

DE ONTWIKKELING VAN DE EUROPESE INTEGRATIE EN VAN
HET EUROPEES KARTELRECHT ROND HET EINDE VAN DE
OVERGANGSPERIODE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,
1969-1970¹⁾

door Mr. Drs. J. Th. Degenkamp

I DE ONTWIKKELING VAN DE EUROPESE INTEGRATIE

In een vorig artikel werd de ontwikkeling van het Europees kartelrecht in 1968 geschetst. In politiek opzicht was 1968 voor de voorstanders van Europese politieke en economische integratie een „crisis”-jaar. De tegenstellingen tussen de „Vijf” en Frankrijk leken onoverbrugbaar. De meningsverschillen betroffen zowel de *uitbreiding* (met als belangrijkste aspirant-lid: Groot-Brittannië) als de *verdieping* van de Gemeenschappen (de controverse „Europa-vaderland” - „Europa der Vaderlanden”).

Begin 1969 zagen de zaken er voor de „integralisten” weinig rooskleurig uit. Het Derde Algemeen Verslag van de Europese Commissie geeft de stand van zaken als volgt weer²⁾: „Bij het begin van 1969 zag het er niet naar uit dat de politieke tegenstellingen tussen de Lid-Staten over enige belangrijke problemen zou verminderen. De economische en monetaire ontwikkelingen in de verschillende Lid-Staten bleven sterk uiteenlopen. De besprekingen over de uitbreiding en de versterking van de Gemeenschap verliepen nog steeds even moeizaam. In parlementaire kringen ontstond enig ongeduld over het uitblijven van een tastbare vooruitgang. Vooraanstaande Europeanen gaven uiting aan hun ontmoediging en pessimisme. Men sprak openlijk van een crisis, een verlamming en zelfs een mogelijke ontbinding van de Gemeenschappen”.

1969 was een belangrijk jaar voor de Gemeenschappen omdat in dat jaar o.a. beslist moest worden over het al dan niet verlengen van de overgangsp periode. Volgens artikel 8 van het - op 1-1-1958 in werking getreden - EEG-verdrag wordt de gemeenschappelijke markt gedurende een overgangsp periode van 12 jaar tot stand gebracht. Deze overgangsp periode kon - op grond van artikel 8 lid 5 en 6 - op voorstel van de Europese Commissie bij beschikking door de Raad van Ministers (met eenparigheid van stemmen genomen) worden verlengd tot maximaal 15 jaar, dus tot 1-1-1973.

De Commissie heeft echter besloten geen voorstel tot verlenging bij de Raad van Ministers in te dienen. Alhoewel het duidelijk was dat een aantal maatregelen dat tijdens de overgangsp periode had moeten worden genomen, niet voor het einde van 1969 zou kunnen worden genomen - genoemd kunnen worden de aanpassing van de handelsmonopolies en de goedkeuring van de richtlijnen met betrekking tot de vrijheid van vestiging - wilde de Commissie de Zes onder druk zetten om voor het eind van 1969 te komen tot een

¹⁾ Dit artikel is een vervolg op mijn overzicht van de ontwikkeling van het Europees kartelrecht in 1968, in MAB 1969, No. 11, pag. 541 e.v. Voor een overzicht van de juridische consequenties van het einde van de overgangsp periode raadplege men de artikelen van P. J. G. Kapteyn en Guy Schrans in S.E.W., Tijdschrift voor Europees en economisch recht, april 1970, pag. 203 e.v. en pag. 225 e.v.

²⁾ Derde Algemeen Verslag over de werkzaamheden van de Gemeenschappen, 1969, pag. 11.

package-deal met betrekking tot de *voltooiing*, de *versterking* en de *uitbreiding* van de Gemeenschappen. (De uitbreiding zal in het navolgende niet worden behandeld.)

Dit plan van de Commissie is geslaagd. Na vele dag- en nachtvergaderingen werd op 22 december 1969 een voorlopig akkoord bereikt, dat op 7 februari 1970 definitief werd en dat op 21 april 1970 van voorbehouden werd ontdaan die gemaakt waren op grond van meningsverschillen ten aanzien van de ordening van de wijnmarkt. 21 april 1970 is derhalve de datum van de „effectieve voltooiing” van de Europese gemeenschappelijke markt.

Het voltooiingsakkoord

Het voltooiingsakkoord betrof de volgende punten:

1 de eigen middelen van de gemeenschap

De vastgestelde regeling omvat twee fasen: een interim-fase (1971-1974) waarin met ingang van 1971 de landbouwheffingen volledig en de ontvangsten uit het gemeenschappelijk buitentarief in geleidelijk toenemende mate in de gemeenschaps-kas vloeien, terwijl een eventueel tekort uit bijdragen van de lid-staten zal worden gedekt; daarna de z.g. „normale” periode, waarin mede als bron van ontvangsten fungeert een heffing berekend op de grondslag van de voor de gehele gemeenschap geldende belasting toegevoegde waarde (BTW), volgens een tarief van maximaal 1%.

2 de budgettaire bevoegdheden van het Europese Parlement

Op 1 en 2 december 1969 vond in Den Haag een conferentie plaats van staatshoofden en regeringsleiders van de landen van de Europese Gemeenschap. Op basis van een op deze conferentie tot stand gekomen akkoord is binnen de EEG overeenstemming bereikt over de uitbreiding van de budgettaire bevoegdheden van het Europese Parlement. Ook hier is weer onderscheid gemaakt tussen een interim-periode (1971-1974) en de normale periode (vanaf 1-1-1975). Zolang de gemeenschaps-uitgaven niet integraal worden gefinancierd uit gemeenschapsheffingen, wil de Raad niet verder gaan dan een versterking van het recht van amendement van het Europese Parlement³).

Gedurende de interim-periode zullen voorstellen van het Parlement die het bedrag van de uitgaven niet verhogen, door de Raad slechts kunnen worden verworpen met gekwalificeerde meerderheid. Verhoging van de uitgaven op grond van voorstellen gedaan door het Parlement kan slechts geschieden als de Raad met gekwalificeerde meerderheid besluit deze voorstellen in de begroting op te nemen. Voor wat betreft de huishoudelijke uitgaven van het Parlement in de interim-periode heeft de Raad zich verplicht geen wijzigingen aan te brengen in de ramingen van de administratieve uitgaven van het Parlement zelf.

³) Zie P. J. G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat: „Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen”, 1970, pag. 383 e.v.

In de „normale” periode krijgt het Parlement het laatste woord, dit in tegenstelling tot de bestaande situatie waarbij niet het Europese Parlement maar de Raad het budgetrecht heeft. Dit laatste woord betreft dan echter niet alle uitgaven maar naar schatting slechts 3 à 4%! ; de zg. „communautaire operationele uitgaven” (landbouwsubsidies e.d.) worden beheerst door beslissingen van de Raad van Ministers; de functie van het Parlement ten aanzien van deze uitgaven blijft slechts een adviserende. Dit betekent vermoedelijk dat de adviezen in de praktijk weinig effect zullen sorteren.

De rol van het Europese Parlement blijft derhalve een zeer ondergeschikte, een situatie die niet door iedereen positief wordt gewaardeerd.

3 de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid

In een door de Raad vastgestelde verordening worden o.a. regels gegeven voor het beheer van het Europese Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL); een niet-onaanzienlijk fonds als men weet dat de „omzet” (voor de afdeling „Garantie”) voor 1970 wordt geraamd op 2,3 tot 2,4 miljard rekeneenheden (dollars)!

