegende dat de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

1. *Middel betreffende de bevoegdheid der Commissie om de bestreden maatregel jegens verzoekster te nemen*

A — Stellingen van verzoekster

De grief betreffende de motivering

Verzoekster betoogt dat de Commissie zich — ter rechtvaardiging van haar bevoegdheid — alleen beroept op het beginsel dat het effect van een handeling wordt geregeerd door de wet van het land op welks grondgebied het zich voordoet. De Commissie onderzoekt in het geheel niet, of dit in de doctrine uiterst omstreden beginsel verenigbaar is met het recht van de EEG en de algemene regelen en beginselen van het volkenrecht, met name niet of het kan worden toegepast op economische overtredingen. De beschikking is dus onvoldoende met redenen omkleed, hetgeen schending

oplevert van artikel 190 van het EEG-Verdrag.

De kritiek op het effectbeginsel

a) *Naar het recht der Lid-Staten*

Voor dit effectbeginsel is in het EEG-recht geen plaats. Verzoekster verwijst naar de stukken betreffende de Nederlandse wet op de economische mededinging, ten betoge dat dit beginsel in het Nederlandse recht ten duidelijkste wordt afgewezen. Bovendien hebben de bevoegde autoriteiten van meerdere staten er zich met klem tegen verzet, dat op hun grondgebied gevestigde ondernemingen aan de kartelwetgeving van derde landen onderworpen zouden zijn. De Lid-Staten van de EEG hebben in 1967 in het kader van de OESO een zelfde houding aangenomen. Nederland en Frankrijk hebben — in artikel 39 van de wet op de economische mededinging, respectievelijk in wet nr. 68-678 — zelfs wettelijke maatregelen genomen die met zoveel woorden zijn gericht tegen de extraterritoriale toepassing van vreemd recht.

Gezien deze algemene tendens in de Lid-Staten, kan bezwaarlijk worden aangenomen dat zij dit beginsel in het Gemeenschapsrecht hebben willen opnemen. Dit blijkt ook uit de afwezigheid van bepalingen inzake kennisgevingen aan buitenslands gevestigde ondernemingen.

b) *Naar internationaal recht*

Voorts verdraagt een beroep op het effectbeginsel zich blijkens de algemene praktijk der staten en de mening van vooraanstaande rechtsgeleerden niet met de beginselen van het volkenrecht. Weliswaar kan een soevereine staat dit beginsel bij de wet van toepassing verklaren; doch men mag niet zover gaan dat men het via extensieve uitlegging uit een internationaal verdrag afleidt, zulks vooral niet omdat dit beginsel veel verder gaat dan de regelingen der Lid-Staten en in het internationaal gewoonterecht geen grondslag vindt.

Verzoekster merkt ten slotte subsidiair op, dat ook al zou men genoemd begin-

sel in het kader van de EEG van toepassing achten, het toch in ieder geval zou moeten gaan om een effect van wezenlijk belang, anders gezegd om merkbare verstoring van de mededinging in het handelsverkeer tussen de EEG-staten. De Commissie heeft dit punt in haar beschikking echter niet onderzocht.

Op dit aspect van het probleem wordt ingegaan in een advies van professor Huber, lid van de Zwitserse Commission constitutionnelle, dat verzoekster als bijlage bij haar rekwist overlegt.

In dit advies betoogt professor Huber allereerst, dat naar internationaal publiekrecht de aan verzoeksters opgelegde boeten straffen zijn, immers de particulier beroven van het genot van wettelijk beschermde rechtsgoederen. De bepaling van artikel 15, lid 4, van verordening nr. 17, volgens welke de hier bedoelde bepalingen geen strafrechtelijk karakter hebben, is volkenrechtelijk van nul en gener waarde. De Commissie wil een strafoplegging rechtvaardigen met behulp van het effectbeginsel. Het probleem van internationaal publiekrecht dat dit beginsel aan de orde stelt, is te belangrijker, nu er blijkens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in het mededingingsrecht der EEG van schijnt te worden uitgegaan, dat de Commissie zich laat leiden door het opportuniteitsbeginsel. Dit beginsel is op zichzelf in strijd met de beginselen van de rechtsstaat, met name met de eis van gelijke behandeling, alsook met het beginsel van de rechtszekerheid, en het leidt tot ernstige schade voor het internationaal handelsverkeer, vooral gezien het zeer hoge bedrag waartoe krachtens verordening nr. 17 geldboeten kunnen worden opgelegd.

Naar internationaal strafrecht vermag een staat tegen een handeling die op zijn grondgebied tot gevolgen leidt slechts repressief op te treden, wanneer sprake is van een redelijke mate van „rattachement”; men wil aldus vooral voorkomen dat wordt getreden in de wetgevende bevoegdheid van andere staten. De communautaire eenheid der Lid-Staten kan onmogelijk medebrengen, dat zij zich je-

gens derde landen hieraan niet zouden hebben te houden.

Weliswaar heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie in het Lotus-arrest erkend, dat een staat zijn strafrechtelijke bevoegdheid behoudens verbod steeds mag uitoefenen; doch deze beslissing betrof een delict dat in alle landen als strafwaardig wordt beschouwd en was met name bedoeld om aan de rechtsmacht van de staat van de vlag ten aanzien van een door de scheepskapitein begaan delict, het exclusieve karakter te ontnemen. Deze beslissing kan dus niet in het internationaal mededingingsrecht worden getransponeerd.

Professor Huber onderzoekt vervolgens de Amerikaanse jurisprudentie vóór en na het in 1945 door een Hof van Beroep in de Verenigde Staten gewezen arrest in de zaak „Aluminium Company of America” (Alcoa), waarbij een overeenkomst tussen zes buitenlandse vennootschappen tot reglementering van hun produktie — via contingenten voor hun exporten naar de Verenigde Staten — met de Sherman Act in strijd werd geacht. Hij merkt op dat, hoewel er volgens sommige uitspraken van Amerikaanse rechtscolleges van rechtstreekse en belangrijke gevolgen sprake moet zijn, de jurisprudentie soms ook vager en ruimer is. De auteur verwijst uitvoerig naar de internationale doctrine, die ingaat tegen de tendens welke aldus zowel in de uitspraken van Amerikaanse rechtscolleges als in het beleid van het „Department of State” aan den dag trad en voorts naar de wetgeving en het tegengestelde standpunt van verschillende staten. Hij concludeert, dat een volkenrechtelijke gewoonte niet kan berusten op een nationale jurisprudentie welke slechts door een aantal staten is aanvaard doch niet algemeen wordt gevolgd, en wijst erop dat bovendien de niet-eerbiediging van het objectief territorialiteitsbeginsel en de toepassing van het effectbeginsel in de recente rechtspraak inzake de kartelbestrijding niet met het internationaal publiekrecht in overeenstemming is.

In het internationaal strafrecht zijn het beschermingsbeginsel en het universal-

teitsbeginsel — waarop de extraterritoriale bevoegdheid berust — aan vrij stringente bijzondere voorwaarden verbonden. De extraterritoriale bevoegdheid vindt niet slechts haar begrenzing in het beginsel van de territoriale soevereiniteit, doch ook in de noodzaak de rechtszekerheid te waarborgen en in de mogelijkheid de betrokken belangen af te wegen. Volgens het universaliteitsbeginsel manifesteert de idee van een afzonderlijke volkenrechtelijke regeling zich in de vorm van een zekere interstatelijke solidariteit bij de bestrijding van misdrijven die alom als zeer strafwaardig worden beschouwd, zoals vrouwenhandel, slavernij, enzovoort. Daarentegen is er voor het effectbeginsel in deze internationale regeling geen plaats; het past veeleer bij een tendens van iedere staat tot juridische autarkie, gepaard gaande met de neiging het materiële nationale recht van een bepaalde staat overal ter wereld erkenning te doen vinden. Wanneer een groot aantal staten dit beginsel zouden omhelzen, zou dit op legislatief en jurisdictioneel gebied tot anarchie en bij de justitiabelen tot verwarring leiden. Ter vermijding van sancties zouden de ondernemingen hun gedrag moeten afstemmen op de praktijk van elke staat waarmee zij handel drijven; zulk een wisselende gedragslijn is echter met de opzet en eisen van de buitenlandse handel in tegenspraak. Voorts zou als gevolg van de vaagheid der rechtsbegrippen aan de rechters van de verschillende landen veel speelruimte worden gelaten, wanneer zij hebben te beoordelen wat een „beslissend gevolg” is.

Artikel 85, lid 1, geeft geen regeling voor de problemen in verband met de extraterritoriale toepassing van het verbod. Professor Huber onderscheidt tussen effecten welke alleen maar het gevolg van een handeling zijn en die welke een wezenlijk bestanddeel van de overtreding vormen. Om dit laatste geval gaat het in het objectieve territorialiteitsbeginsel, dat dus duidelijk te onderscheiden valt van het effectbeginsel zoals dat bevestiging vond in het Amerikaanse Alcoa-arrest en door de Commissie in de bestreden be-

schikking is overgenomen. Wegens de bijzondere aard van de communautaire rechtsorde is de Europese Economische Gemeenschap in veel sterkere mate dan een staat gehouden het internationaal publiekrecht — waarin het effectbeginsel niet is erkend — te eerbiedigen.

Anderzijds kan de nietigheid waarmee artikel 85, lid 2, verboden overeenkomsten treft, niet werken ten aanzien van buitenslands gevestigde ondernemingen; een nietigverklaring kan niet ten uitvoer worden gelegd en is in strijd met algemeen aanvaarde collisioneregels.

B — De stellingen van verweerster

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

De grief betreffende de motivering

Verweerster herinnert aan 's Hof's jurisprudentie op het stuk van de motivering, met name aan het arrest Grundig-Constens, volgens hetwelk de administratie in een procedure tot vaststelling van een overtreding niet gehouden is de afwijzing van de middelen van partijen te motiveren. Bovendien merkt verweerster op, dat de motivering van de door haar ingeroepen bevoegdheid ten dele is te vinden in de considerans van de beschikking, waar het gaat over het effect van het optreden van verzoekster voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt en het handelsverkeer tussen Lid-Statens.

De bevoegdheden der Commissie op grond van de gedragingen van verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt

Verweerster merkt allereerst op, dat de term „gedragingen” (of gedrag) ruimer is dan het verrichten van daden en dat zelfs stilzitten of nalaten in bepaalde omstandigheden een „gedraging” kan zijn. Het

menselijk gedrag is een onverbrekkelijk geheel en kan niet in statische categorieën — zoals enerzijds de handeling en anderzijds het effect — worden verdeeld. De aan verzoekster verweten praktijken bestaan daarin, dat zij aan haar dochtermaatschappijen binnen de Gemeenschap bevelen heeft gegeven tot verhoging van de prijzen, zoals blijkt uit een telex van verzoekster aan haar Italiaanse dochtermaatschappij gericht (bijlage II.16 bij het verweerschrift). En beïnvloeding van de gedragslijn der dochtermaatschappijen is een gedraging van verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt, die deel uitmaakt van de onderling afgestemde feitelijke gedragingen ten aanzien waarvan de Commissie bevoegd is.

Eerst bij ontvangst van de instructies door de dochtermaatschappijen, dat wil zeggen pas binnen de gemeenschappelijke markt, heeft verzoeksters invloed op het gedrag der dochtermaatschappijen zich doen gelden.

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

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

Subsidiair betoogt *verweerster*, dat zij bevoegd was met betrekking tot de gedraging van verzoekster buiten de gemeenschappelijke markt, omdat die gedraging op de gemeenschappelijke markt is betrokken — opvatting welke volgens verweerster zowel in overeenstemming is met de huidige stand van het volkenrecht als met het recht der Lid-Staten —.

Verweerster wijst erop, dat alleen de vraag naar de wetgevende en de regle-

menterende bevoegdheid van de internationale rechtssubjecten in geding is — en niet het probleem betreffende hun bevoegdheid tot tenuitvoerlegging buitenslands —.

a) De vraag of de door de Commissie ingeroepen bevoegdheid zich met het internationale recht verdraagt

Verweerster merkt op, dat de schaarse gezaghebbende internationale arresten vooral betrekking hebben op de bevoegdheid der staten tot vervolging van commune overtredingen. Het kartelrecht is veeleer bestuursrechtelijk van aard; bovendien maken de gevolgen van een inbreuk op het kartelrecht zelden of nooit een rechtstreeks materieel gevolg van de handeling uit. Daarom zal men deze precedents steeds hebben af te stemmen op de bijzondere eisen van deze materie.

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

dere staat verricht, zeer in het algemeen gesteld.

Het Alcoa-arrest hield een bevestiging in van de gelding van het Amerikaanse kartelrecht, zonder dat explicite grenzen werden gesteld aan de extraterritoriale toepassing van dit recht, zodat men eruit kon afleiden dat iedere buitenslands tussen buitenlanders tot stand gekomen afspraak waarin de mededinging op de Amerikaanse markt wordt beperkt, onder het verbod van het Amerikaanse antitrustrecht kon vallen, hoe indirect, verwijderd en onbelangrijk het verband of de gevolgen van de afspraak met respectievelijk op de markt aldaar ook mogen zijn. Bovendien vormde dit arrest het uitgangspunt voor een ruime extraterritoriale uitlegging van de executiebevoegdheid der Amerikaanse rechtbanken en regeringsinstanties, die enerzijds tot het geven van „injunctions” aan buitenslands gevestigde ondernemingen zijn overgegaan en anderzijds zelfs wijziging van in den vreemde tussen buitenlanders gesloten contracten of statuten hebben gelast. De diplomatieke protesten die op deze handelwijze zijn gevolgd, betroffen uitsluitend de *toepassing* der Amerikaanse antitrustwetgeving op buitenlanders.

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

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

Met betrekking tot het gevaar van een te ver doorgedreven toepassing van de Alcoa-doctrine op de legislatieve bevoegdheden wijst verweerster erop, dat enerzijds de bevoegdheid van een staat niet kan worden gegrondvest op enigerlei indirecte verwijderde band met zijn economie en anderzijds strikte toepassing van de objectieve territorialiteitstheorie wei-

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

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

Op grond van een en ander betoogt verweerster dat de Gemeenschap, wanneer het er (des neen) voor zou moeten worden gehouden dat verzoeksters gedraging volledig elders heeft plaatsgehad, noch-

tans bevoegd is wegens de economische uitwerking dezer gedraging op de gemeenschappelijke markt en de daarin besloten liggende inbreuk op de — kartelrechtelijke — openbare orde van de Gemeenschap. Om tot dit resultaat te komen behoeft men slechts de „economische gevolgen”-theorie voorzichtig toe te passen en het belang van de directe economische uitwerking van verzoeksters gedrag, met name de opeenvolgende prijsverhogingen op de gemeenschappelijke markt, in aanmerking te nemen. Dit resultaat is in overeenstemming met de beginselen, welke het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak heeft opgesteld, en met de eerdere gedragslijn van de Commissie, zoals die blijkt uit haar beschikkingen in de zaken Grosfillex (PB 1964, blz. 915), Bendix (PB 1964, blz. 1426), Vitapro (PB 1964, blz. 2287), Transocean (PB 1967, nr. 163, blz. 10) en European Machine Tool Exhibition (PB 1969, nr. L 69, blz. 13).

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

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

De door verzoekster bedoelde diplomatieke protesten en legislatieve maatregelen vormden een reactie op een excessieve extraterritoriale uitoefening van de enkele executiebevoegdheid en zeggen

dus weinig over de houding der staten ten aanzien van de extraterritoriale werking der eigen kartelwetgeving.

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

C — Memorie van repliek van verzoekster

De internationale rechtspersoonlijkheid der Gemeenschap

Verzoekster zegt voor repliek, dat de Commissie er in haar betoog van uitgaat, dat de regelen van het internationaal publiekrecht inzake de bevoegdheid der staten uit den aard der zaak van toepassing zijn op de Europese Economische Gemeenschap — als internationaal rechtssubject —. Verzoekster acht dit uitgangspunt onjuist, omdat de EEG als niet soevereine functionele Gemeenschap naar internationaal publiekrecht geenszins kan worden vergeleken met een soevereine staat. Verzoekster verwijst te dien aanzien naar het aanvullend juridisch advies van professor Huber (bijlage bij repliek).

Verzoeksters activiteiten op de gemeenschappelijke markt

Waar de Commissie in haar verweerschrift stelt dat verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt activiteiten heeft ontplooid in strijd met artikel 85 van het Verdrag, is zij in deze stelling *niet ontvankelijk*, omdat zij in de bestreden beschikking niet is te vinden.

De theorie van verweerster, volgens welke de handelingen waartoe door de dochtermaatschappijen is besloten als handelingen van verzoekster moeten worden beschouwd, houdt een miskenning in van de juridische onafhankelijkheid van de dochtermaatschappijen jegens de moedermaatschappij en is der-

halve volkomen vreemd aan het Gemeenschapsrecht en aan het recht der Lid-Staten. De Amerikaanse „alter ego”-doctrine berust op een speciale wetsbepaling, section 12 van de Clayton Act. Het standpunt van de Commissie is ook in strijd met de jurisprudentie van het Internationale Gerechtshof.

