

Continental Can : Toepasselijkheid van het EEG-verdrag op concentraties van ondernemingen. *

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 21 februari 1973, zaak nr. 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. t. Commissie van de Europese Gemeenschappen.

Met noot van Prof. Mr. B. BAARDMAN (Rotterdam).

1. FEITEN EN CONCLUSIES VAN DE PARTIJEN.

De Amerikaanse onderneming Continental Can Company Inc. (verder aan te duiden als CCC), de grootste producent van metalen verpakkingen ter wereld, heeft in 1969 een belang van 85,8 % verkregen in de voornaamste Duitse onderneming op dit terrein, Schmalbach-Lubeca-Werke (SLW) te Brunswijk. In februari 1970 spreekt zij met de grootste Benelux-producent, Thomassen & Drijver-Verbliva N.V. (TDV) te Deventer, af dat een door CCC op te richten vennootschap Europemballage Corporation (Europemballage), waaraan CCC haar belangen in SLW zal overdragen, een bod zal uitbrengen op de aandelen TDV. Op 20 februari vindt de oprichting plaats van Europemballage, dat kantoor gaat houden te New York en te Brussel ; op 16 maart wordt het bod bekend gemaakt en op 8 april koopt Europemballage de aangeboden aandelen en obligaties TDV aan, waardoor CCC, via Europemballage, 91,07 % van het nominale kapitaal van TDV gaat bezitten. Op 9 april 1970 leidde de Commissie van de Europese Gemeenschappen ambtshalve een procedure in tegen CCC en Europemballage wegens vermoedelijke overtreding van art. 86 van het EEG-Verdrag dat verbiedt «misbruik te maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel ervan». Deze resulteerde in de beschikking van de Commissie van 9 december 1971 (Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen no. 17 van 8 januari 1972), waarbij wordt vastgesteld dat :

«de Continental Can Company, Inc. te New York, die door tussenkomst van haar dochteronderneming, Schmalbach-Lubeca-Werke A.G. te Brunswijk op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een machtspositie op de markt van lichte verpakkingen voor vlees, vleeswaren-, vis- en schaaldierenconserven alsmede op de markt van metalen deksels voor glazen potten inneemt, van deze positie misbruik heeft gemaakt door de

(*) Deze bijdrage werd geschreven voor ARS AEQUI en JURA FALCONIS. Zie ARS AEQUI, XXII, nr. 6, blz. 306-317.

in april 1970, door tussenkomst van haar dochteronderneming Europemballage Corporation, gedane aankoop van ongeveer 80% van de aandelen en de converteerbare obligaties van de Nederlandse onderneming Thomassen & Drijver-Verbliva N.V. te Deventer. Deze aankoop heeft in de praktijk geleid tot de uitschakeling van de mededinging voor de voornoemde verpakingsproducten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.»

CCC wordt verplicht aan de vastgestelde inbreuk op art. 86 een einde te maken en daartoe vóór 1 juli 1972 aan de Commissie voorstellen te doen.

In haar motivering voert de Commissie aan dat CCC via SLW vóór de concentratie in Duitsland ten aanzien van conservenblikjes voor vlees en vleeswaren een marktaandeel van 70/80% bezat, ten aanzien van conservenblikjes voor vis en schaaldieren 80/90% en ten aanzien van metalen deksels voor metalen potten 50/55%. Mede gelet op de technologische voorsprong die CCC op haar concurrenten heeft, op haar financiële macht en op het feit dat zij zelf ook de machines vervaardigt, die voor het produceren en het gebruiken van haar verpakkingen nodig zijn, bevat derhalve CCC volgens de Commissie reeds vóór de overname van TDV op de Duitse markt, 'welke een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vertegenwoordigt', voor deze drie producten een machtspositie, welk begrip door haar als volgt wordt gedefinieerd :

«Overwegende dat ondernemingen een machtspositie innemen wanneer zij de mogelijkheid hebben tot onafhankelijk gedrag, dat hen in staat stelt te handelen zonder in aanzienlijke mate rekening te hoeven houden met concurrenten, afnemers of leveranciers ; dat dit in ieder geval zo is, wanneer zij, door hun marktaandeel samen met o.a. de voor hen beschikbare kennis, grondstoffen of kapitaal, de mogelijkheid hebben voor een belangrijk deel der betrokken producten de prijzen te bepalen of de productie of de distributie te beheersen ; dat deze mogelijkheid niet noodzakelijk uit een absolute beheersing moet voortvloeien, welke de ondernemingen die ze bezitten in staat zou stellen elke wilsuiking van hun economische partners uit te sluiten, maar dat het volstaat dat deze beheersing in het algemeen sterk genoeg weze om deze onderneming een globale gedragsonafhankelijkheid te waarborgen, zelfs indien er verschillen in intensiteit van hun invloed op de verschillende deelmarkten bestaan.»