De versterking van de Europese Gemeenschappen; op weg naar de Europese economische en monetaire unie?

Op de conferentie van staatshoofden of regeringsleiders van 1 en 2 december 1969 in Den Haag werd o.a. overeenstemming bereikt over de volgende tekst omtrent de versterking van de Europese Gemeenschappen:⁴) „Zij hebben opnieuw uiting gegeven aan hun bereidheid de latere ontwikkeling die nodig is voor de uitbreiding van de Gemeenschap en voor haar ontwikkeling tot een economische unie sneller te doen verlopen. Zij zijn van oordeel dat het integratieproces moet uitmonden in een gemeenschap van stabiliteit en groei. Hiertoe zijn zij overeengekomen dat in de Raad . . . „in de loop van 1970 een in fasen uit te voeren plan zal worden uitgewerkt dat de verwezenlijking van een economische en monetaire unie ten doel heeft. De ontwikkeling van de monetaire samenwerking dient te zijn gebaseerd op de harmonisering van het economische beleid.”

Op 13 oktober 1970 werd door de Commissie-Werner (de voorbereidende studie-commissie) bij de Commissie en de Raad een rapport ingediend dat voorzag in de verwezenlijking van deze unie over een periode van 10 jaar.

In het door de Commissie-Werner uitgebrachte rapport werd duidelijk aangegeven dat het totstandbrengen van de economische unie zou moeten impliceren een overgang van economisch-politieke bevoegdheden van nationaal naar gemeenschaps-niveau; naar het inzicht van deze commissie vormt de economische en monetaire unie een stimulans voor de ontwikkeling van de politieke unie, „waar zij op haar beurt op den duur niet buiten kan”.

In de eindfase zijn naar het inzicht van de Commissie-Werner twee gemeenschaps-organen onontbeerlijk: een centrum voor de besluitvorming inzake het economisch beleid (gedacht werd aan de Europese Commissie) en

⁴) Slotcommuniqué punt 8, zie supplement Bulletin van de Europese Gemeenschappen, nr. 11-1970, pag. 34.

een communautair systeem van centrale banken, een soort „federal reserve system”. Het centrum voor de politieke besluitvorming zal - alweer volgens de Commissie-Werner - politiek verantwoordelijk zijn tegenover het Europese Parlement.

Het zal weinig verbazing wekken dat vooral de Franse regering bezwaren opperde tegen deze supra-nationale blauwdruk.

Op 15 december 1970 kwamen de Europese ministers weer bij elkaar zonder tot overeenstemming te komen. De Fransen wilden wel de eerste fase van het Werner-plan op 1-1-1971 laten ingaan, maar wilden de handen vrij houden ten aanzien van het einddoel.

De eerste fase van het plan-Werner voorzag in extra-consultaties van de Raad van Ministers en de presidenten van de centrale banken van de landen van de Gemeenschap.

Drie maal per jaar zouden de ministers dienen te vergaderen om de grote lijnen van de economische politiek vast te leggen en kwantitatieve beleidslijnen voor de voornaamste elementen van de verschillende nationale begrotingen vast te leggen. In de herfst van elk jaar zouden aanbevelingen worden gedaan voor de te voeren economische politiek in de gemeenschap, in het voorjaar zouden de ontwerp-begrotingen van de verschillende regeringen op gemeenschaps-niveau worden bestudeerd.

Voor wat betreft de monetaire politiek werd voorzien in een hechtere samenwerking tussen de verschillende nationale banken; in deze fase zou de bandbreedte van de koersschommelingen tussen de verschillende Europese valuta nauwer dienen te worden gemaakt o.a. door gecoördineerde actie t.o.v. de dollar. Omtrent de inhoud van de maatregelen te nemen in de eerste fase waren alle Zes het eens; bij de Vijf bestond echter enerzijds geen bereidheid mee te werken aan een monetaire unie zonder dat door Frankrijk de garantie werd gegeven dat meegewerkt zou worden aan de gemeenschappelijke economische politiek, terwijl anderzijds Frankrijk zich voor wat betreft de eindfase volledig vrij op wenste te stellen en de Franse politiek voornamelijk gericht was op versterking van de positie van Europa in het Internationale Monetaire Fonds (IMF) en op het openen van de mogelijkheid om de „vreemde” (vooral Amerikaanse) investeringen in de EEG te kunnen controleren.

Opmerkelijk in deze situatie is dat het aspirant-lid Groot-Brittannië ten aanzien van de vraag omtrent de wenselijkheid van overdracht van nationale bevoegdheden aan supra-nationale organen eerder aan de Franse kant dan aan de kant van de Vijf lijkt te staan.

De totstandkoming van de Europese economische en monetaire unie lijkt door dit alles weer een flinke vertraging te hebben opgelopen.

In hoeverre de hiervoor geschetste ontwikkeling al of niet positief wordt gewaardeerd, hangt mede af van de vraag of men de economische integratie als een noodzakelijke voorloper van politieke integratie ziet of - zoals schrijver dezes - van mening is dat de economische integratie - mèt het daaraan gepaard gaande proces van maatschappelijke machtsvorming - zeer wel kan plaatsvinden en in werkelijkheid ook plaats vindt zonder dat de politieke integratie - die democratische controle op machtsvorming mogelijk maakt -

„noodwendig” volgt. De Europese economische integratie is m.i. „en marche et rien ne l'arrêtera” vooral op het gebied van de ondernemingen, de industrie en - zij het met een achterstand - op het gebied van de werknemersorganisaties; de „politiek” hinkt achteraan. Op 9 februari 1971 is in Brussel een akkoord bereikt. Niet het plan-Werner maar het plan-Barre (de Franse voorzitter van de Europese Commissie) is aanvaard. De opvattingen van Frankrijk - intergouvernementele samenwerking vooral op monetair gebied - hebben weer gezegevierd. Op aandringen van Duitsland en Nederland - voorstanders van supra-nationale samenwerking op monetair en economisch gebied - is een „guillotine”-clausule in de overeenkomst opgenomen.

II DE ONTWIKKELING VAN HET EUROPEES KARTELRECHT

Over nu naar het Europese mededingingsrecht, in het navolgende ook wel aangeduid als Europees kartelrecht.

In 1969 en 1970 kwamen de gemeenschapsorganen - het Europese Hof van Justitie, de Europese Commissie en het Europese Parlement - op velerlei wijze in actie.

In het navolgende zullen achtereenvolgens worden behandeld:

- I Enige belangrijke uitspraken van het Hof van Justitie.
- II Twee door de Europese Commissie opgelegde boetebeschikkingen.
- III Enige buiten-toepassing-verklaringen en negatieve verklaringen van de Europese Commissie.
- IV De Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de „bagatelkartels”.
- V Het Memorandum van de Europese Commissie over de industriepolitiek van de Gemeenschap van 20-3-1970.
- VI Het rapport-Berkhouwer van de Economische Commissie van het Europese Parlement.

Het artikel zal worden besloten met een aantal voorlopige conclusies en prognoses.

I Enige belangrijke uitspraken van het Hof van Justitie

In 1969 en 1970 zijn door het Hof van Justitie enige belangrijke uitspraken gedaan met betrekking tot de mededingingsbepalingen van het EEG-verdrag naar aanleiding van aan het Hof voorgelegde zg. „prejudiciële vragen”. Op grond van artikel 177 van het EEG-Verdrag zijn in sommige gevallen de nationale rechters bevoegd en in andere gevallen verplicht, in verband met een door hen te beslissen geschil een uitspraak van het Hof te vragen omtrent o.a. de uitlegging van het Verdrag.