Verzoekster betoogt voorts dat verweerster, wat betreft de instructies welke zij naar haar in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen deed uitgaan, toegeeft dat de beweerde beïnvloeding op het gedrag der dochtermaatschappijen zich eerst bij ontvangst dezer instructies heeft doen gelden. Maar dan is er geen sprake van een „handeling” binnen de gemeenschappelijke markt, doch van een „effect” (dit onderscheid is gewettigd en ligt trouwens ten grondslag aan de doctrine op het stuk van de bevoegdheidsvragen in het mededingingsrecht). Ook al zou men deze beïnvloeding als een handeling binnen de EEG willen beschouwen, dan nog is de bevoegdheid der Commissie slechts aangetoond voor de prijsverhoging waartoe verzoeksters dochtermaatschappij in 1964 in Italië is overgegaan. Om de beweerde handelingen van verzoekster binnen de EEG te bewijzen heeft de Commissie namelijk alleen het telexbericht geciteerd dat verzoekster in 1964 naar Italië heeft gezonden.

Verzoekster merkt ten slotte op, dat de beweerde onrechtmatige daad in onderling afgestemd gedrag en niet in de prijsverhoging als zodanig zou bestaan. En de Commissie heeft nimmer beweerd dat zodanige voorafgaande „afstemming” binnen de EEG heeft plaatsgevonden.

De bevoegdheid welke de Commissie op grond van de effecten voor zich opeist

a) Naar internationaal publiekrecht

Verweerster verzuimt de uit het onderscheid tussen het mededingingsrecht en het strafrecht noodzakelijkerwijs voortvloeiende consequentie te trekken, namelijk dat in het mededingingsrecht niet mag worden afgeweken van het strikte territorialiteitsbeginsel, omdat dat recht, anders dan het klassieke strafrecht, niet

door alle staten wordt erkend. Het delict waarom het in de Lotus-zaak ging behoorde tot het alom erkende klassieke strafrecht; daarentegen kan ter zake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, waarvoor in de opvatting van de Commissie geen overeenkomst nodig is, in geen enkele staat van de EEG een geldboete worden opgelegd.

Ten aanzien van de Amerikaanse jurisprudentie merkt verzoekster op, dat het Alcoa-arrest aansloot op een wet die met zoveel woorden gericht was op beperking van de buitenlandse handel, terwijl in artikel 85 van het EEG-Verdrag geen dergelijke bepaling voorkomt. De Amerikaanse jurisprudentie te dier zake is trouwens in strijd met het internationaal publiekrecht en wordt buiten de Verenigde Staten niet aanvaard.

De protesten van de staten tegen de Amerikaanse politiek jegens buitenlandse kartels betreffen ook wettelijke maatregelen, terwijl bovendien iedere gedwongen tenuitvoerlegging van een wet, met name de invordering van een boete, uitoefening van de „enforcement jurisdiction” inhoudt.

De Engelse Regering heeft op 12 oktober 1969 bij de Commissie geprotesteerd wegens haar poging om een beginsel van gelijke strekking als het Alcoa-arrest toe te passen.

Ten aanzien van het argument dat de Commissie wil ontleenen aan het arrest van het Zwitserse Tribunal fédéral van 21 maart 1967, verwijst verzoekster naar het juridisch advies van professor Huber, dat zij als bijlage heeft overgelegd, volgens hetwelk dit arrest geen enkele aanwijzing bevat ter zake van de bevoegdheidsuitoefening in de procedure welke bij oplegging van geldboeten moet worden gevolgd. Professor Huber merkt onder meer op, dat het Zwitserse kartelrecht niet berust op dezelfde rechtsopvatting als het kartelrecht van de EEG, omdat men andere belangen wenst te beschermen. De betekenis die in het Zwitserse kartelrecht wordt gehecht aan het „effect” in de zin van een schending van een subjectief recht van belanghebbenden, kan dan ook niet worden vergele-

ken met de toepassing van het effectbeginsel in een procedure waarin wegens overtreding van het communautaire kartelrecht een geldboete kan worden opgelegd.

De tussenweg welke de Commissie voor de toepassing van het effectbeginsel bepleit, berust op een nogal vaag onderscheid tussen directe en indirecte gevolgen.

Het *beschermingsbeginsel*, volgens hetwelk er zelfs geen effect behoeft te zijn ingetreden op het grondgebied van de staat die ten deze bevoegdheid claimt, kan slechts worden toegepast wanneer de wezenlijke belangen van een staat worden geschonden of wanneer een rampzalig effect binnenslands moet worden voorkomen; anders uitgelegd, zou dit beginsel noodzakelijkerwijze leiden tot een territoriaal onbepaalde bevoegdheid in procedures wegens overtreding van het kartelrecht. De *relatiefactortheorie* wordt door de Commissie zo algemeen geformuleerd, dat zij in de praktijk in het geheel geen toepassing kan vinden.

b) Naar het nationale recht der Lid-Stat

Verzoekster betoogt, dat de bewering der Commissie als zouden de gevolgentheorie en de beschermingsprincipes ten grondslag liggen aan het kartelrecht van de Lid-Stat

De ruime bewoordingen van de Duitse wettelijke regeling betekenen niet, dat de Duitse wetgever zijn goedkeuring heeft willen hechten aan de toepassing van het nationaal recht op buitenlandse ondernemingen op basis van het effectbeginsel. Ook de Duitse Regering heeft trouwens geprotesteerd tegen de extraterritoriale

toepassing van de Amerikaanse antitrustwetgeving. Hetzelfde geldt ten aanzien van de Franse praktijk. Wat de Nederlandse wet betreft verwijst verzoekster naar de kamerstukken, volgens welke toepassing van het Nederlandse kartelrecht een concrete handeling op Nederlands grondgebied veronderstelt. In geen der Lid-Stat

Verzoekster betwijfelt dan ook of de vertegenwoordigers der regeringen in het Adviescomité het standpunt van de Commissie hebben ondersteund.

D — Memorie van dupliek van verweerster

De internationale rechtspersoonlijkheid van de Gemeenschap

Verweerster wijst er in haar conclusie van dupliek allereerst op dat de Gemeenschap internationale rechtspersoonlijkheid bezit, zoals met name blijkt uit de artikelen 113, 114, 228 en 238 van het Verdrag betreffende het sluiten van handelsakkoorden en internationale akkoorden in het algemeen, uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie (arrest Costa tegen Enel, nr. 6-64) alsook uit het feit dat de Gemeenschap door ten minste 81 staten als internationaal rechtssubject is erkend.

De Gemeenschap moge niet over dezelfde internationale rechtspersoonlijkheid beschikken als een staat, al evenzeer is waar dat de Gemeenschap voortaan op bepaalde gebieden alleen titularis is van bepaalde soevereine bevoegdheden welke de Lid-Stat

De activiteiten van verzoekster binnen de gemeenschappelijke markt

Ten gevolge van de heerschappij van de moederonderneming over de dochteronderneming functioneert de schakel tussen het bevel van de moedermaatschappij en de uitvoering door de dochtermaatschap

pij automatisch. Dat de dochtermaatschappij in normale omstandigheden betrekkelijk vrij zou zijn in het vaststellen van haar verkoopprijzen, neemt niet weg dat de moedermaatschappij die vrijheid op elk moment kan inperken, hetgeen in casu is geschied. Dat de dochterondernemingen een eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, verandert hieraan niets; bovendien mag volgens de recente doctrine met het begrip rechtspersoon slechts worden gewerkt voor zover dit niet leidt tot resultaten die onredelijk en voor de rechtsorde onaanvaardbaar zijn. Deze basisgedachte heeft er onder meer toe geleid dat in de nieuwe Duitse vennootschapswetgeving de moedermaatschappij in bepaalde omstandigheden solidair met de dochtermaatschappij aansprakelijk wordt gesteld voor de verbintenissen van laatstgenoemde, waartegenover staat dat de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij bevelen mag geven. Ook in de Franse en Italiaanse wetgeving en in het Belgische voorontwerp voor een nieuwe vennootschapswet wordt op bepaalde punten rekening gehouden met de bijzondere concernverhoudingen. De theorie, dat de dochtermaatschappij als het verlengstuk van de moedermaatschappij is te beschouwen, sluit derhalve aan bij de rechtsstelsels der Lid-Staten.

Verweerster wijst er vervolgens op, dat de kartelrechtelijke voorschriften betrekking hebben op economische handelwijzen van ondernemingen voor zover zij uitwerking hebben op de markt, en dat op mededingingsgebied de economische realiteit belangrijker is dan de juridische vormgeving. De Commissie heeft ten gunste van de ondernemingen reeds met de specifiek concernrechtelijke verhoudingen rekening gehouden bij de afgifte van negatieve verklaringen. Derhalve moet het er voor worden gehouden, dat zulk een verhouding ook negatief kan werken.

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

a) De bevoegdheid der Commissie naar internationaal recht

Verweerster merkt op dat in het arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie in de Lotus-zaak weliswaar een uitzondering wordt gemaakt op de regel dat de ene staat zijn soevereine rechten niet op het grondgebied van de andere staat mag uitoefenen, doch aan een staat niet wordt verboden zijn rechtsmacht op zijn eigen grondgebied uit te oefenen telkens wanneer het gaat om feiten welke zich in den vreemde hebben voorgedaan. Volgens dit beginsel mogen de staten, evenals de Gemeenschap, regelen uitvaardigen voor hun eigen grondgebied in verband met gedragingen die zich in het buitenland hebben voorgedaan, zonder dat daartoe een „règle permissive” van het internationale recht nodig is. Het Permanente Hof te Den Haag heeft dit beginsel ook op het strafrecht van toepassing geacht, ondanks het nauwe verband tussen de bevoegdheid in strafzaken en het staatsbegrip. Met haar stelling dat een staat wel van een deel van zijn bevoegdheden op het terrein van het klassieke strafrecht, doch niet van die op het stuk van het kartelrecht kan afzien, komt verzoekster dan ook in tegenspraak met de redenen welke het Permanente Hof aanleiding geven de extraterritorialiteit te erkennen met betrekking tot het klassieke strafrecht.

Wanneer men uitgaat van de stelling van de Commissie dat het kartelrecht niet met het klassieke strafrecht mag worden gelijkgesteld, dan zijn de algemene regelen van het Lotus-arrest onverkort van toepassing, zodat de Commissie bij gebreke van een internationale verbodsbepaling bevoegd is om op het grondgebied van de Gemeenschap rechtsmacht uit te oefenen met betrekking tot buiten de Gemeenschap verrichte handelingen, zulks op grondslag van de relatiefactortheorie.

Zelfs wanneer men de opvatting dat kartelovertreedingen met delicten van gemeen strafrecht moeten worden gelijkgesteld voor de juiste zou houden en de „effet-élément constitutif”-leer zou toepassen, dan is er nog reden om de bevoegdheid der Commissie te erkennen.

Immers het bevel tot prijsverhoging, dat verzoeksters dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt hadden uit te voeren, is een handeling welke binnen de gemeenschappelijke markt rechtstreeks effect sorteert; handeling en gevolgen zijn bestanddelen van hetzelfde delict, evenals in de Lotus-zaak.

De diplomatieke protesten waarnaar verzoekster verwijst, waren vooral gericht tegen Amerikaanse wetsontwerpen die de verplichting behelsden stukken uit het buitenland naar de Verenigde Staten over te brengen; het ging dus typisch om de executiebevoegdheid. Geen dier protesten had echter betrekking op geldboeten, omdat het vaststellen daarvan onder de wetgevende bevoegdheid valt.

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

Wat betreft het — volgens verzoekster te vage — verschil tussen directe en indirecte effecten merkt verweerster op, dat met dit criterium in tal van rechtsstelsels en op meerdere rechtsgebieden wordt gewerkt. Toepassing van dit criterium te zamen met het beschermingsbeginsel en de relatiefactortheorie verschaft de bestreden beschikking, wat de bevoegdheid der Commissie betreft, een solide rechtsgrondslag.

Ten aanzien van verzoeksters stelling, dat de Commissie ter rechtvaardiging van haar bevoegdheid tenminste had moeten bewijzen dat het effect op de gemeenschappelijke markt van wezenlijk belang is, merkt verweerster op dat zij niet inziet waarom voor een direct effect een andere maatstaf zou moeten worden aangelegd dan voor handelingen, verricht binnen de gemeenschappelijke markt.

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

In antwoord op verzoeksters stelling dat het Verdrag geen relatiefactoren kent om de mededingsregels zodanig uit te leggen dat zij extraterritoriaal kunnen worden toegepast, betoogt verweerster dat artikel 85, lid 1, van toepassing is op alle mededingsbeperkingen die de handel tussen de staten ongunstig beïnvloeden en zich binnen de gemeenschappelijke markt voordoen. Deze beperkingen vinden hun oorsprong in handelingen, door niet tot de Gemeenschap behorende ondernemingen buiten de gemeenschappelijke markt verricht. Het enig gevolg van het ontbreken van een „foreign commerce clause” is dat artikel 85 niet algemeen kan worden toegepast op exporten naar den vreemde van ondernemingen in de Gemeenschap.

Dat procedureregels voor de oplegging van geldboeten aan buiten de EEG gevestigde ondernemingen ontbreken, vermag deze uitlegging van de basisbepaling niet te wijzigen, evenals de afwezigheid van expliciete bepalingen voor ondernemingen in derde landen tal van elders gevestigde ondernemingen niet heeft belet gebruik te maken van de mogelijkheid een negatieve verklaring of een buitentoepassingverklaring ex artikel 85, lid 3, aan te vragen.

Gezien haar internationale rechtspersoonlijkheid en haar uitsluitende, althans prioritaire bevoegdheden tot regeling van de mededinging in de handel tussen Lid-Staten, kan de Gemeenschap binnen de door het volkenrecht gestelde grenzen bepaalde kwesties naar eigen inzicht regelen. Toepassing van het extraterritorialiteitsbeginsel op de mededingsregels van het Verdrag mag geenszins afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat alle antitrustwetten der Lid-Staten in dezelfde richting gaan.

Artikel 39 van de Nederlandse wet op de economische mededinging is alleen toegepast op door de Amerikaanse autoriteiten gedane verzoeken om inlichtingen of toezending van stukken.

Hed advies van het Adviescomité inzake mededingsregelingen en economische machtsposities inzake de bevoegdheid van de Gemeenschap is volgens verweer-

ster een intern advies dat geen deel uitmaakt van haar beschikking.

2. *Het middel betreffende de betekening der beschikking*

Verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking irregulier is, voor zover de betekening dier beschikking ingevolge artikel 4 kan worden gedaan aan een der dochtermaatschappijen van de betrokken onderneming.

Tegen de stelling der bestreden beschikking dat de dochtermaatschappijen deel uitmaken van de „interne sfeer” van de moedermaatschappij, merkt *verzoekster* op, dat het Hof in het arrest 8-56 (ALMA) heeft overwogen dat een brief op regelmatige wijze in de interne sfeer („binnen het bereik”) van geadresseerde was gekomen, omdat zij op regelmatige wijze de zetel van de betrokken onderneming had bereikt. Deze voorwaarde was in casu echter niet vervuld, want *verzoekster* is gevestigd te Bazel en niet te Frankfurt, waar de Commissie getracht heeft haar beschikking te betekenen. De onafhankelijkheid van de dochtermaatschappijen als afzonderlijke rechtspersonen geldt ook voor de procedure. Naar Duits vennootschapsrecht mogen betekeningen voor de *verzoekster* niet aan haar in Duitsland gevestigde dochtermaatschappij worden gedaan.

In voormeld advies merkt professor Huber op dat de fictie als zouden verschillende maatschappijen juridisch een eenheid vormen in flagrante strijd is met de structuur der wereldeconomie. In het Zwitserse belastingrecht gedooft het economische gezichtspunt niet de juridische zelfstandigheid der vennootschappen te negeren, behalve wanneer die zelfstandigheid alleen met het oog op belastingontduiking in het leven is geroepen. Door te stellen dat dochtermaatschappijen en moedermaatschappij een geheel vormen, tracht de Commissie in werkelijkheid het obstakel der territoriale grenzen uit de weg te ruimen.

Verweerster brengt hiertegen in, dat *verzoekster* kennis heeft genomen van de bestreden beschikking, welke haar dochtermaatschappij haar in Zwitserland

heeft doen toekomen. Zij voegt hieraan toe dat in artikel 191, tweede alinea, van het EEG-Verdrag voor de betekening geen bijzondere formaliteit is voorzien; wanneer derhalve betekening aan *verzoeksters* dochtermaatschappij onvoldoende moet worden geacht, wil dit alleen zeggen dat de bestreden beschikking jegens haar nog niet werkt.

Met een beroep op 's Hof's arrest 8-56 betoogt *verweerster*, dat betekening aan een binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochtermaatschappij, die door *verzoekster* geheel wordt gecontroleerd, impliceert dat de aldus betekende beschikking in het bereik van *verzoekster* is gekomen, al bezit de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid. Dit beginsel moet ook gelden voor de kennisgeving van de handelingen in het kader van een louter administratieve procedure.