De verwerving van TDV levert misbruik van deze machtspositie op omdat zij daardoor zodanig wordt verstevigd dat de 'restconcurrentie' die CCC effectief of potentieel nog ondervond in een gebied omvattende het noorden en midden van Duitsland en het hele grondgebied van de Benelux (eveneens een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormende) 'practisch wordt uitgeschakeld'. Producenten van buiten dit gebied zullen, door de hoge transportkosten, 'niet op merkbare wijze' binnen dit gebied kunnen meeconcurreren. Ook de mogelijkheid voor afnemers van TDV en SLW om op substitutieverpakingsprodukten (bij-

voorbeeld van plastic of glas) over te gaan of om eventueel hun eigen verpakkingsmateriaal te gaan vervaardigen als SLW en TDV te hoge prijzen zouden vaststellen, levert onvoldoende uitwijkmogelijkheden op gezien de forse investeringen die dit van die afnemers zou vergen.

Europemballage en CCC gingen in beroep bij het Hof van Justitie en eisten nietigverklaring van de beschikking, ten eerste op een aantal formele gronden, die hier verder onbesproken zullen blijven, maar vervolgens met de principiële stellingen dat versterking van een machtspositie door een structurele maatregel als concentratie of fusie niet onder art. 86 kan vallen, dat art. 86 slechts gedragingen bestrijkt 'die rechtstreeks op de markt inwerken' en dat art. 86 'op zijn minst een oorzakelijk verband eist tussen de machtspositie en het misbruik daarvan', dus een gebruik maken van de machtspositie als middel tot misbruik wat in casu niet had plaatsgevonden. Verder bestreden Europemballage en CCC allerlei elementen van de motivering van de Commissie zoals: de vastgestelde marktaandelen, de al dan niet relevante concurrentie van substitutieproducten en de mogelijkheid tot eigen productie door grote afnemers.

De Advocaat-Generaal ROEMER ging voor een groot deel met deze bezwaren mee en concludeerde tot de vernietiging van de beschikking zowel omdat in art. 86 geen rechtsbasis zou zijn te vinden voor het verbieden van concentraties als deze, als omdat 'de economische overwegingen van de Commissie op het punt *machtspositie* en *verwijzing van de mededingingsverhoudingen*' hem niet overtuigend voorkwamen.

2. ARREST HOF VAN JUSTITIE

(.....)

A. Ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag en het misbruik van een machtspositie.

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

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

dat deze aankoop ertoe zou hebben geleid de mededinging voor de

genoemde verpakkingsproducten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt praktisch uit te schakelen ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22. Overwegende dat voor de beantwoording van deze vraag dient

te worden gelet op de geest, de opzet en de bewoordingen van artikel 86, alsmede op het systeem en de doeleinden van het Verdrag ;
dat derhalve voor de onderhavige problemen een vergelijking tussen genoemd artikel en bepaalde voorschriften van het EGKS-Verdrag niet terzake dienende is ;

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

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

dat het betoog van verzoeksters, als zou hier slechts sprake zijn van een algemene programmabepaling zonder rechtsgevolgen, miskent dat in artikel 3 het streven naar de aldaar genoemde doelstellingen onontbeerlijk wordt geacht voor de vervulling van de taken der Gemeenschap ; dat het met name bij het bepaalde sub f) gaat om een doelstelling die is terug te vinden in verschillende verdragsbepalingen, welke interpretatie door haar wordt beheerst ;

24. Overwegende dat, waar artikel 3, sub f), de invoering voorschrijft van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, deze bepaling a fortiori eist dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dat het streven van de verdragsauteurs om ook daar waar concurrentiebeperkingen zijn toegelaten, de mogelijkheden van een daadwerkelijke of potentiële mededinging op de markt in stand te houden, uitdrukkelijk zijn neerslag heeft gevonden in artikel 85, lid 3, sub b), van het Verdrag ; dat artikel 86 niet dezelfde uitdrukkelijke bepaling bevat, omdat de bij dit artikel ingestelde regeling voor machtsposities, anders dan artikel 85, lid 3, geen uitzonderingen op het verbod toelaat ;