Omtrent de werkings sfeer en de werking van het in artikel 85 EEG-Verdrag vervatte kartelverbod zijn door het Hof in de jaren zestig zeer belangrijke arresten geweest.

Op 9-7-1970 besliste het Hof dat zelfs een alleenverkoopovereenkomst

met absolute gebiedsbescherming niet onder het verbod van art. 85 valt wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten innemen waardoor de markt „slechts in zeer geringe mate” wordt beïnvloed.

Niet de werkingssfeer maar de werking - de rechtsgevolgen - van het kartelverbod werd nader bepaald in het zg. Portelange-arrest⁵).

In 1962 had het Hof beslist dat „oude” overeenkomsten (overeenkomsten die bestonden voor de datum van inwerkingtreding van kartelverordening nr. 17 (13-3-1962) en die - als ze moesten worden aangemeld - ook waren aangemeld, „voorlopig geldig” waren. De discussie over de betekenis van deze „voorlopige geldigheid” barstte hierna in alle hevigheid los. Impliceerde „voorlopige geldigheid” van aanmeldingsplichtige aangemelde overeenkomsten volledige werking totdat de Commissie zou zijn opgetreden, met als consequentie dat de nationale rechter alle vorderingen gebaseerd op deze overeenkomsten zou moeten toewijzen, of betekende „voorlopige geldigheid” dat de nationale rechter de overeenkomst niet mag nietig verklaren maar dat hij alleen die vorderingen mag toewijzen die ook in stand blijven als de Commissie ongunstig beschikt?

In het eerste geval wordt de bevoegdheid van de nationale rechter meer beperkt dan in het tweede. Het Hof heeft in het Portelange-arrest gekozen voor de eerste opvatting.

Terecht stelt W. van Gerven⁶) dat het Hof kiest voor een zo lang mogelijk van kracht zijn van aangemelde kartels ook al zouden zij duidelijk in strijd zijn met artikel 85 lid 1 en kennelijk niet in aanmerking komen voor een vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 85 lid 3 (een vrijstelling die alleen door de Commissie kan worden verleend), derhalve tegen een zo groot mogelijke effectiviteit van het kartelverbod van artikel 85 lid 1.

De volledige werking sluit niet uit dat de Commissie een aangemelde overeenkomst in strijd met het kartelverbod verklaart, welke verbodsbeschikking terugwerkt tot de dag van het sluiten van de overeenkomst; partijen zijn dan verplicht zoveel mogelijk „terug te draaien”, d.w.z. de gevolgen van de overeenkomst teniet te doen. Het Hof motiveert deze voor de ondernemingen gunstige beslissing met een verwijzing naar het „algemene beginsel van de rechtszekerheid”, de ondernemingen hebben niet de mogelijkheid een beslissing op grond van artikel 85 lid 3 (een ontheffing van het kartelverbod) van de Commissie, te bespoedigen.

Met nadruk dient erop te worden gewezen dat het Portelange-arrest betrof een oude (voor 13-3-62) bestaande overeenkomst.

Op 18-3-1970⁷) besliste het Hof van Justitie dat oude niet-aangemelde overeenkomsten, die van aanmelding zijn vrijgesteld, eveneens geldig zijn zolang de Commissie niet tegen deze overeenkomsten is opgetreden. Hetzelfde mag m.i. worden aangenomen t.a.v. nieuwe niet-aanmeldingsplichtige

⁵) Hof van Justitie, 9-7-69, zaak 10-69, Jurisprudentie 1969, pag. 309; zie omtrent dit arrest ook S.E.W. 1970 nr. 1 pag. 7 e.v.

⁶) In S.E.W. 1970, pag. 21.

⁷) De zaak Bilger-Jehle, 43/69.

overeenkomsten. Of nieuwe aanmeldingsplichtige overeenkomsten eveneens alle door partijen gewenste rechtsgevolgen hebben, is onzeker.

Indien ook aangemelde nieuwe overeenkomsten volledig geldig zouden zijn, dan zouden ondernemers de door hen gesloten concurrentie-beperkende overeenkomsten met behulp van de nationale rechter kunnen handhaven tegen een ieder tot het moment waarop de Commissie (een bestuurs-instantie die niet altijd even snel werkt) tegen deze overeenkomsten zou zijn opgetreden.

Op 30-6-1970⁸⁾ besliste het Hof dat voor nieuwe (d.i. na 13-3-'62) gesloten „model-contracten” - overeenkomsten waarvoor een bepaalde overeenkomst „model” staat, in dit geval een gesloten depôt-systeem van detaillisten opgericht door een parfum-fabrikant, dezelfde regels gelden als voor oude aangemelde overeenkomsten, dus: volledige geldigheid totdat de Commissie is opgetreden.

Alleen niet-aangemelde „aanmeldingsplichtige” kartelafspraken zijn van rechtswege verboden en nietig, in dit geval werkt het verbod van artikel 85 van het EEG-verdrag rechtstreeks; een kartel-lid door de andere leden aangesproken tot nakoming kan derhalve een beroep doen op deze nietigheid, terwijl ook acties tegen derden die inbreuk maken op het kartel geen succes zullen hebben bij de nationale rechter.

II Twee door de Europese Commissie opgelegde boete-beschikkingen

1 *De kinine-conventie; de voorgeschiedenis*

Op 16-7-69 werd bij beschikking van de Commissie aan 6 ondernemingen - 3 Franse, 2 Duitse en een Nederlandse: de NV Nedchem - een aantal forse boetes opgelegd. De hoogste boete - Nedchem was de „gelukkige” - bedroeg tweehonderdtienduizend rekeneenheden (dollars). Hoe lagen de zaken?

De 6 ondernemingen fabriceren kinine (basis voor geneesmiddelen o.a. tegen malaria, voor tonic-dranken, en voor kinidine, een geneesmiddel tegen hartziekten) en natuurlijke kinidine. Op de nationale markten zijn de zes ondernemingen (Nedchem; Boehringer en Buchler: Duitsland en Girard, Nogentoise en de Pharmacie Centrale de France: Frankrijk) de belangrijkste producenten van deze produkten, binnen de EEG zijn zij tevens de voornaamste producenten omdat België, Luxemburg en Italië geen productie van betekenis hebben. Ook op de wereldmarkt voor kinine en kinidine nemen deze ondernemingen een overheersende plaats in.

Ondernemersafspraken kwamen al in een ver verleden voor: in 1913 werd een eerste kinine-overeenkomst gesloten tussen planters en fabrikanten. Het Kinabureau - uitvoerend orgaan van deze overeenkomst - heeft tot 1961 gewerkt.

Na de oorlog deden zich aanvankelijk snelle prijsdalingen voor als gevolg van het in gebruik nemen van synthetische middelen en het afstoten van de strategische voorraden van het Amerikaanse leger. Begin 1965 tekende zich

⁸⁾ De zaak Rochas-Bitsch, 1/70.

een wijziging in de marktsituatie af; het aanbod uit voormalig Belgisch Kongo van chinchona-bast nam af als gevolg van de roofbouw na de onafhankelijkheidsverklaring, het aanbod uit Indonesië daalde en tegelijkertijd verminderde het aanbod uit de Amerikaanse strategische voorraden, verkeerde zelfs in een omvangrijke vraag in verband met het Amerikaanse optreden in Vietnam. De prijzen gingen „in goed overleg” omhoog, midden 1966 werd het hoogtepunt bereikt: vergeleken met 1960 waren de prijzen met 900% gestegen, vergeleken met 1964 met 400%! . Het zal duidelijk zijn dat vooral de Amerikaanse regering een en ander met weinig vreugde volgde en dat in Amerika verschillende pogingen zijn gedaan deze ontwikkeling te doorbreken. In hoeverre het optreden van de Europese Commissie het gevolg is van Amerikaanse druk is moeilijk te beoordelen.