Terwijl volgens dit arrest de geadresseerde, wanneer de beschikking eenmaal in zijn bereik is gekomen, daarvan niet ook in feite behoeft kennis te nemen, is de verplichting tot betekening in casu *a fortiori* vervuld, omdat de bestreden beschikking wel degelijk ter kennis van de geadresseerde is gekomen.

In de conclusie van repliek betwist *verzoekster* de stelling dat zou vaststaan dat haar dochtermaatschappij haar de beschikking in Zwitserland heeft doen toekomen en merkt zij op dat de expeditie van de betrokken beschikking naar de Commissie is teruggezonden — en niet naar Zwitserland doorgezonden —. *Verzoekster* heeft van de beschikking alleen kennisgenomen uit de pers en uit het Publikatieblad der Gemeenschappen, waarin de volledige tekst trouwens niet was opgenomen. De beschikking moest niet slechts feitelijk, doch ook rechtens worden betekend. Volgens artikel 191, tweede alinea, van het Verdrag is betekening van een beschikking een noodzakelijke voorwaarde voor haar werking. Dat *verzoekster* puur toevallig van de beschikking kennis heeft genomen is dus in zoverre irrelevant. Anders dan de Commissie schijnt te willen volhouden, maakt het feit dat *verzoekster* tijdig in beroep is

gekomen, de fout welke zowel de wijze van kennisgeving aankleeft als artikel 4, tweede alinea, der beschikking, waarin deze wijze van kennisgeving is voorzien, niet ongedaan.

's Hofs arrest 8-56 biedt geen steun aan de stelling der Commissie omdat het Hof in zijn redenering uitging van een betekening aan de zetel van de betrokken onderneming zelf, doch naar Zwitsers recht, dat op verzoekster uitsluitend van toepassing is wanneer moet worden vastgesteld waar zij is gevestigd, kon zij als „vennootschap op aandelen” niet meer dan één zetel hebben. De zetel van de dochtermaatschappij kan dus onmogelijk als zetel van de moedermaatschappij worden beschouwd. De juridische zelfstandigheid van de dochtermaatschappijen is trouwens door het Hof steeds weer bevestigd (men zie de arresten in de zaken 17 en 20-61, Mannesmann e. a.).

Verweester merkt op, dat de firma Geigy blijkens de brief die zij op 1 augustus 1969 aan de Commissie deed toekomen (bijlage V bij het verzoekschrift) wel degelijk wist wat er stond in de brief die de Commissie tot haar had gericht. Reeds het enkele feit dat verzoekster haar dochtermaatschappij heeft kunnen opdragen de brief — met de tekst der beschikking — terug te zenden, bewijst dat zij in verzoeksters „bereik” is gekomen.

Verzoeksters verwijzing naar het arrest van 5 februari 1970 van het Internationale Gerechtshof in de zaak Barcelona Traction is irrelevant, omdat de inhoud van het begrip rechtspersoon zich volkomen wijzigt naar gelang men het toepast op de diplomatieke bescherming of op concernverhoudingen. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar 's Hofs jurisprudentie in de schrootzaken.

Om redenen van wellevendheid in het internationaal verkeer en vooral gezien het standpunt van de Zwitserse Regering, is de bestreden beschikking niet per post verzonden. Omdat anderzijds de Zwitserse ambassadeur de beschikking niet langs diplomatieke weg heeft willen betekenen, heeft de Commissie daarvan kennisgegeven aan een binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde

dochteronderneming van verzoekster. Deze wijze van publikatie doet beter recht wedervaren aan de belangen van de betrokken ondernemingen dan plaatsing der beschikking in het Publikatieblad van de Gemeenschappen en moet met betekening aan de geadresseerde worden gelijkgesteld. De beide alinea's die wegens het zakengeheim in deze publikatie zijn weggelaten, raken verzoekster niet rechtstreeks. Men kan trouwens de autoriteiten van vreemde staten of van internationale organisaties niet dwingen betekenisvoorschriften na te leven die door een staat ten behoeve van zijn eigen onderdanen zijn opgesteld. Ten slotte kan een onjuiste betekening een beschikking nimmer nietig maken.

3. *Het middel betreffende de inleiding van de administratieve procedure*

Verzoekster brengt in herinnering, dat bij besluit der Commissie van 31 mei 1967 werd bepaald, dat te haren aanzien met toepassing van artikel 3 van verordening nr. 17 een procedure zou worden ingeleid. Voor zover die procedure — zonder nader besluit van de Commissie — vervolgens ook werd gevoerd ex artikel 15 dier verordening, is er een onregelmatigheid begaan, en met name in strijd gehandeld met artikel 19 van verordening nr. 17 en de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99 junctis de artikelen 162, tweede alinea, van het EEG-Verdrag en 27 van het reglement van orde der Commissie.

Verzoekster merkt bovendien op, dat de Directeur-generaal Concurrentie geen enkele bevoegdheid had tot het inleiden van een procedure in de zin van artikel 15 van verordening nr. 17 en dat de Commissie bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling hem zodanige bevoegdheid ook niet wettiglijk kon delegeren.

In haar verweerschrift verwijst verweester naar de tekst van het besluit van 31 mei 1967, waar men onder meer leest: „gezien verordening nr. 17 van de Raad, onder anderen artikel 3 en artikel 9, tweede en derde alinea, ... besluit ...”. Uit deze bewoordingen blijkt duidelijk, dat het besluit is genomen ingevolge ver-

ordering nr. 17 in haar geheel, niet alleen ingevolge de artikelen 3 en 9. Bovendien sluit volgens lid 3 van voormeld artikel 3 de aldaar aan de Commissie toegekende bijzondere bevoegdheid die tot het opleggen van geldboeten niet uit. Men heeft bij het inleiden der procedure speciaal artikel 3 vermeld om voor de toekomst de concurrerende bevoegdheid der nationale autoriteiten tot toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag — via artikel 9, lid 3, van genoemde verordening — uit te sluiten.

In haar conclusie van repliek merkt *verzoekster* op dat het besluit van 31 mei 1967, dat thans te harer kennis is gebracht, niet duidelijk genoeg op het inleiden van een procedure ex artikel 15 betrekking heeft.

Verweerster zegt voor repliek, dat nergens is bepaald dat in een besluit tot inleiding van een procedure krachtens verordening nr. 17 speciaal artikel 15 moet worden vermeld. Tussen de ondernemingen en de Commissie is de mededeling van de punten van bezwaar bepalend voor de materiële omvang van de procedure. In hoofdstuk 15, lid 2, van deze mededeling was gezegd dat de gewraakte overtreding in ieder geval het gevolg was van een ernstige onachtzaamheid, zodat de voorwaarden voor toepassing van artikel 15, lid 2, waren verwezenlijkt.

Ten slotte heeft niet de Directeur-generaal Concurrentie, maar de Commissie het besluit van 31 mei 1967 tot inleiding van de procedure genomen.

4. *Het middel betreffende de mededeling van de punten van bezwaar aan verzoekster in Zwitserland*

Verzoekster herinnert aan artikel 2, lid 3, van verordening nr. 99-63 volgens hetwelk een geldboete alleen kan worden opgelegd wanneer de betrokken onderneming schriftelijk op de hoogte is gesteld van de punten van bezwaar, en merkt dan op dat deze door de Commissie niet zijn medegedeeld volgens de algemene regelen van het volkenrecht en het Zwitserse recht — wet van de plaats waar die mededeling moet geschieden —. Volgens een in het volkenrecht alge-

meen aanvaard beginsel, is iedere staat gerechtigd zelf te beslissen of buitenlandse autoriteiten aan een op zijn grondgebied woonachtig persoon per post officiële stukken mogen betekenen. De mededeling van de punten van bezwaar is een administratieve handeling van dwingende aard, waarbij officieel een strafrechtelijke procedure wordt ingeleid. Voormeld beginsel, dat geldt voor de betekening van alle officiële stukken, zou dus a fortiori op deze mededeling moeten worden toegepast. *Verzoekster* merkt op, dat Zwitserland door zich te verzetten tegen het Haagse Verdrag betreffende de burgerlijke rechtsvordering van 1905 reeds duidelijk had te kennen gegeven, dat het in burgerlijke en handelszaken geen betekeningen per post op zijn grondgebied zou gedogen. De constante praktijk van de Zwitserse autoriteiten is hiermede in overeenstemming. De punten van bezwaar zijn derhalve niet regulier medegedeeld, hetgeen de mededeling naar de algemene beginselen van het volkenrecht nietig en van onwaarde maakt. Professor Huber betoogt in voormeld advies dat, ofschoon zulks uitzondering inhoudt op de regelen betreffende de onderlinge gerechtsbijstand, een soevereine staat volkenrechtelijk betekening per post van de soevereine wilsuiking van een vreemde staat niet behoef te gedogen, zelfs niet in niet-civiele zaken en a fortiori niet in strafzaken. In strafzaken kan men geen wettelijke belemmeringen omzeilen, zelfs niet door domiciliëkeuze in Zwitserland of via handelingen waarvoor de particuliere autonomie geldt.

Verzoekster verbindt aan deze overwegingen de gevolgtrekking, dat de beschikking schending inhoudt van artikel 19 van verordening nr. 17 en van de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99, nu ze is genomen zonder dat de punten van bezwaar rechtsgeldig aan betrokkene zijn medegedeeld. Zij verwijt de Commissie niet de weg te hebben bewandeld welke haar door het Zwitserse Département fédéral de la Police was aanbevolen: *verzoekster* uitnodigen om met het oog op een eventuele betekening domicilie te kiezen op het grondgebied van de EEG

en, mocht zij zulks niet doen, haar te wijzen op de daaruit voortvloeiende gevolgen. Door zich op het standpunt te stellen dat de procedurevoorwaarden van het Gemeenschapsrecht zijn vervuld wanneer verzoekster, een eventueel niet-reguliere mededeling ten spijt, in feite kennis heeft gekregen van de punten van bezwaar, miskent de Commissie de beginselen van het volkenrecht. Dat zij vervolgens heeft getracht de definitieve beschikking te betekenen aan een dochtermaatschappij van verzoekster in Duitsland en niet rechtstreeks aan verzoekster in Zwitserland, bewijst dat zijzelf het gevoel had bij de mededeling van de punten van bezwaar een onregelmatigheid te hebben begaan.

Verweerster brengt hiertegen in, dat de aan verzoekster per post gedane mededeling van de punten van bezwaar niet is te beschouwen als uitoefening ener administratieve bevoegdheid van dwingende aard. Die mededeling heeft met het inleiden van de procedure niets uitstaande, en de ondernemingen zijn niet gehouden er opmerkingen over te maken. Het andersluidende advies van de Zwitserse politieautoriteiten lag in de lijn van een zeer restrictieve praktijk, die nergens in de Zwitserse wet is vastgelegd en niet beantwoordt aan een algemeen aanvaard volkenrechtelijk beginsel. Het gaat slechts om uitlegging van Zwitsers recht en schending daarvan kan geen grond opleveren voor een beroep ingevolge artikel 173 van het EEG-Verdrag.

Wanneer verzoekster er op stond dat verweerster de in Zwitserland geldende voorschriften zou eerbiedigen, had zij domicilie kunnen kiezen in een der Lid-Staten van de Gemeenschap; anders dan professor Huber betoogt, is de hier bedoelde procedure niet strafrechtelijk van aard.

In haar conclusie van repliek wijst *verzoekster* erop, dat volgens artikel 2, lid 2, van verordening nr. 99, de schriftelijke kennisgeving van de punten van bezwaar een wezenlijk bestanddeel is van de procedure tot oplegging van een geldboete. Zij maakt naar aard en onderwerp deel uit van de uitoefening der administra-

tieve bevoegdheden en is derhalve een bestuurshandeling in de zin van de Zwitserse jurisprudentie, waarin de mededeling van alle processtukken als zodanig wordt aangemerkt. De door de Commissie als te restrictief gewraakte Zwitserse praktijk steunt volgens verzoekster op het volkenrecht.

Verzoekster wijst er voorts op dat zij, anders dan de Commissie betoogt, naar aanleiding van de punten van bezwaar geen schriftelijke en mondelinge opmerkingen heeft gemaakt; alleen haar dochtermaatschappijen hebben dat gedaan.

Ten aanzien van de mogelijkheid om binnen de EEG domicilie te kiezen merkt verzoekster op, dat zij een daartoe strekkende uitnodiging nimmer heeft ontvangen. Men mag de zaak niet op zijn kop zetten door de nietigheid van de mededeling te wijten aan de praktijk der Zwitserse autoriteiten en aan het gedrag van verzoekster.

5. Het middel betreffende het recht om te worden gehoord

Verzoekster betoogt, dat de feiten vermeld in de sub 3 en 4 genoemde middelen, ook schending inhouden van het recht te worden gehoord, dat in artikel 19 van verordening nr. 17 en in de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99 wordt toegekend. Bovendien blijken er zelfs na de mededeling van de punten van bezwaar nog handelingen van onderzoek te zijn verricht, hetgeen een nadere schending oplevert van artikel 2 van verordening nr. 99, volgens hetwelk aan het eind van het onderzoek aan de ondernemingen mededeling moet worden gedaan van de punten van bezwaar die door de Commissie in aanmerking zijn genomen.

De mededeling van de punten van bezwaar is in zo vage bewoordingen vervat, dat onvoldoende blijkt hoe verzoekster zich zou hebben schuldig gemaakt aan afstemming van haar gedrag op dat van alle andere ondernemingen waaraan de punten van bezwaar zijn medege-deeld; de mededeling ontbeert aldus de volgens artikel 19 van verordening nr. 17 en de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99 nodige rechtsgrondslag.

Verzoekster beklagt zich er voorts over, dat aan de bestreden beschikking elementen zoals de gelijktijdigheid van de telexberichten ten grondslag zijn gelegd, die in de mededeling van de punten van bezwaar niet ter sprake kwamen.

Verweerster brengt hiertegen in dat het voldoende is wanneer de Commissie betrokkenen in zoverre inlicht, dat zij kunnen vaststellen welke punten van bezwaar de Commissie in aanmerking heeft genomen. In casu zijn de voornaamste elementen weergegeven in het tweede gedeelte van de mededeling der punten van bezwaar.

Naar aanleiding van de grief dat er na de mededeling van de punten van bezwaar nog daden van onderzoek zijn verricht, merkt *verweerster* op dat het onderzoek in zoverre alleen ten doel had de juistheid te verifiëren van de beweringen die door sommige ondernemingen in de loop van de procedure waren gedaan, met name de bewering dat de prijzen na een algemene verhoging telkens weer snel waren gezakt als gevolg van concessies aan bepaalde cliënten. Bij het nemen van de bestreden beschikking heeft *verweerster* alleen de feiten in aanmerking genomen die in de mededeling van de punten van bezwaar waren gerelateerd.

Meer in het algemeen merkt *verweerster* op, dat de procedureregels van de verordeningen nr. 17 en nr. 99 niet zijn te beschouwen als regels betreffende de uitvoering van het Verdrag in de zin van artikel 173, want dan zou schending van de vormvoorschriften dier verordeningen altijd een beroepsgrond opleveren, hetgeen niet het geval is met de vormvoorschriften van het Verdrag zelf.

In haar conclusie van repliek merkt *verzoekster* op, dat volgens 's Hof's arrest in de gevoegde zaken 56 en 58-64 (Grundig-Consten) betrokkene voldoende op de hoogte moet worden gebracht van de feiten waarop de punten van bezwaar berusten, hetgeen in casu wil zeggen dat de Commissie onder meer mededeling had moeten doen van de stukken uit het dossier die zij heeft gebruikt, voor zover zodanige mededeling ter informatie van betrokkenen noodzakelijk was. Zonder

de volledige tekst te kennen van de telexberichten die de Commissie alleen in de bij het verweerschrift gevoegde bijlagen heeft vermeld, kon *verzoekster* zich geen oordeel vormen over de beweerde gelijkkluidendheid dier berichten.

Verzoekster betoogt, dat dit middel niet impliceert dat zij erkent de mededeling van de punten van bezwaar te hebben ontvangen — dit punt wordt afzonderlijk besproken in middel 4 —.

Ten slotte betoogt *verzoekster* dat schending van het recht om te worden gehoord steeds een schending van wezenlijke vormvoorschriften is als bedoeld in artikel 173 van het Verdrag, omdat dit recht deel uitmaakt van de fundamentele waarborgen van ieder stelsel dat op de beginselen van de rechtsstaat is gebaseerd.

In haar conclusie van dupliek verwijt *verweerster* *verzoekster*, dat zij de verplichtingen der Commissie tijdens de administratieve procedure verwart met die welke op haar als *verweerster* voor het Hof rusten.

De gelijklopende passages in de instructies voor de prijsverhogingen van 1964 aan de dochtermaatschappijen der verschillende ondernemingen zijn aangegeven onder nr. 10 van de mededeling van de punten van bezwaar.

6. Het middel betreffende de verjaring

Op grond van het beginsel *in dubio pro reo* betoogt *verzoekster* dat waar in de communautaire voorschriften geen verjaringstermijn is voorzien, de voor de volgende ondernemingen meest gunstige regel moet worden toegepast, dat wil zeggen de Italiaanse regeling met een verjaringstermijn van 18 maanden.