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

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

26. Overwegende dat op de voorgaande overwegingen acht dient te worden geslagen bij de uitlegging van de in artikel 86 gestelde voorwaarde dat, de aanwending van een machtspositie misbruik moet opleveren om onder het verbod te vallen ; dat deze bepaling een aantal gevallen van misbruik noemt, welke zij verbiedt ; dat het hier gaat om een enuntiatieve opsomming, waarin de bij het Verdrag verboden vormen van misbruik van een machtspositie niet uitputtend zijn aangegeven ; dat overigens, naar uit de tweede alinea, sub c) en d), blijkt, deze bepaling niet slechts doelt op handelwijzen die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar eveneens op die welke hen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging,

zoals aangegeven in artikel 3, sub f), van het Verdrag ;
 dat derhalve sprake kan zijn van misbruik, indien een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming ;

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

B. Ten aanzien van de materiële elementen van de motivering der beschikking.

28. Overwegende dat de Commissie ter ondersteuning van haar beschikking onder meer stelt dat de aankoop van een meerderheidsdeelneming in een concurrerende onderneming door een onderneming of een groep van ondernemingen die reeds een machtspositie inneemt, onder zekere omstandigheden een misbruik van deze positie kan vormen ; dat zulks het geval zou zijn, indien een onderneming welke een machtspositie inneemt, deze nog verstevigt door een zodanige concentratie dat de daadwerkelijke of potentiële concurrentie in de betrokken producten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijk markt praktisch wordt uitgeschakeld ;

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

dat, hoewel een zo restrictieve voorwaarde als de uitschakeling van elke mededinging niet in alle gevallen geldt, de Commissie, nu zij haar beschikking op een dergelijke uitschakeling heeft gebaseerd, hiertoe voldoende gronden rechtens dient aan te voeren of althans dient te bewijzen dat de mededinging zo wezenlijk werd beïnvloed dat de overblijvende concurrenten geen toereikend tegengewicht konden vormen ;

30. Overwegende dat de Commissie tot staving van haar stelling de gevolgen van de litigieuze concentratie vanuit verschillende standpunten heeft onderzocht ; dat ten deze in de motivering der beschikking vier hoofdelementen moeten worden onderscheiden, namelijk : a) het huidige marktaandeel van de aangetrokken ondernemingen voor de betrokken producten ; b) de relatieve omvang van de door de concentratie

gevormde nieuwe eenheid ten opzichte van die der eventuele concurrenten op deze markt ; c) de economische macht van de afnemers tegenover de nieuwgevormde eenheid, en d) de potentiële mededinging van hetzij producenten van dezelfde producten op geografisch ver-verwijderde markten, hetzij producenten van andere artikelen binnen de gemeenschappelijke markt ;

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

31. Overwegende dat verzoeksters de juistheid betwisten van de gegevens waarop de Commissie haar beschikking heeft gebaseerd ; dat de omstandigheid dat SLW reeds een marktaandeel had van 70 tot 80 % voor de verpakkingen voor vleeswarenconserven, van 80 tot 90 % voor de verpakkingen voor conserven van visserijproducten en van 50 tot 55 % voor metalen deksels anders dan kroonkurken, welke percentages overigens te hoog zouden zijn en door verweerster niet hadden kunnen worden aangetoond, niet de conclusie kon dragen dat deze onderneming de markt van licht metalen verpakkingen beheerst ; dat de beschikking bovendien de mogelijkheid van concurrentie van substitutieproducten (glas- en plasticverpakkingen) terzijde had gesteld door uit te gaan van overwegingen die de toets niet konden doorstaan ; dat bijgevolg de argumenten betreffende de mogelijkheden van daadwerkelijke of potentiële concurrentie en de beweerdelijk zwakke positie van de verbruikers niet terzake deden ;

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

33. Overwegende dienaangaande dat de beschikking in deel II, overwegingen 5 tot en met 7, achtereenvolgens beschouwt een «markt van de lichte verpakkingen voor vleesconserven», een «markt van de lichte verpakkingen voor conserven van visserijproducten» en een «markt voor metalen deksels, anders dan kroonkurken, voor de conservenindustrie», die alle drie door SLW zouden worden beheerst en waarop de litigieuze concentratie de mededinging dreigt uit te schakelen ; dat in de beschikking echter niet nader wordt aangegeven, door welke

bijzonderheden deze drie markten zich van elkander onderscheiden en derhalve afzonderlijk moeten worden beschouwd ;