In het hierna - onder VI - te behandelen rapport van de Commissie-Berkhouwer, wordt erop gewezen dat het kinine-kartel reeds eerder was veroordeeld; eerst nadat in 1967 de resultaten van een door de Amerikaanse kartelautoriteiten ingesteld onderzoek waren gepubliceerd en nadat vragen waren gesteld in het Europese Parlement, is de Europese Commissie zich gaan bezig houden met het kinine-kartel, (Rapport-Berkhouwer, pag. 11).

In 1958 sloten de hiervoor genoemde ondernemingen een kartel-overeenkomst, deze had betrekking op het „reserveren” van de verschillende geografische markten voor de ondernemingen en de vaststelling van prijzen en hoeveelheden terzake de export van kinine en kinidine.

In 1960 kwam een nadere definitieve regeling tot stand die bestond uit een door de deelnemers ondertekende export-overeenkomst en twee „schriftelijk vastgelegde maar niet-ondertekende” „gentlemen’s agreements”.

De export-overeenkomst regelde de concurrentie met betrekking tot de export naar markten buiten de EEG, de gentlemen’s agreements de mededinging binnen de EEG. In 1961 werd bij nadere overeenkomst de inkooppolitiek gecentraliseerd; alle ingekochte hoeveelheden van de partners werden gepoold en aan de hand van de quota van de export-overeenkomst over de leden verdeeld. Voorts werden in 1961 afspraken gemaakt over aankopen uit de Amerikaanse strategische voorraden.

Toen op 13-3-1962 kartelverordening Nr. 17 in werking trad kwam het tot intensieve beraadslagingen tussen de leden van het kartel. Op 7 augustus werden door de kartelleden de volgende drie mogelijkheden ter discussie gesteld:

- 1 niets aanmelden en het risico van een boete-procedure op zich nemen;
- 2 het kartel beëindigen;
- 3 alleen de export-overeenkomst en de inkoop-quoteringsregeling aanmelden en de gentlemen’s agreements geheim houden, omdat juist deze door artikel 85 EEG verboden worden.

In een door een van de leden van het kartel uitgebracht advies⁹⁾ stond: „daarom zouden alle nodige stappen moeten worden gedaan om een zorgvuldige explicatie van de agreements voor te bereiden, dan wel alle bewijzen te doen verdwijnen.” Het pleit voor de onderneming die het advies opstelde, dat dit schriftelijk geschiedde!

⁹⁾ Publikatieblad No. L. 192, 5-8-69, pag. 10.

Oktober 1962 kwam men tot een beslissing: uitgegaan zou worden van de „werk-hypothese” dat de export-overeenkomst legaal was en derhalve niet behoefde te worden aangemeld en dat de gentlemen’s agreements niet konden worden aangemeld omdat deze afspraken „voor het Duitse recht niet bestonden” (een voorbeeld van wat ik zou willen noemen „realistische” wetsinterpretatie!) Onder druk van de marktomstandigheden bezweek het kartel; de voor de producenten zeer gunstige prijsontwikkeling had tot gevolg dat een wedloop om de winst ontstond. Formeel werd de export-overeenkomst beëindigd in augustus 1966.

De overwegingen van de Commissie

De Commissie overweegt dat zowel de export- en de inkoop-overeenkomst als de gentlemen’s agreements als overeenkomsten in de zin van art. 85 lid 1 van het EEG-verdrag moeten worden beschouwd; t.a.v. de agreements wordt opgemerkt dat het hier betrof „concrete, schriftelijk vastgelegde verplichtingen . . . die bij niet naleving door arbitrage konden worden afgedwongen” en die met de twee overeenkomsten „één onafscheidelijk geheel” vormden, omdat niet-naleving van de overeenkomsten niet-naleving van het agreement betekende en omgekeerd.

De commissie overweegt voorts dat de gentlemen’s agreements ten doel hadden de Duitse, Franse en Nederlandse markten ten gunste van de daar gevestigde leden te beschermen en andere leden van de export naar deze gebieden te weerhouden. *Gestreefd* werd derhalve naar een beperking van de mededinging op de beschermde nationale markten. Of dit streven succes had (het onderzoek naar het effect) hoeft op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag niet te worden onderzocht. De tekst van dit artikel luidt namelijk: „Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken (het doel van de overeenkomst: JThD) of ten gevolge hebben (het effect: JThD) dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst . . .” De Commissie volgt in haar beschikkingen steeds een andere volgorde dan die van artikel 85; eerst wordt onderzocht het doel en daarna (zodanig) het effect¹⁰).

De Commissie is van mening dat de gewraakte overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen de lid-staten ongunstig kunnen beïnvloeden. De overeenkomsten zijn namelijk gesloten tussen ondernemingen uit drie verschillende lid-staten en kunnen in staat worden geacht de export van kinine en kinidine in gevaar te brengen¹¹).

Buiten-toepassing-verklaring van het verbod van artikel 85 lid 1 EEG-Verdrag op grond van het bepaalde in lid 3 van dit artikel: „De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen buiten toepassing worden verklaard . . . mits

¹⁰) Zie P. J. G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat: „Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen”, 1970, pag. 263.

¹¹) Publikatieblad No. L. 192, 5-8-69, pag. 17.

...” was in dit geval niet mogelijk omdat de betrokken overeenkomst op grond van de artikelen 5 en 6 van kartelverordening No. 17 aangemeld had moeten worden en dit niet was gebeurd.

Overeenkomst en agreements vallen derhalve onder het kartel-verbod van artikel 85 en de Commissie heeft de bevoegdheid op grond van artikel 15 van Verordening No. 17 geldboetes op te leggen die variëren van 1000 rekeeneenheden (dollars) tot maximaal een miljoen (!) rekeeneenheden of maximaal 10% van de omzet als dit bedrag groter is dan 1.000.000 rekeeneenheden.

De Commissie is van mening dat de betrokken ondernemingen „opzettelijk” inbreuk hebben gemaakt op de bepalingen van het EEG-Verdrag. Zij baseert dit o.a. op de notulen van een vergadering van de deelnemers, waarin o.m. de volgende zinsnede voorkomt: „dat de gehele overeenkomst zo onrechtmatig is als het maar kan”!

Op grond van deze en andere overwegingen komt de Commissie tot de door haar aan de ondernemingen opgelegde geldboeten^{1 2}).

Het kleurstoffen-kartel

De tweede beschikking waarbij door de Commissie geldboetes werden opgelegd betrof het optreden tegen onderling afgestemde feitelijke gedragingen op het gebied van de prijzen; deze feiten werden gepleegd door een aantal fabrikanten van kleurstoffen. Door de Commissie werd voor de eerste maal ook een boete opgelegd aan vennootschappen die hun zetel hebben in landen buiten de Gemeenschap, in dit geval een aantal Zwitserse vennootschappen en een Engelse.

De betrokken ondernemingen hadden ongeveer 80% van de EEG-markt in handen, de Commissie overwoog dat „uit de verificaties van de Commissie is gebleken dat de opeenvolgende prijsverhogingen (in 1964, 1965 en 1967: JThD) en de omstandigheden waaronder deze tot stand gekomen zijn niet louter uit de oligopolistische structuur van de markt kunnen worden verklaard, maar het gevolg zijn van onderling afgestemde feitelijke gedragingen”^{1 3}).