Verzoekster betoogt, dat er tussen de beweerde onderling afgestemde feitelijke gedragingen van 1965 en die van 1967 geen continuïteit bestaat en dat er geen enkele handeling is verricht die de verjaring ten aanzien van de beweerde onderling afgestemde feitelijke gedraging welke tot de prijsverhoging van januari 1965 heeft geleid, kon stuiten.

Verweerster brengt hiertegen in, dat de drie uniforme prijsverhogingen van januari 1964, januari 1965 en oktober

1967 het resultaat zijn geweest van een bij voortduring afgestemd gedrag over de gehele periode januari 1964 — oktober 1967. De verjaringskwestie komt dus in deze zaak niet aan de orde.

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

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

Op grond van deze verschillen komt de Commissie tot de conclusie, dat er geen nauwkeurige criteria kunnen worden opgesteld, zodat ten aanzien van de verjaring van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag alleen rekening moet worden gehouden met de eisen van het Gemeenschapsrecht.

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

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

In haar memorie van repliek merkt *verzoekster* op, dat de Commissie zich niet op continuïteit tussen de drie prijsverhogingen mag beroepen, omdat zulks in de bestreden beschikking niet is gesteld.

Anderzijds vat de Commissie het begrip continuïteit verkeerd op. Voor continuïteit is nodig, dat men van de aanvang af een geleidelijk te bereiken globaal resultaat nastreeft. Doch gezien de eisen van het economisch leven, zijn overeenkomsten met het oog op opeenvolgende prijsverhogingen in de toekomst uitgesloten. Dat de prijsverhoging waartoe in januari 1965 in Italië werd besloten moest worden uitgesteld omdat twee van de vervolgde ondernemingen niet met de prijsleider waren meegegaan, bewijst duidelijk dat de betrokken fabrikanten niet besloten waren hun prijzen in latere jaren opnieuw te verhogen.

Waar een gemeenschappelijk plan van de belanghebbenden ontbrak, kon dus aan continuïteit niet worden gedacht.

In haar memorie van dupliek betoogt *verweerster* dat de veronderstelling van een continu afgestemd feitelijk gedrag voldoende rechtvaardiging vindt in het feit dat elke betrokken onderneming er reeds bij de prijsverhoging van 1964 op kon rekenen, dat de andere betrokken ondernemingen bij nieuwe algemene prijsverhogingen een zelfde gedragslijn zouden volgen. Wegens de permanente prijsafbrokkeling hadden de gezamenlijke kleurstoffenfabrikanten er voortdurend belang bij om, uitgaande van een tamelijk lage concurrerende prijs, tot een voor allen winstgevender prijspeil te komen door gezamenlijk af te zien van wederkerige „onderbiedingen”.

7. *Het middel betreffende het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, de redengeving en het bewijs te dien aanzien*

Verzoekster betoogt dat de Commissie de term „onderling afgestemde feitelijke gedraging” in artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verkeerd opvat, immers uitgaat van een onjuiste voorstelling van de EEG-kleurstoffenmarkt. Zij verwijst naar het advies van de professoren Bom-

bach en Hill (bijlage 8 bij het verzoekschrift), volgens hetwelk de Europese kleurstoffenmarkt een typisch voorbeeld biedt van een onvolkomen markt, welke onvolkomenheid niet kunstmatig wordt teweeggebracht doch aan objectieve omstandigheden moet worden toegeschreven.

Gezien het *buitengewoon grote assortiment* van de produkten op de markt krijgt de koper geen goed inzicht in de technische en chemische eigenschappen der verschillende kleurstoffen, de prijzen die door de verschillende aanbieders worden gevraagd en de bijzondere leverings- en servicevoorwaarden.

De fabrikanten moeten in de nabijheid van de verbruikscentra *aanzienlijke voorraden* aanhouden, omdat de verbruikers telkens kleine hoeveelheden afnemen en hun voorraden zeer gering zijn; daarom gaat het bij het aanvullen der voorraden om geringe hoeveelheden en zijn de depotkosten hoog. Doch zelfs bij speciale produkten zijn de depots van wezenlijk belang, omdat de mogelijkheid aan bijzondere wensen van de cliëntèle te kunnen voldoen soms belangrijker is dan prijsconcessies.

Bovendien is als gevolg van de steeds hogere kosten van onderzoek de *rentabiliteit* van de kleurstoffensectoren in de loop van de laatste tien jaren aanzienlijk verminderd. Zodra een prijsleider blijkt zijn marktprijzen te hebben verhoogd, is het dus normaal dat de andere ondernemingen terstond zijn voorbeeld volgen. Een belangrijke onderneming die niet zou meegaan, zou van zodanig beleid geen profijt kunnen trekken; de andere fabrikanten zouden dan door hun cliënten zodanig onder druk worden gezet, dat ze zich gedwongen zouden zien hun prijsverhogingen in te trekken, waardoor ook de fabrikant die zijn prijzen niet verhoogde, er uiteindelijk niet beter van zou worden.

Nog steeds volgens de professoren Bombach en Hill is de belangengemeenschap van de Europese kleurstoffenmarkt analoog aan de marktsituatie bedoeld in 's Hofs arrest 13-60; zij leidt tot een soort stilzwijgende coalitie, zoals die be-

kend is uit de theorie inzake de oligopolistische strategie, die er van uitgaat dat er geen enkele communicatie tussen betrokkenen bestaat en dat alleen de belangengemeenschap hen tot een gemeenschappelijke houding brengt.

Het „Kammergericht” te Berlijn en de „National Board for Prices and Incomes” zijn tot een soortgelijke conclusie gekomen op grond van het oligopolistische karakter van de Europese kleurstoffenmarkt.

De bestreden beschikking beperkt zich tot de vaststelling dat gelijktijdig tot de prijsverhogingen werd overgegaan en dat de percentages dezelfde waren, dezelfde produkten betroffen en op dezelfde wijze zijn toegepast, doch naar de oorzaak van dit beweerde parallelle gedrag wordt niet gevraagd. De Commissie had in de considerans van haar beschikking moeten aantonen, dat het optreden van de betrokken fabrikanten niet te verklaren was door het economisch verschijnsel van het prijsleiderschap, doch juist het resultaat was van voorafgaande wils-overeenstemming der ondernemingen inzake hun marktgedrag. In de beschikking ontbreekt een individualisatie van de specifieke elementen waardoor een onderling afgestemde feitelijke gedraging zou kunnen worden bewezen, zodat verzoekster bezwaarlijk haar standpunt kan bepalen inzake de geheel algemeen gehouden conclusies van de Commissie.

Verzoekster merkt op, dat de gelijkheid der percentages een gevolg was van een prijsleiderschap. Wat de beweerde gelijktijdigheid van de verhogingen betreft: de Commissie preciseert deze alleen voor de prijsverhoging van 1964 in Italië. En ook deze was te verklaren door de oligopolistische marktstructuur. Omdat de prijsverhoging voor alle betrokken ondernemingen dezelfde kwesties aan de orde stelde, hadden de mededelingen aan de dochtermaatschappijen uiteraard een zelfde inhoud.

Met betrekking tot het feit dat de verkoopprijzen die aan de afnemers en aan de dochtermaatschappijen werden berekend, ten dele in verschillende mate zijn gestegen, merkt verzoekster op dat de

consequenties van de oligopolistische marktstructuur op de verbruikersmarkt aan de dag treden, terwijl de prijzen waartegen aan de dochtermaatschappijen werd verkocht, niet door het oligopolie-regime worden bepaald.

Ten aanzien van het feit dat de prijzen in Italië in 1967 niet zijn gestegen, betoogt verzoekster dat, anders dan de Commissie beweert, niet het gedrag van de vennootschap ACNA die verhoging heeft belet, doch verzoeksters vaststelling dat de voorwaarden daartoe niet waren vervuld in die zin, dat verzoekster niet in staat was in Italië als prijsleider op te treden en dat er geen andere fabrikanten waren om die rol te vervullen.

Geigy's gedrag op de bijeenkomst van 18 augustus 1967 was typerend voor een prijsleider op een oligopolistische markt en had met een onderling afgestemde feitelijke gedraging niets uitstaande.

Om al deze redenen heeft de Commissie artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag geschonden — zij heeft haar beschikking op onjuiste gronden doen steunen en haar beweringen onvoldoende gestaafd —. *Verweerster* brengt hiertegen in dat al moge een desbewuste parallele gedraging op zichzelf onvoldoende zijn om tot het bestaan van een onderling afgestemde gedraging te kunnen concluderen, het anderzijds niet nodig is dat de deelnemers een gemeenschappelijk plan voor een bepaald marktgedrag opstellen; het is voldoende dat zij elkander van hun voorgenomen toekomstig gedrag op de hoogte brengen, zodat iedere onderneming haar beleid kan uitstippelen in de verwachting dat de concurrenten zich op gelijke wijze zullen gedragen.

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

Verweerster merkt op dat de moderne oligopolietheorie van een veelvoud van

prijsvormingsprocessen in een oligopolie uitgaat en geenszins de conclusie wettigt dat oligopolie en gewild parallel marktgedrag altijd samengaan. De theoretici erkennen een bewust parallel gedrag der ondernemingen alleen wanneer sprake is van oligopolie met een zeer hoge graad van interdependentie, in die zin dat een onderneming niet kan overgaan tot een concurrentiemaatregel zonder dat zijn concurrenten daardoor terstond en waarneembaar worden getroffen en dienovereenkomstig reageren. Een onderneming zal dan haar prijs alleen verhogen wanneer zij er op kan rekenen dat haar concurrenten zullen volgen. Of en, zo ja, in hoeverre de ondernemingen de prijsverhogingen zullen volgen hangt in wezen af van hun marginale kosten en de schatting van hun prijsafzetkrommen. Dit houdt in dat, zelfs bij een zeer grote interdependentie, de onzekerheid van een onderneming die haar prijzen verhoogt omtrent de vraag of de concurrenten haar al dan niet zullen volgen, niet zonder meer is weggenomen. Wil van een bewust parallel gedrag sprake zijn, dan moet een aantal voorwaarden zijn vervuld, zoals: gering aantal aanbieders, hoge vaste kosten, grote beweeglijkheid van de vraag, homogeniteit en transparantie van de prijzen, geringe aanpassingsmogelijkheid van de productiecapaciteit op korte termijn, geringe elasticiteit van de vraag met betrekking tot het aanbod van alle concurrenten, technische moeilijkheden bij de publikatie van de gewijzigde prijzen en weerstand van de afnemers tegen frequente prijsveranderingen. Daar komt nog de voorwaarde bij, dat de markt zich in een stadium van stagnatie moet bevinden, zodat de interdependentie van de aanbieders niet losser wordt gemaakt door een grote toename van de vraag.

In Amerika wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak een overwegende rol toegekend aan de *homogeniteit der produkten*, wanneer moet worden beslist of van een bewust parallel gedrag sprake is. Volgens verschillende schrijvers doen zich de gevolgen van prijsveranderingen veel minder snel gevoelen — en zijn zij

in mindere mate te voorspellen — bij een gedifferentieerde produktie. Bovendien kan er, wanneer in de praktijk in den regel andere prijzen worden berekend dan in de aankondigingen vermeld, zelfs bij homogene produkten niet van een automatisch of absoluut parallelisme worden gesproken.

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

De toepassing van de criteria, opgesteld in de doctrine inzake het bewust parallel gedrag, laat zien dat van zulk een gedrag in de kleurstoffenindustrie geen sprake kan zijn. Uit de stukken die te zamen vormen rapport nr. 100 van de British National Board for Prices and Incomes inzake de kleurstoffenindustrie, gedagtekend 21 januari 1969 (bijlage V-1 bij het verweerschrift), uit het advies van de professoren Bombach en Hill (bijlage 8 bij het verweerschrift) — tijdens de hearing overgelegd door de ondernemingen ICI, Geigy en Sandoz — en uit verschillende door de Commissie overgelegde statistische berekeningen (tabellen I t/m VI van bijlage I van het verweerschrift) blijkt, dat de concurrentiebetrekkingen tussen de ondernemingen op de kleurstoffenmarkt geenszins als concurrentie met homogene produkten kunnen worden gekenmerkt.

De markt voor de hierbedoelde produkten betreft ongeveer 6 000 verschillende produkten, waarvan er door elk der betrokken ondernemingen 1 500 tot 3 500 worden vervaardigd, terwijl ten minste een deel hiervan nog wordt aangeboden in verschillende kwaliteiten en mengingen en in uiteenlopende fysische vormen. De verschillen in kleursterkte, kleurnuance, stabiliteit en oplosbaarheid lei-

den ertoe dat bij vergelijking van de produktes van verschillende fabrikanten vrijwel nergens een volledige overeenstemming tussen twee kleurstoffen kan worden geconstateerd. De graad van homogeniteit is zeer verschillend: hij loopt van de relatief goede vergelijkbaarheid van standaardkleurstoffen tot de vorming van dikwijls nog door octrooien beschermde quasi-monopolies voor kleurstoffen met speciale kenmerken. Bovendien ondergaan de substitutierelaties en de concurrentiepositie van de individuele kleurstoffen, gezien de technische vooruitgang, een voortdurende en snelle verandering. Deze markt wordt voorts nog gekenmerkt door *gebrekkige transparantie*, welke vooral samenhangt met het grote aantal produkten, hun heterogeniteit en de gedifferentieerde vraag (geleverd wordt aan afnemers uit de textiel-, leder-, papier-, levensmiddelen-, rubber- en kunststoffenindustrie alsmede aan fabrikanten van verven, inkten, cosmetica, enz.). Daarbij komt technische service aan de afnemers, welke afhankelijk van de cliënt meer of minder ver kan gaan. Hieruit volgt dat er voor de individuele kleurstoffen geen algemeen geldende prijs bestaat; de prijzen worden met iedere afnemer individueel overeengekomen, terwijl de prijsverschillen van afnemer tot afnemer aanzienlijk zijn. Deze wijze van berekening leidt ertoe, dat de door de ondernemingen voor elk produkt berekende prijzen zowel tussen hen onderling als tussen hun afnemers grotendeels onbekend zijn, hetgeen door ICI ook is erkend. Dit heeft ten gevolge dat prijsveranderingen van een fabrikant slechts onvolkomen en in ieder geval slechts met grote vertraging op de markt bekend worden.

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

Wat betreft de *beweeglijkheid van de vraag*: volgens de professoren Bombach

en Hill heerst er op de kleurstoffenmarkt een levendige prijsconcurrentie en zijn de afnemers geneigd bij prijsconcessies van leverancier te veranderen.

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

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

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

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

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

Hieruit vloeien onvermijdelijkerwijs ook *verschillen bij de winsten* voort. De

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

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

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

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

rallele acties niet automatisch tot stand komen.

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

In haar conclusie van repliek betoogt *verzoekster* dat enerzijds verweersters opvatting dat ook zonder uitdrukkelijke „afstemming” van een onderling afgestemde feitelijke gedraging sprake kan zijn, in strijd komt met de algemene opvatting van de doctrine dat voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging wilsovereenstemming van belanghebbenden nodig is. Anderzijds spreekt verweester zichzelf tegen wanneer zij een gecoördineerd optreden der ondernemingen verlangt, want voor zodanig optreden — dat verder gaat dan een uniforme gedragslijn — is voorafgaande „afstemming” nodig. De Commissie geeft helemaal niet aan hoe en in hoeverre de betrokken ondernemingen elkander van hun voorgenomen houding tegenover de gewraakte prijsverhogingen op de hoogte hebben gesteld. De verklaring van verzoeksters vertegenwoordiger op de bijeenkomst van Bazel van augustus 1967

had alleen ten doel de andere ondernemingen op de hoogte te stellen van het reeds genomen besluit de prijzen te verhogen; Geigy heeft die verhoging korte tijd nadien op de markt toegepast zonder de reactie van de andere ondernemingen af te wachten.

De Commissie kan ten bewijze van een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet volstaan met een weerlegging van verzoeksters betoog, dat haar gedrag haar was opgelegd door de structuur van de Europese kleurstoffenmarkt. Zelfs al zou zij hierin slagen, dan nog is het mogelijk dat verzoekster ook zonder marktdwang zelfstandig had gehandeld.

Ter beoordeling van verzoeksters gedrag moet men niet uitgaan van een of andere oligopolietheorie, zoals de Commissie doet, doch veeleer van nauwkeurige vaststellingen betreffende de situatie op de Europese kleurstoffenmarkt.

Verzoekster merkt op, dat de Commissie niet verklaart waarom de homogeniteit der producten van zoveel belang is en ook niet omschrijft wat zij onder homogeniteit verstaat. De door de Commissie aangehaalde Amerikaanse jurisprudentie is in dit geding irrelevant, omdat het daarin gaat om een rechtsstelsel dat van het Europese verschilt.