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

dat de betrokken producten immers slechts dan kunnen worden geacht een afzonderlijke markt te vormen, indien zij niet alleen zijn te individualiseren door het enkel feit dat zij voor de verpakking van bepaalde producten worden gebruikt, maar tevens op grond van bijzondere productiekenmerken waardoor zij specifiek geschikt zijn voor deze bestemming ; dat bijgevolg een machtspositie op de markt van licht metalen verpakkingen voor vlees- en visconserven niet doorslaggevend is, zolang niet is aangetoond dat de concurrenten in andere sectoren van de markt van licht metalen verpakkingen niet door een eenvoudige aanpassing krachtig genoeg op deze markt kunnen gaan opereren om een serieus tegengewicht te vormen ;

34. Overwegende overigens dat de beschikking zelf elementen bevat, die kunnen doen twijfelen of deze drie markten wel gescheiden zijn te zien van andere markten van licht metalen verpakkingen, en veeleer de gedachte doen opkomen dat zij deel uitmaken van een grotere markt ; dat de beschikking in het eerste deel der motivering bij de beschouwing, sub J, van de voornaamste concurrenten van SLW in Duitsland en van TDV in de Benelux, melding maakt van een Duitse onderneming met een groter productieaandeel dan van SLW voor licht metalen verpakkingen voor groenten- en fruitconserven, en van een andere onderneming die 38 tot 40% van de Duitse vraag naar kroonkurken dekt, hetgeen schijnt te bevestigen dat de productie van metalen verpakkingen voor vlees- en visconserven niet gescheiden mag worden gezien van de productie van metalen verpakkingen voor andere doeleinden en dat bij beoordeling van de productie van metalen deksels de kroonkurken niet buiten beschouwing mogen worden gelaten ;

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

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

35. Overwegende dat, waar in de beschikking niet is aangegeven,

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

(.....)

dat het in overweging 19 gebezigde argument, dat de fabrieken van bepaalde fabrikanten in de buurlanden van Duitsland te ver van de meeste Duitse gebruikers gelegen zouden zijn om dezen ertoe te brengen permanent van hen te betrekken, niet genoegzaam is bewezen en overigens bezwaarlijk in overeenstemming is te brengen met de bewering in overweging 25, a), dat de rentabiliteitsgrenzen voor het vervoer van lege verpakkingen liggen tussen 150 en 300 km voor tamelijk omvangrijke verpakkingen en tussen 500 en 1000 km voor kleinere verpakkingen ; dat bovendien ten aanzien van metalen deksels niet wordt betwist dat de transportkosten geen belangrijke rol spelen ;

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

dat deze tegenspraak een nadere indicatie is voor de onzekerheid der Commissie omtrent de afbakening van de betrokken markt of markten ; dat verder in de beschikking onder overweging 3, sub e), wordt gezegd dat 'afgezien van Marie-Thumas/Eurocan, dezelfde fabricerende producenten niet meer vervaardigen dan zij verbruiken en geen lege metaalverpakkingen op de markt aanbieden', terwijl in overweging K, 2, tweede alinea, wordt vermeld dat enkele zelf fabricerende producenten niettemin zijn begonnen hun productieoverschotten van metalen verpakkingen in de handel te brengen ;

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

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

37. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat in deze be-

schikking de feiten en beoordelingen waarop zij steunt, rechtens niet genoegzaam zijn aangetoond ;
dat zij mitsdien moet worden vernietigd ;

3. NOOT

1. Sinds het begin van de zestiger jaren is in de wereld en meer speciaal ook binnen de Europese Economische Gemeenschap een enorm proces van concentratie, van samenvoeging van voorheen zelfstandige ondernemingen tot grotere economische eenheden, aan de gang (1). Hoewel dit proces door de regeringen van de verschillende EEG-landen en door de Commissie als bestuursorgaan van de EEG in het algemeen positief wordt beoordeeld, omdat men vindt dat de integratie van verschillende kleinere nationale markten tot één grote gemeenschappelijke markt veelal een schaalvergroting van de op die markt werkzame ondernemingen vergt, is men toch niét blind voor de potentiële schaduwzijden ervan, zoals bijvoorbeeld het gevaar dat in bepaalde sectoren sterk overheersende machtsposities van één of enkele ondernemingen ontstaan. Men wil het proces dus enigszins 'onder controle kunnen houden'. Om die reden is in Groot-Brittannië in 1965 een '*Monopolies and Mergers Act*' van kracht geworden ; in Duitsland is zeer binnenkort invoering van een preventieve controle op concentraties te verwachten en ook in Nederland studeert een SER-commissie over de wenselijkheid en de opzet van een wettelijke regeling op dit stuk.