III Enige buiten-toepassing-verklaringen en negatieve verklaringen van de Europese Commissie

De voor ondernemingen gunstige beschikkingen van de Europese Commissie kunnen worden onderscheiden in:

- buiten-toepassing-verklaringen (individuele ontheffingen en generieke vrijstellingen) en
- negatieve verklaringen^{1 4}) (verklaringen van de Europese Commissie dat

^{1 2}) Op 15-7-70 heeft het Europese Hof van Justitie beroepen ingesteld tegen de boetebeschikking als niet gegrond verworpen; wel is door het Hof een verlaging in de opgelegde boetes aangebracht; zie Bulletin van de Europese Gemeenschappen, september/oktober 1970, pag. 122.

^{1 3}) Publikatieblad No. L. 195, 7-8-69, pag. 12.

Deze beschikking van de Europese Commissie is één schakel in de juridische lotgevallen van het aniline-kartel; voor een overzicht zie M. R. Mok in S.E.W. 1970, pag. 167.

^{1 4}) Vergelijk mijn vorig artikel in het MAB, jaargang 1969, nr. 11, pag. 543.

voor haar geen grond bestaat om op te treden tegen een overeenkomst).

Van de *buiten-toepassing-verklaringen* in '69 verleend kunnen worden vermeld de vrijstellingen in de zaken Clima Chappée-Buderus en Jaz-Peter¹⁵), betreffende specialisatie-overeenkomsten gesloten tussen een Franse en een Duitse onderneming m.b.t. de fabricage van luchtverversingsmateriaal en horlogerie-artikelen. Voorts werd door de Commissie toelaatbaar geacht een verbod dat de EEMO (de organisatie: Expositions Européennes de la Machine-Outil) aan de exposanten oplegde om gedurende het jaar waarin zij aan een EEMO-tentoonstelling hebben deelgenomen nog aan een andere beurs of tentoonstelling deel te nemen.

Voor wat betreft de *negatieve verklaringen*¹⁶), dient in de eerste plaats te worden vermeld de beschikking Christiani en Nielsen¹⁷); het betrof hier een overeenkomst tussen een Deense (moeder-)vennootschap Christiani en Nielsen Kopenhagen en de Nederlandse volle dochter de N.V. Christiani en Nielsen Den Haag. Op grond van deze overeenkomst was de dochter o.a. verplicht geen werkzaamheden buiten het Nederlandse grondgebied zonder toestemming van de moedervernootschap te verrichten en voorts in het algemeen de richtlijnen van de moedervernootschap te volgen.

De Commissie overwoog¹⁸) dat een 100%-filiaal niet kan worden beschouwd „als een economische eenheid die met zijn moedervernootschap in concurrentie kan treden”; de verhouding moeder-dochtervennootschap betreft een taakverdeling binnen eenzelfde economische eenheid. Het juridisch zelfstandig zijn van de twee ondernemingen heeft niet noodzakelijkerwijze tot gevolg dat er mededinging tussen deze twee ondernemingen bestaat. Beslissend is - aldus de Commissie - of „gezien de feitelijke toestand, een zelfstandige actie van het filiaal ten opzichte van de moedervernootschap economisch mogelijk is”.

In 1969 en '70 werd met betrekking tot Nederlandse ondernemingen o.a. nog de volgende negatieve verklaring door de Commissie gegeven: De Vereniging van Vernis- en Verffabrikanten in Nederland kreeg een negatieve verklaring ten aanzien van de overeenkomst waarbij de leden zich verplichtten bepaalde minimum-kwaliteitsvoorschriften in acht te nemen¹⁹). De oorspronkelijke overeenkomst hield ook nog andere clausules in, met name over de inachtneming van minimum-prijzen en verkoopvoorwaarden. Naar aanleiding van opmerkingen van de Commissie werden deze voorwaarden voor de export naar de andere landen van de gemeenschap beëindigd, waarna de negatieve verklaring door de Commissie werd verleend.

De Commissie is na de fusie van de Europese Verdragen ook belast met de uitvoering van het kartelrecht op grond van het EGKS-Verdrag.

Dit verdrag verleent de Commissie o.a. de bevoegdheid concentraties vooraf goed of af te keuren. Op grond van deze bevoegdheid heeft de Commissie o.a. in november '69 de inbreng van mijnvermogens in de vennootschap

15) Publikatieblad No. L 195, 7-8-69, pag. 1 e.v. en 5 e.v.

16) Vergelijk MAB, 1969, nr. 11, pag. 543.

17) Publikatieblad No. L 165, pag. 12 e.v.

18) Publikatieblad No. L 165, pag. 14 e.v.

19) Publikatieblad No. L 168, 10-7-69.

Ruhrkohle AG goedgekeurd; een vennootschap die door deze samensmelting 90% van de steenkolenproductie van het Roerbekken verzorgt. De Commissie stelt dat een dergelijke concentratie alleen kan worden goedgekeurd in een geval als het onderhavige waarin sprake is van een produkt dat de laatste 10 jaar meer en meer door andere produkten is verdrongen van de energiemarkt.

IV De Bekendmaking van de Commissie betreffende de „bagatel-kartels”

In een vorig artikel²⁰⁾ is de inhoud weergegeven van de Bekendmaking van de Commissie terzake o.a. informatie-uitwisselingsovereenkomsten, research- en development-overeenkomsten, joint ventures etc. Ten aanzien van deze overeenkomsten werd door de Commissie een algemene (generieke) negatieve verklaring gegeven.

Op 27 mei 1970 heeft de Commissie een nieuwe *algemene negatieve verklaring* gegeven; nu ten aanzien van „overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van geringe betekenis”, die - naar het inzicht van de Commissie - niet onder artikel 85, lid 1 van het EEG-Verdrag vallen²¹⁾.

De Commissie is van mening dat overeenkomsten die „slechts in geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen de Lid-Staten en de mededinging” niet onder het kartel-verbod van art. 85 vallen.

„Overeenkomsten zijn slechts verboden” - aldus de Commissie, „indien zij een *merkbare* (cursivering JThD) invloed hebben op de toestand op de markt in deze zin, dat zij de marktpositie van derde-ondernemingen en van de afnemers - dus hun afzet- en voorzieningsmogelijkheden - *merkbaar* (curs. JThD) wijzigen”.

De Commissie geeft in de Bekendmaking een niet-uitputtende opsomming van de in de zin van art. 85 „niet-merkbare beperkingen van de concurrentie”. De beschrijving is niet uitputtend omdat ook overeenkomsten die niet vallen in de door de Commissie aangegeven categorieën, „niet-merkbare” beperkingen van de concurrentie kunnen opleveren en derhalve niet onder het verbod van art. 85 kunnen vallen.

Welke categorieën vormen nu de zg. „bagatel-kartels”, de overeenkomsten etc. waarvan partijen geen belang meer hebben bij het verkrijgen van een individuele negatieve verklaring, die dus ook niet meer behoeven te worden aangemeld²²⁾.

De Commissie maakt bekend dat overeenkomsten tussen ondernemingen die zich richten op de produktie of distributie van goederen niet onder het verbod van artikel 85 vallen als:

- de omzet van het kartel binnen het gebied van de gemeenschappelijke markt niet meer dan 5% uitmaakt van de omzet op „de markt” (door de Commissie omschreven als „de omzet in gelijke produkten of produkten

²⁰⁾ MAB '69, nr. 11, pag. 545 e.v.