Volgens de professoren Bombach en Hill kan heterogeniteit onder meer voortvloeien uit de bijzondere leverings- en servicecondities voor bepaalde producten, alsook uit de snelheid van de technische vooruitgang. Het begrip homogene producten kan alleen met het oog op een bepaalde economische situatie worden gedefinieerd. Volgens deze hoogleraren heeft de ervaring geleerd, dat er ook bij technisch identieke producten steeds voorkeur voor bepaalde leveranciers bestaat.

Volgens verzoekster geeft in casu niet het criterium van de homogeniteit of heterogeniteit de doorslag, doch het feit dat er tussen de fabrikanten een sterke *interdependentie* bestaat en dat zij zich in deze sector geplaagd zien voor hoge kosten en dus iedere kans tot prijsverhoging moeten aangrijpen.

De Commissie vergeet, dat de groei van de onderhavige markt afhankelijk is van de graad van expansie der verwerkende industrieën, met name van de textielindustrie. Bijgevolg zijn de theoretische term „expansiegraad”, waarmee de Commissie werkt, en de verbruiks- en produktietabellen voor organische kleurstoffen niet van groot nut bij de beoordeling van de situatie op de Europese kleurstoffenmarkt. De Commissie miskent bovendien de *grenzen van de beweeglijkheid van de vraag* op de Europese markten voor de hierbedoelde produkten. Uit produktieoogpunt beschouwd, is geen enkele kleurstoffenfabrikant in staat te voldoen aan de vraag die zich in theorie zou kunnen voordoen, wanneer zij niet met de algemene prijsverhoging van de andere fabrikanten meegaat; daarvoor ware een — eerst na veel tijd te realiseren — uitbreiding van haar produktiecapaciteit nodig.

Anders dan de Commissie stelt, is het niet gemakkelijk op andere produkties over te schakelen. Trouwens, de markt is niet in staat eigener beweging uit te zetten, zodat iedere versnelling van het groeiritme bij een bepaalde fabrikant ten koste van de andere fabrikanten moet gaan. De fabrikanten hebben dan slechts de keus tussen een desastreuze prijsconcurrentie of verbetering van het rendement, welke zij verkrijgen door de prijsleider te volgen wanneer hij de prijzen verhoogt.

Het belang dat verweerster aan de voorraden toekent, is met de economische werkelijkheid in strijd; immers deze voorraden blijven steeds binnen de grenzen aangegeven door de lopende transacties en zijn derhalve altijd ontoereikend wanneer de vraag snel stijgt doordat verzoekster niet aan bepaalde prijsverhogingen meedoet. Het is, economisch gezien, niet rendabel met het oog hierop enorme voorraden aan te houden.

Wat betreft de gestelde verschillen in de marktpositie der fabrikanten, merkt verzoekster op dat de Commissie het aandeel van de speciale kleurstoffen in de totale omzet overschat. Het aandeel van verzoekster bedraagt slechts $\pm 5\%$ en

dat schijnt ook bij de andere fabrikanten het geval te zijn. Voor de verbruikers komt het trouwens niet op de chemische samenstelling der kleurstoffen, doch op de kleur aan. Zo kan de door menging van kleurstoffen verkregen homogene kleur de specialiteit der kleurstoffen onbelangrijk maken. Het Engelse rapport waarnaar de Commissie voor de speciale kleurstoffen verwijst, betreft alleen het evenredig aandeel dezer kleurstoffen in het totale assortiment van een fabrikant en niet het omzetpercentage dezer kleurstoffen. Het groot aantal speciale kleurstoffen van iedere fabrikant is op de omzet van geen invloed.

De bijzondere betrekkingen tussen fabrikanten en gebruikers, waarvan de Commissie gewag maakt, zijn inherent aan de Europese kleurstoffenmarkt als geheel en bieden de fabrikanten — op grond van een voor allen gelijke marktsituatie — dezelfde handelsperspectieven.

De verschillen in expansiegraad bewijzen niet dat de fabrikanten, wanneer zij tot prijsverhoging hebben besloten, op een verschillende rentabiliteit van de concurrenten mogen rekenen. Deze overweging ontnemt ieder belang aan de tabellen II, III en V, die als bijlage I van het verweerschrift zijn overgelegd.

De verschillen tussen de produktiekosten van de verschillende fabrikanten zijn van geen belang voor de beoordeling der door verzoekster toegepaste prijsverhoging. De prijzen worden steeds verhoogd tot het bedrag dat volgens degene die er toe overgaat, door de markt zal worden geaccepteerd. Speculatieve overwegingen prevaleren boven overwegingen verband houdende met de kosten. Bovendien kent degene die tot prijsverhoging overgaat, de kosten van zijn concurrent niet. De winsten kunnen van fabrikant tot fabrikant verschillen, doch de berekening van de winst per produkt is bijzonder hachelijk.

Verzoekster betoogt dat de Commissie, toen zij marktdwang bij speciale produkten wegwuifde (en concludeerde dat uniforme verhogingen voor deze produkten niet alleen uit de marktsituatie konden worden verklaard), ten onrechte geen re-

kening heeft gehouden met de geringe importantie van deze niet onderling verwisselbare kleurstoffen voor de omzet der Europese fabrikanten; ook zag zij eraan voorbij dat het grote aantal kleurstoffen het in de praktijk onmogelijk maakt te onderscheiden tussen de percentages van een algemene prijsverhoging al naar de produkten. Doch deze factoren wettigden de hoop, dat de verschillende fabrikanten zich zelfs voor niet-verwisselbare speciale produkten zouden aansluiten bij de onderneming die een prijsverhoging aankondigde. Bovendien blijkt uit hetgeen er bij de prijsverhoging van 1 januari 1965 in Italië is gebeurd, dat aan deze besluiten tot prijsverhoging een risico verbonden is.

De gedifferentieerde prijsverhogingen waarin de Commissie uitstekende mogelijkheden voor de ondernemingen ziet, leiden in werkelijkheid tot een rampzalige prijzenoorlog, waaraan voor de afnemers repercussies zijn verbonden, immers de fabrikant beschikt dan niet meer over de noodzakelijke financiële middelen om naar vernieuwing te streven en de klanten service te bieden. De Commissie zou er volgens verzoekster goed aan doen om, alvorens zulke adviezen te geven, de situatie op de betrokken markt grondig te analyseren.

De gelijkkluidendheid der telexberichten was een noodzakelijke consequentie van het feit dat er alom in het moderne economisch leven dezelfde omstandigheden heersen. De door de Commissie genoemde punten (de noodzaak een zo hoog mogelijke prijs toe te passen en nieuwe transacties tegen de oude lage prijzen te weigeren) zijn bij iedere prijsverhoging essentieel en moeten dus noodzakelijkerwijs in de brieven van alle fabrikanten worden vermeld. Overigens blijkt er bij de verkoop van de hierbedoelde produkten op tal van belangrijke punten geen enkele overeenstemming te bestaan: men zie de tabel van bijlage 3 bij de conclusie van repliek.

Verzoekster betwist uitdrukkelijk de bewering der Commissie, dat zij bij latere prijsverhogingen „voorzichtiger” zou zijn te werk gegaan.

De Commissie erkent trouwens dat de Europese kleurstoffenmarkt een bewust parallel gedrag mogelijk maakt: zij heeft geen boete opgelegd aan andere kleurstoffenfabrikanten, die toch hun prijzen op precies dezelfde wijze als verzoekster hadden verhoogd, en verklaart daarvan in die gevallen te hebben afgezien omdat zij er niet van overtuigd was dat bedoelde fabrikanten aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging hadden deelgenomen.

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

Tot beter begrip van de onderling afgestemde feitelijke gedraging verwijst verweerster voorts naar een artikel van Tolksdorf (bijlage VI-1 bij dupliek).

Voor zover tussen aanbieders de belangen verschillend liggen, zal er zelfs in een oligopolie op grond van het feit dat verscheidene autonome beslissingen van de afzonderlijke ondernemingen naast elkaar voorkomen, niet automatisch een zelfde marktgedrag bestaan. Ook bij een oligopolie levert een parallel gedrag der aanbieders daarom een feitelijk vermoeden van onderling afgestemde feitelijke gedragingen op, tenzij vanwege de bij-

zondere structuur van de markt economische dwang bestaat tot een uniform gedrag der afzonderlijke ondernemingen. Dit is het standpunt van de Amerikaanse jurisprudentie.

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

Terwijl in een beperkte oligopolie de ondernemingen, wanneer zij zich door rationele economische criteria laten leiden, een parallelle prijspolitiek zullen volgen, bestaat deze marktdwang volgens verweerster niet voor de kleurstoffenfabri-

kanten, zulks wegens de brede opbouw van de markt en de uiteenlopende belangen der ondernemingen.

De puur theoretische mogelijkheid van een parallel gedrag op de kleurstoffenmarkt is dan ook niet voldoende ter verklaring van de drie bedoelde prijsverhogingen, wanneer dat parallel gedrag tevens een irrationeel economisch gedrag oplevert. Verweerster betoogt dat het in overeenstemming was met de doelstellingen en belangen der betrokken ondernemingen verschillende maatregelen te nemen, zoals zij in andere gevallen ook hebben gedaan blijkens de tabellen VIII en IX van bijlage I bij het verweerschrift. Verweerster biedt aan de juistheid dezer tabellen te bewijzen door overlegging van de oorspronkelijke stukken waarop zij zijn gebaseerd en van afschriften der rekeningen.

In antwoord op het haar door verzoekster gemaakte verwijt dat zij meer theoretisch dan feitelijk redeneert, betoogt verweerster dat zij de markten minutieus heeft geanalyseerd en aan de hand van empirische gegevens met name heeft bewezen, dat de ondernemingen wanneer aan hun optreden geen „afstemming” ten grondslag ligt, zich precies gedragen zoals de Commissie met het oog op de bestaande marktsituatie juist acht. Verzoekster heeft trouwens noch het standpunt der Commissie inzake het fenomeen van het parallelle marktgedrag bestreden, noch de juistheid van haar opvatting inzake de in het verweerschrift opgesomde voorwaarden die daartoe moeten zijn vervuld.

Met betrekking tot de structurele elementen van deze markt merkt verweerster op geenszins van mening te zijn dat een „bewust parallel gedrag” zich slechts kan voordoen bij homogene produkten en dat een mechanische toepassing van de in de doctrine ontwikkelde criteria op concrete gevallen misplaatst is. Met name is van belang dat elke onderneming een *andere belangenpositie* inneemt en ten aanzien van de prijzen een *eigen marge* kent.

Over de — volgens verzoekster hoge — *vaste kosten* kan volgens verweerster be-

zwaarlijk een exacte mededeling worden gedaan, terwijl deze vaste kosten anderszids voor de kwestie van het parallel gedrag in verschillende zin een rol spelen.

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

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

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

Sommige auteurs sluiten de mogelijkheid van een parallel gedrag bij heterogene produkten niet uit. Doch dan wordt handhaving van de prijzenrelaties tussen de verschillende produkten noodzakelijk geacht. Gezien de voortdurende en snelle verandering van de substitutierelaties en de concurrentiepositie der verschillende kleurstoffen, wordt aan deze voorwaarde op de markt voor deze — goeddeels heterogene — produkten niet voldaan.

Door in haar betoog voorbij te gaan aan de technische heterogeniteit der kleurstoffen en alleen op de homogeniteit van het produkt, dat wil zeggen de verkregen kleur, te letten, komt verzoekster in tegenspraak met haar request en met het eerste rapport van de professoren Bombach en Hill. Volgens deze laatste hecht de cliënt ook belang aan de technische kenmerken der kleurstoffen.

Het is trouwens niet juist dat in de praktijk ten aanzien van het „totale kleuref-

fect”, verkregen met produkten van de verschillende aanbieders, van volkomen substitueerbaarheid mag worden gesproken.

Specialiteit is een betrekkelijk begrip en het heeft dus geen zin te discussiëren over de vraag, of de speciale kleurstoffen 5 % dan wel $\frac{1}{3}$ van het produktieprogramma beslaan. Het gaat er maar om, dat er autonome marges voor de vaststelling der prijzen bestaan. De door verzoekster genoemde factoren (snelle technische vooruitgang, belang van de service) laten de ondernemingen ruimte voor een individuele strategie.

Verweerster verwijt verzoekster, dat zij het belang onderschat van factoren als homogeniteit of heterogeniteit der produkten, snelle technische vooruitgang en een fase van marktexpansie.

Zij meent dat verzoeksters stellingen betreffende de belangengemeenschap en het te verwachten gedrag der concurrenten met de werkelijke marktsituatie in strijd zijn.

De bewering dat verzoeksters kleurstoffenafdeling niet rendabel zou zijn, wordt gelogenstraft door het feit dat de vraag naar en productie van deze produkten sedert 1958 is verdubbeld. Professor Kantzenbach acht de rentabiliteit bij de voornaamste fabrikanten „vrij goed”. Het risico van een rampzalige prijzenoorlog waarvan verzoekster gewaagt, doet zich niet voor; iedere fabrikant weet dat zijn concurrenten over de noodzakelijke financiële middelen beschikken om iedere aanval te pareren.

Wat de *graad van marktexpansie* betreft: verweerster meent dat het voor de kwestie der interdependentie van belang is de uitwerking van stijgende omzetten bij een onderneming op de omzet der concurrenten te kennen. Bij toenemend verbruik behoeven toenemende omzetten van de actieve concurrent bij de andere ondernemers niet zonder meer tot dalende omzetten te leiden.

Wat betreft de *mogelijkheid tot aanpassing aan een gewijzigde vraag*: het belang van de voorraden hangt enerzijds samen met de omstandigheid dat de pro-

dukten om met de kosten verband houdende redenen slechts één à vier maal per jaar worden gefabriceerd en anderzijds met het feit dat de kleurstoffengebruikers slechts zeer geringe voorraden aanhouden (behalve bij standaardkleurstoffen), hetgeen de leverancier noodzaakt aanzienlijke voorraden op te slaan in de omgeving der verschillende verbruikscentra. Verweerster neemt aan dat de voorraden bij een expanderende markt zodanig worden berekend, dat aan plotselinge vraag het hoofd kan worden geboden.

Ten aanzien van het feit dat aan sommige ondernemingen tot welke de mededeling der punten van bezwaar was gericht, geen straf werd opgelegd: verweerster merkt op dat zij van hun schuld niet geheel overtuigd was.

Wat betreft de problemen verband houdende met de structuur der kleurstoffenmarkt en de relatie tussen heterogene oligopolie, intensiteit van de werkelijke concurrentie en parallel gedrag: verweerster biedt aan de juistheid harer posita te bewijzen, waartoe zij professor Kantzenbach als deskundige aanwijst.

Ten aanzien van de *feitelijke indicaties* dat er van „afstemming” sprake is geweest, merkt verweerster op dat de opdracht tot onmiddellijke prijsverhoging en die tot annulering van lopende offertes in 13 van de 14 onderscheidenlijk 12 van de 14 instructiebrieven voorkomen, doch het verbod geantidateerde facturen af te geven slechts in 8 van de 14 brieven, hetgeen wordt verklaard door het feit dat dit verbod reeds implicite besloten lag in de opdracht tot voormelde onmiddellijke algemene prijsverhoging.

Verweerster noemt voorts enige voorbeelden van materiële overeenstemming tussen deze brieven. Zij wijst er ten slotte op, dat deze brieven veelal slechts de bevestiging inhielden van reeds telefonisch gegeven instructies en in andere gevallen nader mondeling zijn toegelicht. Zij verwijst te dien aanzien naar de verklaring van een personeelslid van de firma Geigy te Bazel.

8. *Het middel betreffende benadeling van de handel tussen de Lid-Staten*

Verzoekster merkt op, dat het advies van de professoren Bombach en Hill bewijst, dat de kleurstoffenmarkt een lokale markt is en dat er op gebruikersniveau onmogelijk een tussenstaatse handel tot ontwikkeling kan komen, zulks om redenen verband houdende met het spoedeisende karakter der bestellingen, het belang van de service en dus van persoonlijk contact, alsook met het feit dat er telkens geringe hoeveelheden worden aangekocht en dat bij de gelijksoortige kleurstoffen van verschillende fabrikanten het kleureffect varieert.

Verzoekster betoogt dat de Commissie, ofschoon zij deze kenmerken van de hierbedoelde markt niet betwist, zich beperkt tot de onbewezen stelling dat een en ander de mogelijkheid van intracommunautaire importen van bepaalde verbruikers niet uitsluit voor zover er tussen het prijsniveau van de kleurstoffen in de verschillende landen voldoende verschil blijkt te bestaan. Verzoekster merkt op, dat er binnen de EEG steeds ongelijke prijsniveaus hebben bestaan, zonder dat zulks ooit tot een intracommunautaire handel heeft geleid. Zo kon de Commissie bij voorbeeld het bestaan van handelsverkeer met Italië niet aantonen, hoewel de prijsverhoging van 1967 in de andere EEG-landen aldaar achterwege is gebleven.