2. De aan de concurrentie gewijde bepalingen van het EEG-Verdrag, de artikelen 85 en 86, verbieden slechts respectievelijk concurrentie-beperkende overeenkomsten en reppen nergens van concentraties, zulks in tegenstelling tot hun tegenhangers in het Kolen- en Staal Verdrag, waar artikel 66 een systeem van verplichte voorafgaande goedkeuring van concentraties bevat. Dit systeem heeft men bij de opstelling van het EEG-Verdrag — toen er een sterke euforie heerste ten aanzien van het concentratieverschijnsel die inmiddels heeft plaatsgemaakt voor een veel sceptischer houding — uitdrukkelijk niet willen overnemen.

Sommigen (2) hebben daaruit afgeleid dat nu onder het EEG-Verdrag geen enkele maatregel tegen concentraties mogelijk is — daarvoor zou verdragswijziging nodig zijn.

3. De Commissie heeft in 1963 een tweetal groepen van professoren verzocht respectievelijk te bestuderen welke mogelijkheden art. 86 biedt met betrekking tot optreden tegen concentraties en welke samenhang

(1) Zie voor enige kwantitatieve gegevens het artikel van CANELLOS en SILBER, *Concentration in the Common Market*, 7, *Common Market Law Review*, blz. 5 en volgende, speciaal blz. 29-34.

(2) Bijvoorbeeld ELLIS, *Preadvies Vereniging voor Europees Recht*, Sociaal Economische Wetgeving, 1965, blz. 317, e.v.

er zou kunnen bestaan tussen het kartelbeleid onder art. 85 en het concentratieproces (bijvoorbeeld : in hoeverre zullen ondernemers 'vluchten in de concentratie', wanneer het kartelverbod van art. 85 het hun onmogelijk maakt bepaalde afspraken over prijzen of marktverdeling te maken ?). Na ontvangst van deze hooglerarenadviezen heeft de Commissie haar standpunt met betrekking tot het concentratievraagstuk bepaald en dit bekend gemaakt in een memorandum '*Het vraagstuk van de concentraties in de Gemeenschappelijke Markt*' (3).

4. De conclusie waartoe de Commissie in deze brochure kwam, was, dat concentraties niet kunnen worden aangemerkt als concurrentie-beperkende overeenkomsten in de zin van art. 85, maar in bepaalde gevallen wél kunnen worden verboden onder art. 86 omdat zij het misbruik maken van een machtspositie in de zin van art. 86 zouden kunnen betekenen. Met name wanneer de concentratie 'zich concretiseert door monopolievorming op een markt' moet men haar volgens de Commissie '*behandelen als het misbruik maken van een machtspositie*'; de door mij gecursiveerde woorden accentueren mijns inziens treffend dat ook de Commissie de gedachte niet geheel kan verdringen dat zij hiermede van art. 86 een juridisch enigszins oneigenlijk gebruik maakt. De Commissie beriep zich in haar argumentatie met name op het bepaalde in art. 85 lid 3 sub b) volgens hetwelk nimmer ontheffing van het kartelverbod kan worden verleend als de betrokken overeenkomst 'de mogelijkheid geeft voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen'. Dit betekent dat er steeds een bepaald minimum aan '*restconcurrentie*' op de markt moet overblijven, welk beginsel ook voor art. 86 en voor concentraties zou gelden. Verder wees zij op art. 86 sub b) volgens hetwelk misbruik met name kan bestaan in : «het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers», wat zich na monopolievorming door concentratie gemakkelijk zou kunnen voordoen, omdat een monopoliepositie de prikkel tot technische ontwikkeling uitschakelt.