²¹⁾ Publikatieblad C 64, 2-6-1970, pag. 1 e.v.

²²⁾ Vergelijk t.a.v. de aanmeldingsplicht MAB 1969, nr. 11, pag.'s 544 en 546.

die op grond van hun eigenschappen of prijs voor de afnemers als gelijksoortig zijn te beschouwen en

- de totale jaarlijkse omzet van de bij het kartel betrokken ondernemingen niet meer dan 15 miljoen (voor handelsondernemingen 20 miljoen) rekeeneenheden (= dollars) bedraagt.

Volgens de Commissie mogen de hiervoor genoemde maxima gedurende twee achtereenvolgende jaren met hoogstens 10% worden overschreden.

Voor de berekening van de omzet worden door de Commissie de volgende regels gegeven:

Alle omzetten (zowel goederen als diensten) dienen te worden getotaliseerd van:

A. De bij het kartel betrokken ondernemingen

B. Ondernemingen *waarin* de bij het kartel betrokken ondernemingen:

- direct of indirect minstens 25% van het kapitaal of bedrijfsvermogen bezitten, of
- over minstens de helft van de stemmen beschikken (bedoeld zal zijn v.w.b. een Nederlandse N.V.: minstens de helft van de stemmen op een Algemene Vergadering van Aandeelhouders), of
- ten minste de helft van de leden van de raad van toezicht (College van Commissarissen bijvoorbeeld) of van de tot vertegenwoordiging in rechte aangestelde organen (bijvoorbeeld de directie, het bestuur) kunnen benoemen, of
- het recht van beheer bezitten (de holding company-constructie).

C. Ondernemingen die *in* een bij de overeenkomst betrokken onderneming

- direct of indirect minstens 25% van het kapitaal of bedrijfsvermogen bezitten of, etc. etc. (zie hierboven).

De omzetten van zowel de ondernemingen die de kartelovereenkomst hebben gesloten, als van de van de kartelleden „afhankelijke ondernemingen” en van de ondernemingen waarvan de kartelleden „afhankelijk” zijn, worden derhalve opgeteld.

Deze Bekendmaking van de Commissie heeft tot doel de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen te bevorderen; naar het inzicht van de Commissie leverden de kartelbepalingen aanzienlijke psychologische belemmeringen op voor de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen.

Ongeveer te zelfder tijd (27-5-1970) is door de Commissie bij de Raad ingediend een voorstel tot wijziging van artikel 4 van Verordening Nr. 17 (m.b.t. de aanmeldingsplicht) alsmede een voorstel waarin aan de Commissie de bevoegdheid wordt gegeven een *generieke vrijstelling* te verlenen aan overeenkomsten etc. die ten doel hebben:

- a. de toepassing van normen en typen,
- b. de research en ontwikkeling, alsmede de exploitatie van de resultaten van de research, met inbegrip van de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, betreffende het gebruik van het recht van industriële eigendom en van geheim te houden technische kennis,
- c. specialisatie,
- d. gemeenschappelijke inkoop,

e. gemeenschappelijke verkoop.

Het eerste voorstel van de Commissie aan de Raad betreft een wijziging van artikel 4 van Verordening 17, de bepaling betreffende de aanmelding van overeenkomsten etc. Deze aanmelding is - als het kartel verplicht is zich aan te melden - noodzakelijke voorwaarde voor het later kunnen verkrijgen van een buiten-toepassing-verklaring, terwijl tevens voor de gedragingen na de aanmelding door de Commissie geen boete mag worden opgelegd (artikel 15 lid 5 Verordening Nr. 17).

Door de Commissie wordt voorgesteld van aanmeldingsplicht vrij te stellen ook overeenkomsten betreffende gemeenschappelijke research en ontwikkeling en zg. specialisatie-overeenkomsten mits het marktaandeel binnen de gemeenschappelijke markt of een „wezenlijk deel” (volgens het voorstel van de Commissie is het gebied België-Nederland-Luxemburg in ieder geval „wezenlijk deel”) niet meer dan 10% bedraagt.

Accepteert de Raad het voorstel van de Commissie - hetgeen m.i. te verwachten valt - dan kunnen ondernemingen - zonder voorafgaande aanmelding - overeenkomsten sluiten waarbij zij zich verplichten af te zien van het fabriceren van bepaalde produkten waartegenover de contractpartners een gelijksoortige verplichting op zich nemen.

Het doel van de wijziging van artikel 4 van Verordening Nr. 17 is de ondernemingen aan te moedigen dit soort overeenkomsten te sluiten ook voordat de Raad de Commissie de bevoegdheid verleent deze overeenkomsten generiek buiten toepassing te verklaren, door hen te ontheffen van alleen de aanmeldingsplicht: met als gevolg volledige geldigheid (zie hiervoor sub. I).

V Het Memorandum van de Europese Commissie over de industrie-politiek van de Gemeenschap van 20-3-1970

De Commissie stelt in het Derde Algemeen Verslag over de werkzaamheden van de Gemeenschappen 1969²³): „De tendentie van de ondernemingen op de gemeenschappelijke markt om de concentratie te versterken, heeft zich in 1969 voortgezet. In het algemeen doen de meeste hergroeperingen die in 1969 plaatsvonden bij de ondernemingen, ondanks deze voortdurende tendentie, geen problemen van concurrentie-politieke aard rijzen”.

Op 20 maart 1970 werd door de Commissie bij de Raad van Ministers ingediend een memorandum over de industrie-politiek van de Gemeenschap. De Commissie is van mening dat „een nieuwe fase van opbouw” begint aan het einde van de overgangperiode: „Men zal nu onvermijdelijk moeten overgaan tot het ontwerpen van een gemeenschappelijk beleid inzake de industriële ontwikkeling ter bevordering van wat men een grondpatroon voor de Europese industrie zou kunnen noemen, zowel om aan de economische en binnenkort ook politieke eenheid van West-Europa een onherroepelijke grondslag te geven als om de toekomst van de economische expansie te

²³) pag. 63.

verzekeren en in technologisch opzicht in redelijke mate onafhankelijk van de andere industrielanden te blijven.”²⁴⁾

Bij de beschouwingen die de Commissie wijdt aan de herstructurering van de ondernemingen wordt in de eerste plaats gesteld dat een „open-markt”-politiek voor de Gemeenschappen alleen kan worden gehandhaafd als de Europese ondernemingen de concurrentie van buitenaf aankunnen. „Het lijkt geen twijfel” - aldus de Commissie - „dat in bepaalde gevallen, mits een effectieve concurrentie blijft bestaan, een hogere mate van concentratie noodzakelijk is voor een optimale ontwikkeling”.²⁵⁾

Vooraf het grote aantal overnemingen binnen de Europese markt door Amerikaanse ondernemingen „baart de Commissie zorg”; zeer voorzichtig wordt dit als volgt uitgedrukt: „De Commissie erkent het grote belang dat ook de banden met ondernemingen van derde landen kunnen hebben, maar zij is van mening dat het streven naar een beter evenwicht op dit gebied een van de doelstellingen van de Gemeenschap moet worden.”²⁵⁾

Voor wat betreft het Europese kartelrecht wordt opgemerkt dat „thans geen ruimte voor twijfel meer bestaat”²⁶⁾; bij herhaling is door de Commissie verklaard dat zij geenszins het voornemen heeft de samenwerking die „vereist” wordt door de Gemeenschappelijke markt te belemmeren en „dat zij ze daarentegen zal aanmoedigen”. De Commissie verwijst naar de Bekendmaking van 1968, de opvattingen van Hof en Commissie dat art. 85 lid 1 slechts van toepassing is wanneer de concurrentie op *merkbare* wijze wordt beperkt, de bagatel-kartel-bekendmaking, de generieke vrijstellingen van aanmeldingsplicht t.a.v. overeenkomsten met betrekking tot gemeenschappelijke normen en typen, research-overeenkomsten en naar het bij de Raad ingediende voorstel tot wijziging van de Verordening Nr. 17, waarbij van aanmeldingsplicht worden ontheven: alle afspraken betreffende research en ontwikkeling en alle specialisatiekartels wier marktaandeel op de „relevante markt” de 10% niet overschrijdt (zie hiervoor sub I, III en IV).