In haar verweerschrift merkt *verweerster* op, dat iedere merkbare beperking van de concurrentie over de grenzen van een Lid-Staat uitloopt op kunstmatige vervalsing van de marktvoorwaarden binnen de Gemeenschap. Zulks is in casu het geval, omdat de hierbedoelde onderling afgestemde feitelijke gedraging zich tot het grondgebied van verschillende Lid-Staten uitstrekt. Het nadeel dat aldus aan de handel tussen de staten wordt toegebracht is bijzonder ernstig, omdat de betrokken ondernemingen te zamen meer dan 80 % van de kleurstoffenleveranties binnen de Gemeenschap verzorgen en tot verhogingen van hun prijzen zijn overgegaan op zodanige wijze, dat rechtstreekse importen uit andere Lid-

Staten voor de gebruikers geheel onmogelijk werden.

Anders dan verzoekster beweert, heeft er sinds jaar en dag binnen de Gemeenschap een vrij omvangrijke kleurstoffenhandel tussen de staten bestaan met een voortdurend stijgend volume en rendement. Zij verwijst te dien aanzien naar de OESO-statistieken welke zij desgewenst zal overleggen.

In haar memorie van repliek merkt *verzoekster* op, dat in de bestreden beschikking ten aanzien van het handelsverkeer tussen haar en haar dochterondernemingen — waar haar produkten worden wederverkocht — geen enkel argument voorkomt tot staving van de bewering inzake een beperking van de handel tussen de Lid-Staten op dit niveau. Voor zover betreft het handelsverkeer tussen de dochtermaatschappijen en de gebruikers merkt zij op, dat handel tussen de Lid-Staten om praktische redenen onmogelijk is. De OESO-statistieken zeggen niets omdat zij alleen het handelsverkeer tussen de fabrikanten en wederverkopers betreffen en niet concludent zijn ten aanzien van het bestaan van handelsverkeer op gebruikersniveau.

De handel tussen de Lid-Staten zou zijn benadeeld wanneer de Zwitserse fabrikanten de prijsleider niet hadden gevolgd, immers de Zwitserse ondernemingen hadden dan, theoretisch gesproken, hun marktaandeel kunnen vergroten ten koste van de fabrikanten uit de Gemeenschap die hun prijzen wel hadden verhoogd.

In haar memorie van dupliek wijst *verweerster* erop, dat artikel 85 niet ten doel heeft de ondernemingen uit de Gemeenschap voordelen te bezorgen, doch te verzekeren dat waren die binnen de gemeenschappelijke markt in het vrije verkeer zijn gebracht, aldaar ongeacht hun herkomst vrij kunnen worden verhandeld.

9. Het middel betreffende de beperking van de mededinging

Verzoekster merkt op, dat de strijd om de klanten, dat wil zeggen om het marktaandeel, zich niet in alle marktsectoren op dezelfde wijze afspeelt. Het ad-

vies van de professoren Bombach en Hill bewijst, dat het bij de mededinging in de kleurstoffensector voornamelijk gaat om individuele prijssoffertes van fabrikant aan cliënt, aanbieding van een groot assortiment, uitgebreide research en ontwikkeling, het aanhouden van omvangrijke vaste voorraden en zeer goede service. Dit heeft ertoe geleid, dat het prijsniveau en de prijzenstructuur zich ondanks de aangekondigde verhogingen steeds weer aan vraag en aanbod op de deelmarkten hebben aangepast, reden waarom de professoren Bombach en Hill de aan verzoekster ten laste gelegde prijsverhogingen als uit mededingingsoogpunt „neutraal” hebben aangemerkt. Ondanks deze verhogingen heeft de dalende prijsstendens op lange termijn zich juist wegens de mededinging gehandhaafd. Genoemde hoogleraren hebben deze tendens als een zaagvormige curve weergegeven. Het is dus onjuist te stellen dat de mededinging als gevolg van de prijsverhogingen voortaan alleen de kwaliteit en service betreft.

Verweerster zegt voor repliek, dat de „afstemming” ten aanzien van de prijsverhogingen de mededinging tussen fabrikanten in die zin beperkt, dat laatstgenoemden hun prijzen niet kunnen handhaven noch ook met geringere verhogingen genoeg kunnen nemen. Daardoor lijden de kopers een nadeel.

10. Het middel dat verzoekster in „dwaling” zou hebben verkeerd

Volgens *verzoekster* heeft de Commissie, stellende dat de vervolgte onderneming moest beseffen dat de gewraakte praktijk een inbreuk op artikel 85 inhield, noch met de situatie op de kleurstoffenmarkt rekening gehouden, noch ook met de bijzondere positie van verzoekster als buiten de EEG gevestigde onderneming. Gezien de meningsverschillen over de toepassing van het beginsel ener op het effect gebaseerde bevoegdheid, mocht verzoekster het ervoor houden dat de Commissie niet bevoegd was tegen haar een procedure in te leiden; en mocht zij zich in zoverre hebben vergist, dan nog heeft zij in verontschuldigbare dwaling ver-

keerd en mogen de gestelde schendingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag haar niet worden verweten.

In haar verweerschrift stelt *verweerster* het onwaarschijnlijk te achten dat verzoekster, die haar produkten in de gehele wereld verkoopt, kan menen dat de mededingingsregels van het Verdrag niet op haar activiteiten binnen de Gemeenschap van toepassing zijn. Verzoekster heeft tenminste blijk gegeven van onachtzaamheid door zonder nader onderzoek de voor haar gunstige uitlegging voor de juiste te houden, hoewel daarover, naar verzoekster zelf toegeeft, ook anders wordt gedacht.

In haar memorie van repliek verwijst *verzoekster* naar een arrest van 9 april 1954 waarin het „Bundesgerichtshof” met betrekking tot dwaling omtrent een kartelrechtelijk begrip heeft uitgesproken dat rekening moest worden gehouden met het feit dat betrokkene niet wist dat zijn handeling een overtreding inhield. Desgelijks had de Commissie rekening moeten houden met het feit, dat verzoekster wegens de bijzondere situatie op de Europese kleurstoffenmarkt haar gedrag niet als ongeoorloofd heeft beschouwd en derhalve in dwaling heeft verkeerd met betrekking tot het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85 van het EEG-Verdrag, te meer nu de Commissie van die term pas in haar verweerschrift een omschrijving heeft gegeven, die bovendien van de heersende opvatting afwijkt.

Verzoekster betwist ten slotte, dat zij zonder nader onderzoek de voor haar gunstige uitlegging voor de juiste heeft gehouden; zij heeft immers het advies van de bij uitstek deskundige professor Huber ingewonnen. Toen zij tot de prijsverhogingen van 1964-1965 besloot, kon verzoekster nog geen rekening houden met het arrest van het Zwitserse Tribunal fédéral van 21 maart 1967, waarnaar de Commissie verwijst.

In haar memorie van dupliek merkt *verweerster* op, dat ten tijde bedoeld in het door verzoekster genoemde arrest van het „Bundesgerichtshof” de uitlegging van een rechtsterm in een verordening

van 1947 van het militair gezag voor de toenmalige gedaagden moeilijker was dan het interpreteren van artikel 85 van het EEG-Verdrag voor verzoekster.

Verzoekster beweert, dat bij haar de overtuiging had postgevat dat de mededingingsregels van de Gemeenschap op haar als „niet-ingezetene” niet van toepassing waren, doch daarin kan gezien de duidelijke bewoordingen van artikel 85 en de overvloedige literatuur dienaangaande geen serieus en uitputtend onderzoek van het probleem worden gezien.

11. De rechtsgeldigheid van het verweerschrift

In haar memorie van repliek merkt *verzoekster* op, dat de Commissie er in haar verweerschrift onvoldoende rekening mee heeft gehouden, dat de beroepen van de verschillende kleurstoffenfabrikanten niet zijn gevoegd. Door haar talrijke verwijzingen naar de procedures die door de andere fabrikanten aanhangig zijn gemaakt, houdt deze memorie schending in van het Reglement voor de procesvoering en van 's Hof's beschikking van 11 december 1969. Bij de behandeling moet de argumentatie van het verweerschrift buiten beschouwing blijven.

In haar memorie van dupliek antwoordt *verweerster* dat men haar niet mag verbieden tot staving van haar betoog te verwijzen naar de dossiers betreffende de parallelle zaken, aangezien het bij de inbreuk op artikel 85, lid 1, om een collectief optreden der verschillende verzoekers gaat.

IV — Het procesverloop

Overwegende dat de procesvoering het navolgende verloop heeft gehad:

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

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

1. Gelast een deskundigenonderzoek over de volgende vragen:

- a) Zou het, gezien de kenmerken der markt voor kleurstoffen in de Europese Economische Gemeenschap, met name in de periode 1964-1967, voor een zelfstandig optredende producent, die er belang bij had zijn prijzen te verhogen, naar normale handelscriteria praktisch mogelijk zijn geweest zulks anders te doen dan door die prijzen algemeen, uniform en publiekelijk te verhogen, en wel door het vaststellen van — voor de verschillende afnemers uiteenlopende — prijsopslagen voor ieder produkt afzonderlijk?
- b) Welke voordelen en welke nadelen kunnen voor een zelfstandig optredende producent verbonden zijn aan het doorvoeren van een algemene en lineaire prijsverhoging in vergelijking met een per afnemer, produkt of markt gedifferentieerde prijsverhoging? — Deze vraag dient te worden beantwoord respectievelijk voor het geval van een producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt en dat van een producent die zich geplaagd ziet voor het feit, dat een concurrent een algemene en uniforme prijsverhoging aankondigt.
- c) Zijn — met name gezien de graad van doorzichtigheid van de markt — de andere dan speciale kleurstoffen in de praktijk onderling vervangbaar en, zo ja, in welke mate? Welk is bij benadering het aandeel van de speciale kleurstoffen in de totale produktie van kleurstoffen van elk der betrokken ondernemingen?

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

Bij beschikking van dezelfde dag heeft het Hof de zaken 48-69, 49-69, 51-69,

52-69, 53-69, 54-69, 55-69, 56-69 en 57-69 voor het deskundigenrapport gevoegd.

In een op 10 juli 1970 ter griffie gedeponeerde memorie heeft verzoekster om uitstel verzocht voor het nemen van een conclusie inzake de middelen welke verweerster haars inziens voor het eerst in haar conclusie van dupliek had voorgedragen en inzake het door verweerster als bijlage bij haar conclusie van dupliek overgelegde rapport van de deskundige professor Kantzenbach.

Bij brief van 21 juli 1970 heeft de griffier van het Hof verzoekster medegedeeld dat zij de gelegenheid zou krijgen dien-aangaande haar opmerkingen te maken na de overlegging van het deskundigenrapport.

Het Hof heeft, gelet op de eenparige voordracht van partijen betreffende twee met het onderzoek te belasten deskundigen, bij beschikking van 13 november 1970 H. Albach, hoogleraar in de bedrijfsvoering aan de universiteit te Bonn, en W. N. Kloten, hoogleraar in de bedrijfseconomie aan de universiteit te Tübingen, gezamenlijk met het deskundigenonderzoek belast.

Hun rapport is op 23 april 1971 ter griffie van het Hof ingediend. De deskundigen hebben de resultaten van hun onderzoek als volgt samengevat:

- Vraag a) dient in die zin bevestigend te worden beantwoord, dat een zelfstandig handelend producent van kleurstoffen, die volgens normale handelscriteria te werk gaat, *in beginsel* zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in ongelijke mate had kunnen verhogen.
- De vraag of het voor zulk een producent *praktisch* mogelijk geweest ware zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in verschillende mate te verhogen, kan bevestigend worden beantwoord met dien verstande, dat de prijsverhoging die een zelfstandig handelend ondernemer bij een gedifferentieerde prijspolitiek binnen een bepaald kader gemiddeld had kunnen realiseren, waarschijnlijk

ligt beneden de prijsverhoging welke bij een algemene en uniforme verhoging gemiddeld wordt bereikt.

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

stoffen in de totale kleurstoffenproductie van de afzonderlijk betrokken ondernemingen mogelijk zeer gering. Blijkens de uitkomsten van ons onderzoek is deze onderscheiding in casu echter voor de beoordeling der feiten van weinig nut.

Opmerkingen naar aanleiding van het deskundigenrapport zijn ter griffie van het Hof op 18 juni 1971 onderscheidenlijk 21 juni 1971 door verzoekster respectievelijk verweerster ingediend.

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

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

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

Ten aanzien van het recht

- 1 Overwegende dat vaststaat dat zich van januari 1964 tot oktober 1967 in de Gemeenschap drie algemene en uniforme verhogingen van de kleurstoffenprijzen hebben voorgedaan;

dat de prijzen van de meeste anilinekleurstoffen, sommige soorten uitgezonderd, tussen 7 en 20 januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg en bepaalde derde landen uniform met 15 % zijn verhoogd;

dat een zelfde verhoging op 1 januari 1965 in Duitsland heeft plaatsgevonden;

dat die zelfde dag bijna alle fabrikanten in alle landen van de gemeenschappelijke markt, Frankrijk uitgezonderd, de prijzen der kleurstoffen en pigmenten waarvoor de verhoging van 1964 niet had gegolden, uniform met 10 % hebben verhoogd;

dat als gevolg van het feit dat op de Italiaanse markt ACNA niet aan de prijsverhoging van 1965 deelnam, ook de andere ondernemingen op die markt van de aangekondigde verhoging hunner prijzen hebben afgezien;

dat medio oktober 1967 de prijzen van alle kleurstoffen door vrijwel alle fabrikanten, uitgezonderd in Italië, zijn verhoogd en wel met 8 % in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg, en met 12 % in Frankrijk;

- 2 dat de Commissie in verband met deze verhogingen bij besluit van 31 mei 1967 ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure wegens vermoedelijke schending van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag heeft ingeleid tegen zeventien in en buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde kleurstoffenfabrikanten en een groot aantal dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers dier ondernemingen;

dat de Commissie bij beschikking van 24 juli 1969 heeft vastgesteld dat deze prijsverhogingen het resultaat waren van met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige onderling afgestemde feitelijke gedragingen, berustende op overleg tussen de ondernemingen

- Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF) te Ludwigshafen,
- Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main
- Farbenfabriken Bayer AG te Leverkusen,
- Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main,
- Société française des matières colorantes SA te Parijs,
- Azienda colori nazionali affini S.p.a. (ACNA) te Milaan,
- Ciba SA te Bazel,
- J. R. Geigy te Bazel,
- Sandoz SA te Bazel, en
- Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Manchester;

dat zij deswege aan ieder dier ondernemingen een geldboete van 50 000 rekeneneenheden heeft opgelegd, met uitzondering van ACNA die met 40 000 rekeneneenheden werd beboet;

- 3 dat de onderneming Geigy AG, thans Ciba-Geigy AG, op 3 oktober 1969 bij ter griffie ingediend verzoekschrift tegen deze beschikking in beroep is gekomen;

Middelen de procedure en de vormvoorschriften betreffende

Middelen betreffende de administratieve procedure

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

- 4 Overwegende dat verzoekster stelt dat de mededeling van de punten van bezwaar bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63 van de Commissie op formeel onjuiste wijze is gedaan, aangezien zij is getekend door de Directeur-generaal Concurrentie, ofschoon de Commissie hem bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling de bevoegdheid daartoe niet wettiglijk kon delegeren;
- 5 Overwegende dat vaststaat dat de Directeur-generaal Concurrentie alleen de mededeling van de punten van bezwaar heeft getekend die het inzake mededingingsvraagstukken bevoegde lid der Commissie in de uitoefening der hem door de Commissie gedelegeerde bevoegdheden tevoren had goedgekeurd;

dat genoemde ambtenaar derhalve heeft gehandeld in het kader, niet van een overdracht van bevoegdheden, doch slechts van een hem door het bevoegde lid der Commissie verleende tekeningsbevoegdheid;

dat zulk een verlening een maatregel is betreffende de interne organisatie van de diensten der Commissie, overeenkomstig artikel 27 van het voorlopig reglement van orde, vastgesteld krachtens artikel 7 van het Verdrag van 8 april 1965 tot oprichting van een Raad en een Commissie van de Europese Gemeenschappen;

- 6 dat dit middel derhalve ongegrond is;

b) Grief betreffende verschillen tussen de mededeling van de punten van bezwaar en het besluit tot inleiding van de administratieve procedure

- 7 Overwegende dat verzoekster stelt dat in de mededeling van de punten van bezwaar gewag gemaakt wordt van de mogelijkheid tot oplegging van geldboeten, ofschoon in bedoeld besluit slechts sprake was van de procedure tot vaststelling van inbreuken;

dat de Commissie aldus artikel 19 van verordening nr. 17/62 en de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63 junctis de artikelen 162, tweede alinea, van het

EEG-Verdrag en 27 van het reglement van orde der Commissie zou hebben geschonden;

- 8 Overwegende dat alleen de mededeling van de punten van bezwaar en niet het besluit tot inleiding der procedure de handeling vormt waarbij de Commissie haar standpunt vastlegt ten opzichte van de ondernemingen tegen welke een procedure tot vervolging wegens inbreuken op de mededingingsregelen wordt ingeleid;

dat voorts het besluit tot inleiding der procedure, ofschoon daarin sprake is van „onder andere” de artikelen 3 en 9, tweede en derde alinea, van verordening nr. 17, naar deze verordening als geheel verwijst en derhalve ook naar artikel 15, de geldboeten betreffende;