5. Deze opvatting van de Commissie heeft in de literatuur zowel enthousiaste bijval als krachtige bestrijding ondervonden (4), maar iedereen was het er wel over eens dat zij een rijkelijk extensieve interpretatie van art. 86 inhield, die slechts als basis voor een beleid zou kunnen gaan dienen nadat zij eerst aan het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zou zijn onderworpen. Het was dus zaak daarvoor een geschikte 'testcase' te kiezen; deze heeft de Commissie nadat een vroegere poging op niets was uitgelopen — omdat de voorgenomen concentratie daar om andere redenen geen doorgang vond — tenslotte gevonden in de hier besproken zaak-Continental Can. Het arrest

(3) Verzameling Studies, Serie Concurrentie no. 3, Brussel, 1966.

(4) Zie de artikelen in Sociaal Economische Wetgeving van VAN DER GRINTEN (Jaargang 1966, blz. 409 e.v., met name blz. 417-420), en Verloren van Themaat (1968, blz. 162 e.v., met name blz. 172-182).

van het Hof waarin — nadat de Advocaat-Generaal zich bij de tegenstanders van de Commissie had aangesloten — de principiële opvattingen van de Commissie worden onderschreven, maar de feitelijke stellingen die zij aan haar beschikking ten grondslag legde vooralsnog niet deugdelijk gestaafd worden geacht, is zonder twijfel het belangrijkste dat het Hof met betrekking tot de mededingingsproblematiek ooit heeft gewezen.

6. De vraag, of art. 86 toepasselijk kan zijn op concentraties moet volgens overweging 22 worden behandeld aan de hand van enerzijds «de geest, de opzet en de bewoordingen van art. 86», anderzijds «het systeem en de doeleinden van het Verdrag». Daarbij wordt meteen al duidelijk dat bij de uitleg van art. 86 wetshistorische argumenten — de 'afstamming' van deze bepaling uit art. 66 lid 7 van het oudere EGKS-Verdrag, terwijl de eerste zes leden van dat art. 66, die zich nu juist met controle op concentraties bezighielden, in het EEG-Verdrag niet zijn overgenomen — niet 'terzake dienend' zijn.

7. Vervolgens blijkt dat van de beide sub 6 genoemde criteria «het systeem en de doeleinden van het Verdrag» heel wat zwaarder wegen dan met name de bewoordingen van art. 86. Is de verwerping van 'de eerste door CCC en Europemballage aangevoerde argument volgens hetwelk slechts «gedragingen op de markt» onder art. 86 kunnen vullen (overweging 19, 3e alinea) immers nog wel met deze bewoordingen te rijmen zoals het Hof adstrueert in overweging 26, 4e alinea, ten aanzien van het tweede argument van verzoeksters, dat de machtspositie «het middel moet vormen waarmee het misbruik wordt gemaakt» (overweging 19, 4e alinea), probeert het Hof dat niet eens. Het volstaat met het voor juristen toch altijd wat magere machtswoord dat «dit vraagstuk niet van belang is» (overweging 27).

8. Trouwens ook de argumentatie ten aanzien van «het systeem en de doeleinden van het Verdrag» lijkt mij niet altijd even overtuigend. Het Hof beroept zich voornamelijk (in overweging 23) op de ruime formulering van het basisartikel 3 f volgens welk door het Verdrag (nl. in de artikelen 85 en volgende) een regime zal worden ingevoerd «waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst», maar citeert onvolledig door de beperkende aanhef van deze bepaling weg te laten: «onder de voorwaarden in dit Verdrag voorzien ...» die mijns inziens de oplossing van ons probleem weer terugspeelt op de artikelen 85 en 86 zèlf. Veel overtuigender is wat vervolgens in de overwegingen 24 en 25 wordt gezegd: «men mag niet aannemen» (overweging 25 5e en 6e alinea) dat art. 85 enerzijds en art. 86 anderzijds zo uiteenlopend zouden moeten geïnterpreteerd worden dat er «een bres in de mededingingsregels als geheel» zou ontstaan die de goede werking van de gemeenschappelijke markt in gevaar zou kunnen brengen doordat vrij geparafraseerd, ondernemers een uitschakeling van de concurrentie die zij via kartels (gezien het bepaalde in art. 85, lid 3, sub b) nooit meer kunnen tot stand brengen wèl via con-