Met nadruk wordt er door de Commissie op gewezen dat h.i. „de uiteenlopende ratio” van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag de Commissie niet verplicht tot een grotere gestrengheid jegens gevallen van samenwerking dan jegens concentraties²⁷⁾. Het „voorspel”-karakter van kartels wordt genoemd, maar ook als latere concentratie niet in het verschieft ligt, staat artikel 85 lid 3 vormen van samenwerking toe die gunstige economische resultaten opleveren.

Verrassend is deze uitspraak van de Commissie niet, in aanmerking genomen het beleid dat in de jaren '68, '69 en '70 is gevoerd; de in 1965 voor prof. dr. J. Zijlstra „voor de hand liggende” verscherping van het beleid ten aanzien van internationale kartels²⁸⁾ heeft zich in de praktijk niet gerealiseerd. Het internationale concentratie-proces - of dit nu in de vorm van kartellering (waarbij de samenwerkende ondernemingen juridisch zelfstandig

²⁴⁾ o.c. pag. 7.

²⁵⁾ o.c. pag. 21.

²⁶⁾ o.c. pag. 113.

²⁷⁾ o.c. 115.

²⁸⁾ Economische politiek en concurrentieproblematiek in de EEG en de Lid-Staten, Serie Concur-

blijven) of op andere wijze geschiedde - heeft zich in de afgelopen jaren betrekkelijk ongestoord kunnen voltrekken binnen de EEG²⁹).

De snelle en veelomvattende concentratie-golf die het Europese bedrijfsleven thans overspoelt, heeft reeds enkele jaren geleden sommigen ertoe gebracht te pleiten voor een preventief toezicht (zowel op kartels als op fusies)³⁰).

In het Memorandum van de Commissie betreffende de industriepolitiek van de Gemeenschap stelt de Commissie hieromtrent³¹): „Het beginsel van het toezicht en de sanctie a posteriori, dat thans op alle gebieden met uitzondering van kolen en staal op grond van artikel 86 EEG-verdrag toepasselijk is, kan voor de ondernemingen voordelig lijken. Men mag zich echter niet ontveinzen dat de overheid niet onverschillig zal kunnen blijven voor de evolutie die aan de gang is. Het zal daarom te zijner tijd ongetwijfeld noodzakelijk zijn een moderner en nauwkeuriger concurrentiewetgeving uit te werken die, met gelijktijdige vereenvoudiging van de administratieve procedures, de Commissie in staat stelt een effectieve concurrentie in stand te houden, ongeacht de vormen waarin de concentratie optreedt”. Voorts wijst de Commissie op de tendens tot oprichting van wat genoemd wordt „multisectoriële conglomeraties” welk verschijnsel volgens de Commissie belangrijke problemen doet rijzen zowel in verband met het concurrentiebeleid als met de „industriële efficiëntie”; enigszins verrassend is dat de Commissie na deze zinnen niet verder komt dan de „noodzaak” van „diepgaande studie” te beklemtonen.

VI Het rapport-Berkhouwer van de Economische Commissie van het Europese Parlement

De Economische Commissie van het Europese Parlement heeft in januari 1970 een verslag uitgebracht „nopens de mededingingsregels en de positie van de Europese ondernemingen in de gemeenschappelijke markt en in de wereldeconomie”³²), (rapporteur: de Nederlander Berkhouwer). In de ontwerp-resolutie die ter goedkeuring aan het Europese Parlement werd voorgelegd, kwamen de volgende gedeelten voor:

punt 9 van de ontwerp-resolutie: (het Europese Parlement) „acht het noodzakelijk dat voor concentraties waardoor een bepaald marktaandeel of bepaalde orden van grootte worden overschreden, *voorafgaande aanmelding* wordt ingevoerd; *deze concentraties* mogen *pas* als *geoorloofd* gelden indien de Commissie binnen een nog te bepalen termijn *geen bezwaar heeft gemaakt*” (cursiv. Ec. Commissie).

rentie Nr. 2, Brussel 1966, pag. 44.

²⁹) De „constatering” van W. A. A. M. de Roos in zijn „De Economische machtspositie”, Leiden 1969, pag. 55, dat „kartels in de Euromarkt strenger behandeld worden dan marktbeheersende ondernemingen is in zijn algemeenheid onjuist; dat de strenger lijkende bepalingen voor de kartels andere concentratievormen mede hebben gestimuleerd lijkt een meer realistische veronderstelling.

³⁰) H. W. de Jong „Concentration in the Common Market” in Common Market Law Review 1966, Vol. IV. Zie ook mijn „Enige opmerkingen over volkomen en onvolkomen concentratie van ondernemingen in het soc.-ec. recht” in S.E.W., 1967, pag. 504.

³¹) o.c. pag. 124.

³²) Zittingsdocumenten Europees Parlement, 2-2-70, Document 197.

Verder wordt in de ontwerp-resolutie vooral gewezen op de noodzaak van volledige en tijdige informatie omtrent de ontwikkelingen in het bedrijfsleven; zoals in de Toelichting bij de ontwerp-resolutie wordt gesteld³³). „De feitelijke krachtsverhoudingen op de verschillende markten en het net van de zich voortdurend wijzigende afspraken enz. zijn onvoldoende bekend.” De Commissie-Berkhouwer vraagt zich af of het zwaartepunt van het mededingingsbeleid niet van het kartelbeleid op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag, moet worden verlegd naar de toepassing van artikel 86 dat het misbruik maken van machtsposities verbiedt.

In het gedeelte van het rapport dat handelt over de concentratie³⁴) constateert de Commissie-Berkhouwer dat „sedert enige jaren een concentratiegolf over het bedrijfsleven van de Gemeenschap” gaat. Deze concentratie kan de vorm aannemen van deelnemingen (met als variant holdings), fusies, personele unies of concern-vorming.

Er wordt op gewezen dat vooral derde-landen (met name Amerika en Groot-Brittannië) zeer actief bij dit proces zijn betrokken.

Voor wat betreft de beoordeling van het concentratieverschijnsel sluit de Commissie zich aan bij de Europese Commissie die in het Tweede Programma voor de economische politiek op middellange termijn erop heeft gewezen dat er meer aanleiding is ondernemingen aan te sporen tot herziening van de organisatie en de bedrijfsvoering „dan hen de weg te doen opgaan van systematische schaalvergroting”. Voor wat betreft de optimale omvang van de onderneming komt de Commissie tot de conclusie dat dit begrip niet geschikt is als criterium voor het concentratiebeleid.

Ten aanzien van de gevolgen van de concentratie voor de onderneming wordt vooral gewezen op de gevolgen van de samenvoeging voor het financieel potentieel (gemakkelijker toegang tot de kapitaalmarkt op gunstiger voorwaarden, nieuwe toepassingsmogelijkheden voor onbenutte liquiditeiten, mogelijkheid om projecten te ondernemen, waarvoor het kapitaal vóór de fusie ontbrak).