- 9 dat dit middel derhalve ongegrond is;

c) Het middel betreffende de mededeling van de punten van bezwaar

- 10 Overwegende dat verzoekster de Commissie verwijt de mededeling van de punten van bezwaar te hebben gedaan op een wijze welke zich niet verdraagt met het Zwitserse recht — wet van de plaats waar die mededeling moest geschieden —;

dat de Zwitserse Confederatie op haar grondgebied een per post gedane mededeling van een dergelijke buitenlandse rechtshandeling niet als rechtsgeldig zou erkennen;

dat de mededeling van de punten van bezwaar derhalve, als niet op formeel juiste wijze gedaan, volgens de algemene beginselen van het volkenrecht van nul en gener waarde zou zijn;

dat deze onregelmatigheid een schending zou behelzen van het in de artikelen 19 van verordening nr. 17 en 2 en 4 van verordening nr. 99 aan verzoekster toegekende recht te worden gehoord;

- 11 Overwegende dat de in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 99 voorziene mededeling van de punten van bezwaar ten doel heeft betrokkenen in staat te stellen hun argumenten voor te dragen in het kader van de procedure welke te hunnen aanzien wordt ingeleid door een besluit der Commissie, genomen in de uitoefening der haar in de artikelen 3 en 15 van verordening nr. 17 verleende bevoegdheden;

dat nu ten deze tussen de Gemeenschap en de Zwitserse Confederatie geen verdrag is gesloten, de vraag naar de uitvoering van buiten het grondgebied der Gemeenschap vastgestelde voorschriften betreffende deze mededeling aan belanghebbenden zaak is van de internationale praktijk en moet worden opgelost met wederzijdse eerbiediging der bevoegdheidssferen van de Gemeenschap en van de betrokken derde staat;

dat de gezagsorganen van de betrokken derde staat blijkens het dossier naar de huidige stand van zaken geen praktische mogelijkheid bieden om op het grondgebied van die staat tot mededeling over te gaan op een wijze welke zich huns inziens met het nationale recht verdraagt;

dat men derhalve niet met een beroep op het volkenrecht aan de Gemeenschap de bevoegdheid mag ontzeggen de nodige disposities te nemen ten einde de doorvoering te verzekeren van maatregelen genomen ten einde vat te krijgen op voor de mededinging schadelijk gedrag dat binnen de gemeenschappelijke markt aan de dag is getreden, ook al is degene die het bewerkstelligt in een derde land gevestigd;

dat de hierbedoelde mededeling bovendien in hoofdzaak ten doel heeft betrokkenen de zekerheid te verschaffen dat zij de rechten welke zij aan het Verdrag en aan de communautaire wetgeving ontleen, metterdaad kunnen uitoefenen;

dat in deze omstandigheden een volgens de Gemeenschapsverordening gedane mededeling niet — omdat zij in een derde staat moet worden gedaan — geacht mag worden de latere administratieve procedure ongeldig te maken wanneer zij eenmaal de adressaat in staat stelt kennis te nemen van de tegen hem in aanmerking genomen punten van bezwaar en aldus haar doel bereikt;

- 12 dat het middel derhalve moet worden verworpen;

d) Grief betreffende de voortzetting van het onderzoek na de kennisgeving van de punten van bezwaar

- 13 Overwegende dat verzoekster stelt dat de Commissie, door ook na de kennisgeving van de punten van bezwaar tot onderzoek over te gaan, de aard dezer mededeling, zoals die volgt uit de verordeningen nrs. 17 en 99 — en die de laatste handeling van de instructie moet vormen —, heeft miskend;

dat de bestreden beschikking voorts is gebaseerd op gegevens — zoals de gelijktijdigheid der telexberichten — waarvan in die mededeling der punten van bezwaar geen sprake is;

- 14 Overwegende dat de Commissie gerechtigd en in voorkomend geval verplicht is tijdens de administratieve procedure tot een nieuw onderzoek over te gaan wanneer het verloop dezer procedure de noodzaak van aanvullende verificaties aan de dag doet treden;

dat zodanig onderzoek mededeling aan belanghebbenden van een aanvulling op de punten van bezwaar slechts noodzakelijk maakt wanneer de uitkomsten der verificaties de Commissie aanleiding geven de ondernemingen nieuwe feiten ten laste te leggen of de bewijselementen der omstreden inbreuken aanmerkelijk te wijzigen;

dat zulks hier niet het geval is;

dat bij lezing van de tekst van de uiteenzetting van de punten van bezwaar blijkt dat de aan verzoekster ten laste gelegde feiten daarin duidelijk zijn vermeld;

dat die uiteenzetting voldoende uitsluitsel geeft over de vraag welke bezwaren tegen verzoekster in aanmerking worden genomen, en met name over de omstandigheden waarin de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 zijn aangekondigd en toegepast;

dat de rechten der verdediging niet worden geschaad door rectificaties zoals die met betrekking tot de feitelijke gang van zaken in de bestreden beschikking zijn aangebracht naar aanleiding van gegevens die betrokkenen tijdens de administratieve procedure aan de Commissie hebben kunnen verstrekken;

- 15 dat dit middel derhalve ongegrond is;

Het middel betreffende de kennisgeving der beschikking

- 16 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking onrechtmatig is omdat in artikel 4 is voorzien dat kennisgeving ervan aan een harer dochtermaatschappijen kan geschieden;
- 17 Overwegende dat volgens artikel 191, tweede alinea, van het Verdrag „van . . . de beschikkingen wordt kennisgegeven aan hen tot wie zij zijn gericht”, welke beschikkingen „door deze kennisgeving van kracht” worden;

dat artikel 4 van de bestreden beschikking in deze regeling in ieder geval geen wijziging vermag te brengen;

dat het artikel verzoekster derhalve niet kan bezwaren;

- 18 Overwegende dat onregelmatigheden in de wijze van kennisgeving ener beschikking de handeling zelf niet raken en deze dus niet ongeldig kunnen maken;

dat deze onregelmatigheden, in bepaalde omstandigheden, kunnen verhinderen dat de beroepstermijn begint te lopen;

dat volgens artikel 173, laatste alinea, van het Verdrag de termijn voor het beroep tot nietigverklaring van individuele handelingen der Commissie begint te lopen van de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, van de dag waarop de verzoeker van de handeling heeft kennis gekregen;

dat in casu vaststaat dat verzoekster volledig kennis heeft gekregen van de inhoud der beschikking en tijdig van haar beroepsrecht gebruik gemaakt heeft;

dat in die omstandigheden de vraag of er bij de kennisgeving mogelijk onregelmatigheden zijn begaan, haar belang verliest;

- 19 dat dit middel derhalve bij gebreke van belang niet-ontvankelijk is;

Het middel betreffende de verjaring

- 20 Overwegende dat verzoekster stelt dat de bestreden beschikking in strijd is met het Verdrag en de op de uitvoering daarvan betrekking hebbende rechtsregelen, omdat de Commissie door op 31 mei 1967 een procedure inzake de prijsverhoging van januari 1964 aan te vangen, iedere redelijke termijn zou hebben overschreden;

- 21 Overwegende dat de voorschriften ter regeling van de bevoegdheid der Commissie tot het opleggen van boeten bij overtreding der mededingingsregelen geen verjaring voorzien;

dat een verjaringstermijn, om aan zijn doel te beantwoorden, bij voorbaat moet worden vastgesteld;

dat de vaststelling van zijn duur en van de voorwaarden voor zijn toepasselijkheid behoort tot de bevoegdheid van de Gemeenschapswetgever;

dat zo, nu bepalingen te dier zake ontbreken, de fundamentele eis van rechtszekerheid zich er al tegen verzet dat de Commissie eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheid tot oplegging van geldboeten, de in casu gevolgde gedragslijn toch niet als een beletsel kan worden beschouwd voor het uitoefenen dier bevoegdheid ten aanzien van de deelneming aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van 1964 en 1965;

- 22 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

Middelen ten principale

Het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Stellingen van partijen

- 23 Overwegende dat verzoekster de Commissie verwijt met betrekking tot geen enkele der drie in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen, het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag te hebben bewezen;
- 24 Overwegende dat volgens deze beschikking een eerste bewijs voor het feit dat de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 op afstemming hebben berust, daarin is te vinden dat de verschillende fabrikanten in ieder land en bij iedere verhoging dezelfde percentages hebben toegepast, dat de verhogingen behoudens hoge uitzondering dezelfde kleurstoffen hebben betroffen en dat zij op nagenoeg of geheel dezelfde dag zijn ingegaan;

dat deze prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit het enkele feit dat de markt een oligopolistische structuur zou vertonen;

dat het niet aannemelijk is, dat de voornaamste fabrikanten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden, zonder hun gedragingen te hebben afgestemd, meermalen de prijzen van een zelfde belangrijke reeks produkten, waaronder de speciale — nagenoeg of in het geheel niet onderling vervangbare — produkten, met gelijke percentages en vrijwel gelijktijdig zouden hebben verhoogd, en zulks dan in onderscheidene landen waarin de marktvoorwaarden voor kleurstoffen uiteenlopen;

dat de Commissie voor het Hof heeft betoogd dat het voor afstemming niet nodig is dat betrokkenen te zamen een plan voor een bepaald marktgedrag opstellen;

dat het voldoende zou zijn dat betrokkenen elkander tevoren op de hoogte stellen van de houding, welke zij zich voorstellen aan te nemen, zodat ieder hunner zijn optreden kan regelen in de verwachting dat de concurrenten een zelfde gedragslijn zullen volgen;

- 25 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking berust op een onvoldoende analyse van de markt voor de betrokken produkten en op een onjuiste opvatting van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, doordat zij die laatste met het bewust parallel gedrag van de deelnemers aan de oligopolie gelijkstelt, terwijl dit gedrag juist het gevolg is geweest van zelfstandige beslissingen van iedere onderneming, waarvoor objectieve economische omstandigheden van dwingende aard, en wel met name de noodzaak het onvoldoende rendement van de kleurstoffenproductie te verbeteren, bepalend zijn geweest;

dat de prijzen van de bewuste produkten namelijk een voortdurende dalende tendens zouden hebben vertoond in verband met het feit dat de markt voor deze produkten zou zijn gekenmerkt door een levendige mededinging tussen de fabrikanten, die niet alleen de kwaliteit en de technische service betreft, doch ook de prijzen, met name doordat aan de voornaamste kopers individueel belangrijke kortingen worden verleend;

dat volgens verzoekster de gelijkheid der percentages waarmede de prijzen verhoogd zijn een gevolg is van het prijsleiderschap van een onderneming;

dat het gedrag van Geigy tijdens de op 18 augustus 1967 de Bazel gehouden bijeenkomst kenmerkend zou zijn voor een prijsleidende onderneming op een oligopolistische markt en met een onderling afgestemde feitelijke gedraging niets uitstaande zou hebben;

dat ongelijke prijsverhogingen voor onderling verwisselbare produkten hetzij niet tot economisch belangrijke resultaten zouden kunnen leiden, zulks wegens de beperkte voorraden en de tijd die met aanpassing der installaties aan een aanmerkelijk gestegen vraag zou zijn gemoeid, hetzij tot een zeer schadelijke prijzenoorlog zouden kunnen leiden;

dat de niet onderling verwisselbare kleurstoffen in de omzetten der fabrikanten slechts van geringe betekenis zouden zijn;

dat in verband met al deze kenmerken van de markt en gezien het algemeen optredend verschijnsel van gestadig afbrokkelende prijzen, de leden van de oligopolie die hadden besloten hun prijzen te verhogen, redelijkerwijze mochten verwachten dat hun concurrenten die immers dezelfde rentabiliteitsproblemen kenden, zouden meegaan;

dat in de bestreden beschikking ten slotte voornamelijk van theoretische beschouwingen zou zijn uitgegaan, zonder duidelijke vermelding van de concrete elementen die een onderling afgestemde gedraging kunnen aantonen;

Het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging”

- 26 Overwegende dat zo artikel 85 het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” van die der „overeenkomsten tussen ondernemingen” of „besluiten van ondernemersverenigingen” onderscheidt, daarbij de bedoeling voorzit onder de verboden van dit artikel een vorm van coördinatie tussen ondernemingen te begrijpen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking;

dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve naar haar aard niet alle bestanddelen van een overeenkomst omvat, doch onder anderen het resultaat kan zijn van een coördinatie welke in het gedrag der deelnemers tot uitdrukking komt;

dat ofschoon een parallellie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging kan opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard der produkten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen;

dat dit inzonderheid het geval is wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om voor het prijzevenwicht naar een ander niveau te streven dan hetwelk bij mededinging zou zijn ontstaan, en om eenmaal ingenomen posities te bevriezen ten detrimente van een daadwerkelijk vrij verkeer der produkten binnen de gemeenschappelijke markt en van de vrijheid der verbruikers in de keuze van hun leveranciers;

- 27 Overwegende dat een juiste beoordeling van de vraag of er in casu van afstemming sprake is, derhalve alleen mogelijk is wanneer de in de bestreden

beschikking genoemde aanwijzingen niet afzonderlijk, doch gezamenlijk worden gezien, en wordt gelet op de kenmerken van de markt der betrokken produkten;

De kenmerken van de kleurstoffenmarkt

- 28 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt erdoor wordt gekenmerkt dat zij voor 80 % wordt bevoorraad door een tiental, over het algemeen zeer grote ondernemingen, die daarnevens veelal andere chemische produkten of speciale farmaceutische artikelen vervaardigen;

dat de produktiestructuren en derhalve ook de kostenstructuren dezer producenten sterk verschillen, zodat het inzicht in de kosten der concurrenten bemoeilijkt wordt;

dat het totaal aantal kleurstoffen zeer hoog is en iedere onderneming er meer dan duizend vervaardigt;

dat de gemiddelde graad van onderlinge vervangbaarheid dezer produkten als vrij hoog wordt beschouwd wat de standaardkleurstoffen betreft, terwijl speciale kleurstoffen soms nauwelijks of in het geheel niet onderling vervangbaar zijn;

dat de markt, ten aanzien van de speciale produkten, in bepaalde gevallen in oligopolistische richting tendeeft;

dat waar de prijs der kleurstoffen de prijs van het eindprodukt van de kleurstoffenverwerkende ondernemingen betrekkelijk weinig beïnvloedt, de graad van elasticiteit van de vraag naar kleurstoffen op de gehele markt gering is, hetgeen op korte termijn prijsverhoging in de hand werkt;

dat anderzijds de totale vraag naar kleurstoffen gestadig stijgt, hetgeen voor de fabrikanten een prikkel vormt tot het voeren van een beleid dat hen in staat stelt mede van die toegenomen vraag te profiteren;

- 29 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt binnen het gebied der Gemeenschap wordt gekenmerkt door het bestaan van vijf geïsoleerde nationale markten met verschillend prijsniveau, zonder dat deze verschillen zijn te verklaren door verschillen in de kosten en lasten, welke op de producenten in deze landen drukken;

dat de oprichting van de gemeenschappelijke markt dus blijkbaar op deze situatie geen enkele invloed heeft gehad, daar de verschillen tussen het prijspeil in de Lid-Staten nauwelijks kleiner zijn geworden;

dat daarentegen vaststaat dat de nationale markten ieder afzonderlijk oligopolistische kenmerken vertonen en dat het prijspeil op de meeste dier markten tot stand komt onder invloed van een prijsleider — soms de belangrijkste fabrikant uit het land zelf, soms een fabrikant uit een andere Lid-Staat of een derde staat, handelende via een dochtermaatschappij —;

dat deze opsplitsing van de markt volgens de deskundigen moet worden toegeschreven aan de noodzaak verbruikers ter plaatse technische bijstand te kunnen verlenen en voor onmiddellijke levering — van in den regel beperkte hoeveelheden — te kunnen zorgen, waarbij de producenten, behoudens uitzondering, leveren aan hun dochtermaatschappijen in de verschillende Lid-Staten en door middel van een net van agentschappen en magazijnen zorgen voor de specifieke bijstand aan — en bevoorrading van — de verbruikende ondernemingen;

dat uit de ten processe verstrekte gegevens blijkt, dat zelfs wanneer de producent zich rechtstreeks met een belangrijke verbruiker in een andere Lid-Staat in verbinding stelt, de prijzen gewoonlijk worden gevormd naar gelang van de plaats van vestiging van de verbruiker, doordien zij zich richten naar het prijsniveau van de nationale markt;

dat ofschoon de producenten zich bij deze handelwijze wellicht allereerst hebben gevoegd naar de bijzonderheden van de kleurstoffenmarkt en de behoeften van hun afnemers, de daardoor veroorzaakte opsplitsing van de markt, door versnippering van de mededinging, tot isolering der verbruikers binnen hun nationale markt kan leiden en kan beletten dat het binnen het geheel der gemeenschappelijke markt tot een algemene confrontatie der producenten komt;

dat de litigieuze feiten moeten worden gewaardeerd in het kader van deze gegevens betreffende de werking van de kleurstoffenmarkt;

De prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967

- 30 Overwegende dat de in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 onderling samenhangen;

dat de verhoging met 15 % van de prijzen der meeste anilinekleurstoffen die op 1 januari 1965 in Duitsland is toegepast, metterdaad slechts de prijsverhoging, waartoe in januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg was overgegaan, voor een andere nationale markt invoerde;

dat de prijsverhoging van bepaalde kleurstoffen en pigmenten die op 1 januari 1965 in alle Lid-Staten, Frankrijk uitgezonderd, werd toegepast, zich uitstreckte over alle produkten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden;

dat de prijsverhoging met 8 % van najaar 1967 voor Frankrijk op 12 % is gesteld, ten einde aldaar alsnog de verhogingen van 1964 en 1965 te kunnen inhalen, waaraan de Franse markt als gevolg van het prijscontrolesysteem niet had deelgenomen;

dat deze drie prijsverhogingen derhalve niet los van elkander kunnen worden gezien, ofschoon zij niet onder gelijke omstandigheden tot stand zijn gekomen;

- 31 Overwegende dat in 1964 alle betrokken ondernemingen hun verhogingen hebben aangekondigd en terstond toegepast, zulks op initiatief van de firma Ciba-Italië, die op 7 januari 1964 in opdracht van Ciba-Zwitserland een onmiddellijk ingaande prijsverhoging van 15 % aankondigde, welk initiatief op de Italiaanse markt binnen twee à drie dagen door de andere fabrikanten is gevolgd;

dat ICI-Nederland op 9 januari het initiatief tot dezelfde verhoging heeft genomen voor Nederland, terwijl op dezelfde dag Bayer een gelijk initiatief heeft genomen voor de Belgisch-Luxemburgse markt;

dat deze prijsverhogingen — behoudens onbeduidende verschillen, met name tussen die van de Duitse ondernemingen enerzijds en de Zwitserse en Engelse ondernemingen anderzijds — voor de onderscheidene fabrikanten en markten hetzelfde assortiment betroffen, dat wil zeggen de meeste anilinekleurstoffen met uitzondering van pigmenten, kleurstoffen voor levensmiddelen en cosmetica;

- 32 Overwegende wat betreft de prijsverhoging van 1965, dat bepaalde ondernemingen tevoren prijsstijgingen hebben aangekondigd, die voor de Duitse markt neerkwamen op een verhoging van 15 % voor de produkten welker prijzen op de andere markten reeds een zelfde verhoging hadden ondergaan en van 10 % voor de produkten waarvan de prijzen nog niet waren verhoogd,

welke aankondigingen geleidelijk op verschillende tijdstippen tussen 14 oktober 1964 en 28 december 1964 zijn gedaan;

dat de eerste aankondiging op 14 oktober 1964 door BASF is gedaan, gevolgd door de aankondigingen van Bayer — op 30 oktober — en Cassella — op 5 november —;

dat deze verhogingen op 1 januari 1965 gelijktijdig op alle markten zijn toegepast en alleen achterwege zijn gebleven op de Franse markt — als gevolg van de prijsstop aldaar — en op de Italiaanse markt — waar als gevolg van de weigering van de voornaamste Italiaanse producent, ACNA, haar prijzen te verhogen, ook de andere producenten van verhoging hunner prijzen hebben afgezien —;

dat ACNA er ook niet toe is overgegaan haar prijzen op de Duitse markt met 10 % te verhogen;

dat de prijsverhoging overigens een algemeen karakter droeg en gelijktijdig door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten is toegepast, terwijl zich ook wat het assortiment der betrokken producenten betreft geen verschillen hebben voorgedaan;

- 33 Overwegende ten aanzien van de prijsverhoging van 1967, dat de vennootschap Geigy tijdens een op 18 augustus 1967 te Bazel gehouden bijeenkomst, die werd bijgewoond door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten met uitzondering van ACNA, het voornemen heeft aangekondigd haar verkoopprijzen per 16 oktober 1967 met 8 % te verhogen;

dat bij die zelfde gelegenheid de afgevaardigden van Bayer en Francolor hebben aangekondigd dat ook hun ondernemingen een prijsverhoging overwogen;

dat alle in de bestreden beschikking bedoelde ondernemingen vervolgens medio september een prijsverhoging met 8 % — die voor Frankrijk op 12 % werd gesteld — hebben aangekondigd welke op 16 oktober zou ingaan in alle landen uitgezonderd Italië, waar ACNA opnieuw weigerde haar prijzen te verhogen, met dien verstande dat zij wel bereid was zich aan te sluiten bij de prijsbeweging op twee andere markten, zij het op andere data dan 16 oktober;

- 34 Overwegende dat de drie opeenvolgende prijsverhogingen, gezamenlijk bezien, een geleidelijk verdergaande samenwerking der betrokken ondernemingen aantonen;

dat namelijk na de ervaring opgedaan in 1964, toen het tijdstip der verhogingen samenviel met dat der aankondigingen en het assortiment der produkten waarvoor zij golden soms niet geheel gelijk was, bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 een andere werkwijze blijkt te zijn gevolgd, in die zin dat de initiatiefneemsters BASF en Geigy hun voornemen tot prijsverhoging enige tijd tevoren hebben aangekondigd en aldus de ondernemingen in staat hebben gesteld hun reacties op de verschillende markten over en weer te observeren en zich daarnaar in te richten;

dat de onderscheiden ondernemingen door deze aankondigingen iedere onzekerheid over hun toekomstig gedrag onderling hebben uitgesloten en daarmee tevens een groot deel van het risico hebben weggenomen dat normaliter aan iedere zelfstandige gedragswijziging op één of meer markten is verbonden;

dat zulks te meer het geval was nu deze aankondigingen, doordat zij tot de vaststelling van algemene en voor alle kleurstoffenmarkten gelijke prijsverhogingen leidden, deze markten in zoverre doorzichtig hebben gemaakt;

dat de betrokken ondernemingen dus door hun handelwijze ten aanzien van de prijzen tijdelijk bepaalde ten aanzien van de marktconcurrentie geldende voorwaarden die aan een uniform parallel gedrag in de weg stonden, hebben uitgeschakeld;

- 35 Overwegende dat de niet spontane aard dezer gedragingen wordt bevestigd bij bestudering van andere marktfactoren;

dat namelijk de Europese kleurstoffenmarkt, gezien het aantal der betrokken fabrikanten, niet mag worden beschouwd als een oligopolie in de eigenlijke zin des woords, waarin de prijsconcurrentie geen rol van wezenlijk belang meer zou kunnen spelen;

dat deze fabrikanten machtig genoeg en voldoende talrijk zijn om het niet te verwaarlozen risico te scheppen, dat enkelen hunner in een tijd van stijgende prijzen de algemene prijzenbeweging niet volgen, doch proberen door een individuele gedragslijn hun marktaandeel te vergroten;

dat voorts de opsplitsing van de markt in vijf nationale markten met verschillende prijsniveaus en ongelijke prijsstructuren, een spontane en voor alle nationale markten gelijke prijsverhoging onwaarschijnlijk maakt;

dat ofschoon een algemene en spontane prijsverhoging op de verschillende nationale markten strikt genomen denkbaar ware, moest worden verwacht dat deze verhogingen dan toch naar gelang van de bijzonderheden der onderscheiden nationale markten verschillend zouden uitvallen;

dat hieruit moet worden afgeleid dat zo het de betrokken ondernemingen al als aantrekkelijk en risicovrij kon voorkomen naar een parallel gedrag ten aanzien van de prijzen te streven, het nauwelijks denkbaar is dat zodanig parallel gedrag — wat betreft het tijdstip, de betrokken markten en het betrokken assortiment — spontaan tot stand zou kunnen komen;

- 36 Overwegende dat het al evenmin aannemelijk is dat de prijsverhogingen van januari 1964, zoals die eerst op de Italiaanse en daarna op de Nederlandse en Belgisch-Luxemburgse markt tot stand kwamen — welke markten zowel wat het prijsniveau als wat de structuur der mededinging betreft weinig met elkan- der gemeen hebben —, zonder voorafgaande afstemming in twee à drie dagen hadden kunnen worden gerealiseerd;

dat die afstemming bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 op klaarblij- kende wijze heeft plaatsgehad, doordien het geheel der aankondigingen van met ingang van een bepaalde datum en voor een bepaald assortiment voorge- nomen prijsverhogingen het de fabrikanten mogelijk heeft gemaakt voor de bijzondere gevallen die zich in Frankrijk en Italië voordeden, hun gedrag te bepalen;

dat de ondernemingen door deze handelwijze bij voorbaat de onzekerheid over elkanders gedrag op de verschillende markten onderling hebben uitgeslo- ten en daarmee voor een groot deel het risico hebben weggenomen dat aan iedere zelfstandige wijziging van het gedrag op de markten is verbonden;

dat de algemene en uniforme prijsverhoging op deze verschillende markten slechts te verklaren is door de overeenstemmende bedoelingen dezer onderne- mingen om enerzijds de prijzen op te trekken en de door concurrentie middels prijskortingen ontstane situatie te herstellen, en anderzijds het aan iedere prijsverhoging verbonden risico dat de mededingingsvoorwaarden niet meer dezelfde zullen blijken te zijn als voorheen, te vermijden;

dat de omstandigheid dat de aangekondigde prijsverhogingen in Italië niet zijn toegepast en dat de vennootschap ACNA zich slechts ten dele bij de prijsverhoging op de andere markten van 1967 heeft aangesloten, deze conclu- sie — verre van haar te ontzenuwen — veeleer bevestigt;

37 dat het metterdaad de functie der mededinging op het stuk van de prijzen is een zo laag mogelijk prijsniveau te handhaven en het goederenverkeer tussen de Lid-Staten te bevorderen ten einde aldus, naar gelang van de produktiviteit en het aanpassingsvermogen der ondernemingen, een optimale spreiding der activiteiten mogelijk te maken;

dat een beweeglijk en gedifferentieerd prijsverloop één der wezenlijke doelstellingen van het Verdrag bevordert, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de productiebronnen van de gehele Gemeenschap;

dat — in verband met de beperkte soepelheid van de kleurstoffenmarkt, veroorzaakt door factoren als ondoorzichtige prijzen, de interdependentie der verschillende kleurstoffen van iedere fabrikant bij de samenstelling van het door iedere afnemer benutte produktenpakket, de betrekkelijk geringe invloed van de prijzen dezer produkten op de kostprijs van het eindprodukt van de verbruikende ondernemingen, het belang dezer ondernemingen ter plaatse over een leverancier te beschikken, de invloed van de transportkosten — het vermijden van iedere handeling die de mogelijkheid ener wederzijdse doordringing van de verschillende nationale markten op verbruikersniveau kunstmatig verkleint, van bijzonder belang wordt voor de markt der onderhavige produkten;

dat het weliswaar iedere fabrikant vrijstaat zijn prijzen te wijzigen en daartoe rekening te houden met het tegenwoordige of te verwachten gedrag zijner concurrenten, doch dat het anderzijds in strijd is met de mededingingsregelen van het Verdrag wanneer een fabrikant op enigerlei wijze met zijn concurrenten samenwerkt ten einde een gecoördineerde gedragslijn inzake prijsverhogingen vast te stellen en het welslagen daarvan te verzekeren door tevoren iedere onzekerheid omtrent het over en weer te volgen gedrag ten aanzien van de hoofdzaken der te ondernemen actie, zoals percentage, voorwerp, datum en plaats der verhogingen, uit te sluiten;

dat onder deze omstandigheden en gelet op de bijzonderheden van de markt voor de onderhavige produkten, het gezamenlijk gedrag van verzoekster en de andere vervolgde ondernemingen erop gericht is geweest de risico's van de mededinging en de ongewisheid hunner spontane reacties te vervangen door een samenwerking die een in artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging oplevert;

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

38 Overwegende dat verzoekster stelt, dat de uniforme prijsverhogingen de handel tussen de Lid-Staten niet ongunstig konden beïnvloeden, omdat de ver-

bruikers ondanks de aanzienlijke verschillen tussen de prijzen in de verschillende staten, steeds de voorkeur hebben gegeven aan aankoop van kleurstoffen in het eigen land;

- 39 Overwegende dat echter uit het vorenoverwogene volgt dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, gericht als zij waren op handhaving van de opsplitsing der markt, een nadelige invloed konden uitoefenen op de voorwaarden waaronder de handel in de betrokken produkten tussen de Lid-Staten zich afspeelt;

dat de partijen die deze gedragingen hebben volvoerd bij iedere verhoging hebben bedoeld zoveel mogelijk het risico te beperken dat de voorwaarden voor hun onderlinge mededinging zouden blijken niet meer dezelfde te zijn als voorheen;

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

- 40 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

De bevoegdheid der Commissie

- 41 Overwegende dat verzoekster die haar zetel buiten de Gemeenschap heeft stelt dat de Commissie niet bevoegd is haar geldboeten op te leggen alleen wegens de gevolgen binnen de gemeenschappelijke markt van handelingen welke zij buiten de Gemeenschap zou hebben verricht;
- 42 Overwegende dat waar hier van een onderling afgestemde feitelijke gedraging sprake is, eerst moet worden nagegaan of verzoeksters gedrag op de gemeenschappelijke markt aan den dag is getreden;

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

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

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

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

- 43 Overwegende dat verzoekster hiertegen inbrengt, dat dit gedrag op rekening van haar dochtermaatschappijen en niet van haarzelf moet worden gesteld;
- 44 Overwegende dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend;

dat zulks met name het geval kan zijn wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt;

dat wanneer de dochtermaatschappij bij het uitzetten van haar gedragslijn op de markt niet over werkelijke zelfstandigheid beschikt, de verboden van artikel 85, lid 1, kunnen worden geacht niet te gelden voor de verhouding tussen haar en de moedermaatschappij, waarmede zij een economische eenheid vormt;

dat deze eenheid — als concern — medebrengt dat de handelingen der dochtermaatschappij in bepaalde omstandigheden aan de moedermaatschappij mogen worden aangerekend;

- 45 Overwegende dat niet wordt betwist dat verzoeksters binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochtermaatschappijen destijds geheel onder haar controle waren geplaatst;

dat verzoekster het inzonderheid in haar macht had het beleid van haar dochtermaatschappijen op de gemeenschappelijke markt ten aanzien van de verkoopprijzen op beslissende wijze te beïnvloeden en van die macht ook gebruik gemaakt heeft bij de drie hierbedoelde prijsverhogingen;

dat toch in de telexberichten betreffende de verhoging van 1964 welke verzoekster aan haar dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt deed toekomen, de prijzen en andere verkoopvoorwaarden, welke zij jegens hun afnemers hadden in acht te nemen, op voor haar bindende wijze werden vastgelegd;

dat het er, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, voor moet worden gehouden dat verzoekster bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 ten aanzien van haar binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochtermaatschappijen niet anders heeft gehandeld;

dat in deze omstandigheden het feit dat hier, gelet op de eigen rechtspersoonlijkheid, in formele zin van twee verschillende vennootschappen sprake is, er niet aan afdoet dat hun marktgedrag, voor wat de toepassing der mededingingsregelen betreft, als een eenheid moet worden opgevat;

dat verzoekster derhalve wel degelijk de onderling afgestemde feitelijke gedraging binnen de gemeenschappelijke markt heeft verricht;

46 dat het door verzoekster opgeworpen middel — onbevoegdheid — derhalve ongegrond moet worden verklaard;

47 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de beschikking onvoldoende met redenen is omkleed, aangezien de Commissie zich tot staving harer bevoegdheid niet op de tussen moedermaatschappij en dochtermaatschappij bestaande banden heeft beroepen;

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

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

49 dat deze exceptie derhalve ongegrond is;

50 Overwegende dat verzoekster de Commissie voorts verwijt geen rekening te hebben gehouden met de bijzondere positie die zij als buiten de Gemeenschap gevestigde onderneming inneemt;

dat verzoekster, gezien de verschillende opvattingen inzake de toepassing van het beginsel ener op de gevolgen berustende bevoegdheid, het ervoor zou hebben mogen houden dat de Commissie niet bevoegd was tegen haar een procedure in te leiden;

dat derhalve zou moeten worden erkend dat verzoekster in ieder geval in verontschuldigbare dwaling heeft gehandeld en dat haar van eventuele schendingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag geen verwijt mag worden gemaakt;

- 51 Overwegende dat bij onderzoek van het middel inzake de bevoegdheid der Commissie blijkt dat deze niet op de enkele gevolgen van een gedraging buiten de Gemeenschap doch op een aan verzoekster te verwijten activiteit binnen de gemeenschappelijke markt berust;
- 52 dat dit middel derhalve ongegrond is;

D e g e l d b o e t e

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

Ten aanzien van de proceskosten

- 54 Overwegende dat volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen;
dat verzoekster in het ongelijk is gesteld;
dat zij derhalve in de kosten moet worden verwezen;

Gezien de stukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;

Gehoord de pleidooien van partijen;

Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;

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

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

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

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

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

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

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

Lecourt	Mertens de Wilmars	Kutscher
Donner	Trabucchi	Monaco
		Pescatore

Uitgesproken te Luxemburg ter openbare terechtzitting van veertien juli negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier

A. Van Houtte

De President

R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL H. MAYRAS
(zie zaak 48-69, blz. 669)