Uit een oogpunt van concurrentiepolitiek heeft concentratie in de moderne economie volgens de Commissie minder tot gevolg monopolievorming dan het ontstaan van wat genoemd wordt „gediversificeerde oligopolies”. De Commissie is van mening dat een monopolie geen lang bestaan beschoren is, „borg” staat hiervoor de technische vooruitgang, de liberalisatie van de handel en eventueel het optreden van de kartelautoriteiten. Niet iedereen zal deze uitspraak van de Commissie voor zijn rekening willen nemen, schrijver dezes althans niet.

De Commissie wijst erop dat het benadrukken van het begrip „relevante markt” bij het concentratiebeleid tot gevolg kan hebben dat de tendens tot conglomeratie-concentraties (parallellisatie in de productiesfeer van het bedrijfsleven) hierdoor wordt versterkt; gewezen wordt op de Amerikaanse ervaring met de Clayton-Act die, na wijziging in 1950 met het Celler-Kefauver-Amendment, waarbij de verwerving van een onderneming die leidde

³³⁾ o.c. pag. 5.

³⁴⁾ o.c. pag. 16 e.v.

tot „een wezenlijke vermindering van de mededinging”, werd verboden, tot gevolg had dat het aantal conglomerate-mergers snel toenam.

Volgens de Commissie-Berkhouwer is het conglomeraat uit oogpunt van concurrentie-politiek een ongezond verschijnsel, „omdat het een belemmering vormt voor een effectieve mededinging”.³⁵⁾

De Commissie geeft de volgende karakteristiek van het conglomeraat: „het accent van de centrale leiding ligt bij de financiële politiek, dikwijls wordt welbewust naar marktbeheersing gestreefd, de groei van de groep vindt allereerst door overnemingen plaats en het produktiegamma van de groep omvat de meest uiteenlopende produkten. De groep bemoeit zich zeer direct met de leiding van de verschillende bedrijven (hierin onderscheidt het conglomeraat zich van de holding) en bij de overneming van andere bedrijven is het argument van rationele produktie door middel van schaalvergroting hoogstens van secundaire betekenis. De verschillende bedrijven van een conglomeraat worden veelal gedwongen elkaars produkten af te nemen” (gedwongen winkelnering van ondernemingen! JThD).

Bij de behandeling van het onderwerp „machtsposities” in het rapport Berkhouwer wordt in de eerste plaats gesteld dat artikel 86 van het EEG-verdrag tot dusver geen rol van betekenis in de praktijk van het kartelbeleid heeft gespeeld.³⁶⁾

In herinnering wordt gebracht dat de Europese Commissie de volgende omschrijving van het begrip „economische machtspositie” hanteert: een onderneming of een groep van ondernemingen die in staat zijn om de werking van de markt in belangrijke mate en in beginsel op voorspelbare wijze te beïnvloeden.

De Europese Commissie acht misbruik van machtspositie aanwezig wanneer de gedragingen van een onderneming die een machtspositie inneemt, tegen de doelstellingen van het verdrag indruisen. De Commissie-Berkhouwer is van mening dat deze omschrijving „niets miszegt; zij (sc. de Eur. Commissie) zegt er ook weinig mee”³⁷⁾. De Commissie-Berkhouwer stelt daarom de volgende formulering voor: „ misbruik van een machtspositie doet zich voor als een onderneming in een machtspositie een marktstrategie voert, die over een langere periode in een situatie van effectieve concurrentie onmogelijk was geweest³⁷⁾”; gezien o.a. de meerduidigheid van het begrip „effectieve concurrentie” lijkt mij de suggestie, dat met de laatste omschrijving „meer” zou worden gezegd dan met de definitie van de Europese Commissie, onjuist.

In dit geval is vooral van belang dat aangegeven wordt welk orgaan de bevoegdheid heeft of krijgt om te beslissen over de vraag of er sprake is van een „economische machtspositie” en van „misbruik”; deze beslissing is dan een beleids-beslissing die niet logisch afleidbaar is uit de definities.

De Commissie-Berkhouwer stelt voor te komen tot een wijziging van artikel 86 van het EEG-Verdrag zodanig, dat ingegrepen kan worden ook als het gedrag van de betrokken onderneming(en) nog niet als misbruik kan

³⁵⁾ o.c. pag. 18.

³⁶⁾ o.c. pag. 21.

³⁷⁾ o.c. pag. 22.

worden aangemerkt; gedacht wordt aan op marktbeheersing gerichte concentraties en ook aan conglomerale fusies. Voorgesteld wordt voorafgaande aanmelding verplicht te stellen. De Europese Commissie zou voorts de bevoegdheid moeten krijgen om concentraties waardoor een bepaald markt-aandeel wordt overschreden - genoemd wordt 20% van de relevante markt - te verbieden³⁸). Bij de behandeling van het rapport Berkhouwer in het Europese Parlement rezen vooral bezwaren tegen de verplichte voorafgaande aanmelding van concentraties; omdat ten gevolge van misverstanden tegenstrijdige stemmingen plaats vonden werd de hele zaak weer terug verwezen naar de Economische Commissie³⁹). Verwacht mag worden dat het Europese Parlement nu begin 1971 tot beslissingen hieromtrent zal komen; de kracht van resoluties van het Europese Parlement moet echter niet worden overschat! ⁴⁰)

Voorlopige conclusie en prognose

Door de Europese kartelautoriteiten zal vermoedelijk nog wel enige tijd een soepel kartelbeleid worden gevoerd. Onder „kartelbeleid” wordt hier dan verstaan het beleid ten aanzien van de verschillende vormen waarin het bedrijfsleven concentreert. Ook voor de conglomeraten ziet de toekomst er m.i. niet somber uit. Deze concentratie-vormen zijn - vooral als zij een nationale dimensie hebben gekregen (als nationale onderneming opereren) - niet meer „kwetsbaar” voor de politiek van de „supra-nationale” Europese Commissie, gezien de invloed die de nationale belangenbehartiging in de Euromarkt heeft en vermoedelijk nog wel lange tijd zal houden. Hebben de conglomeraten een Europees karakter dan zijn maatregelen niet te verwachten gezien de omstandigheid dat dit soort concentraties vooral voorkomt in de fast-growing industries waar de concurrentie van de Amerikanen niet gering is en de penetratie-pogingen slechts met grote moeite kunnen worden afgeslagen.

De multi-nationale ondernemingen zullen hun invloed sterk zien toenemen met als mogelijk eindpunt een concentratie van economische macht in handen van een paar honderd ondernemingen.

Schrijver dezes sluit zich hieromtrent aan bij de opvatting van de Commissie-Berkhouwer dat⁴¹) „een situatie waarin de economische macht in de westerse industrielanden voor een groot deel bij enkele honderden of zelfs nog minder zou berusten, kan en moet worden voorkomen”. Of de middelen die de Commissie aanwijst: gemeenschappelijk beleid in de EEG (inclusief het zwakke Eur.Parlement, JThD) en overleg EEG-OESO, hiertoe voldoende zijn, mag m.i. met reden worden betwijfeld.

³⁸) o.c. pag. 23.

³⁹) Zie Bulletin van de Eur. Gemeenschappen, mei 1970, pag. 105.

⁴⁰) Zie hieromtrent P. J. G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat: „Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen”, 1970 pag. 99 e.v.

⁴¹) o.c. pag. 18.