concentratie zouden kunnen bereiken, doordat een marktbeheersende onderneming de resterende concurrentie niet meer via overeenkomsten aan banden zouden kunnen leggen, maar wel door de concurrenten op te kopen. Deze bres zou inderdaad bij afwijzing van het standpunt van de Commissie gapend aanwezig zijn geweest totdat zij t.z.t. door de wetgever (al dan niet via verdragswijziging) zou worden gedicht. Maar dan zouden er waarschijnlijk in de tussentijd hier en daar moeilijk herstelbare ongelukken zijn gebeurd (in de vorm van inmiddels verworven monopolieposities) en om deze te voorkomen heeft het Hof via de in overweging 25 ontwikkelde harmoniserende interpretatie van de artikelen 85 en 86, volgens welke deze beide artikelen «op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt» (*quod erat demonstrandum* zou men willen zeggen), deze bres maar eigenhandig gedicht.

9. Wat moeten we nu van zulk een, via *progressief-dynamische interpretatie*, in wezen *wetgevend* optreden van het Hof denken? Mij dunkt, dat het bij een Verdrag als een EEG-Verdrag, dat slechts een ontwerp van een Europese toekomst geeft waarin tal van essentiële details nog moeten worden ingevuld, terwijl de wetgevende machinerie wier taak dit eigenlijk is, zeer gebrekkig en traag functioneert, min of meer onvermijdelijk is al is het zelden zover gegaan als in het onderhavige geval. Prof. W. VAN GERVEN merkte, in een onlangs te Leiden gegeven postdoctoraal-college, naar aanleiding van dit arrest mijns inziens terecht op, dat men het Hof wellicht op dit punt een grote vrijheid moet toestaan op voorwaarde dat over de inhoud van de regeling die het Hof geeft een brede maatschappelijke consensus bestaat — en die is, gezien het sub 1 vermelde, voor wat betreft marginale concentratiecontrole in vrij sterke mate aanwezig.

Bovendien worden door het vernuftig procédé dat het Hof bij belangrijke 'nieuwlichterijen' pleegt toe te passen: de Commissie in 'verantwoord-revolutionaire' stellingen te volgen, maar haar toch de eerste zaak waarin zij die stellingen in praktijk brengt feitelijk te laten verliezen (5), de bedenkelijke gevolgen voor de rechtszekerheid van zulk een wetgeving via hoogst gewaagde wetsinterpretatie aanzienlijk afgezwakt.

10. In een opzicht gaat het Hof wellicht nog wat verder dan de Commissie voorstelde. Deze eiste voor de toepasselijkheid van art. 86 zowel in het sub 3 genoemde memorandum als in haar beschikking in de onderhavige zaak dat door de concentratie een monopoliepositie ontstond, de concurrentie werd uitgeschakeld. Het Hof is blijkens overweging 29, 2e alinea, van oordeel dat «een zo restrictieve voorwaarde als de uitschakeling van elke mededinging niet in alle gevallen geldt» en acht, blijkens overweging 26, 5e alinea, voldoende dat «een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt, dat de aldus bereikte mate

(5) Zie voor een ander voorbeeld het ERTA-arrest, *Ars Aequi*, 1972, blz. 105.

van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming». Men zal moeten afwachten hoe het Hof deze formule t.z.t. zal concretiseren, maar zij zou een belangrijke verruiming van het toepassingsgebied van art. 86 kunnen betekenen. Wèl blijft vereist dat één der bij de concentratie betrokken ondernemingen reeds vóór de concentratie een machtspositie bezat ; anders zou de band met de bewoordingen van art. 86 ook geheel verbroken worden. Op dit punt was de sub 4 geciteerde formulering in het Memorandum van de Commissie, waarin de machtspositie vóór de concentratie niet voorkwam, onbetrouwbaarder : deze liet de mogelijkheid open om ook een samengaan van meerdere ondernemingen die tevoren geen van alle een machtspositie bezaten te verbieden.

11. Het begrip 'machtspositie' in art. 86 is steeds gerelateerd aan een of meer concrete (producten) markten waarop men die machtspositie bezit. Uit de toepassing van de Amerikaanse trustwetten is bekend hoe moeilijk het afpalen van zulke 'relevante markten' kan zijn en hoezeer daarvan het winnen of het verliezen van het proces kan afhangen (6). Ook in de onderhavige zaak was deze kwestie de reden waarom de Commissie na een zo eclatante principiële zegen toch nog in feite onderspit dolf ('blikshade opliep' zoals MOK het treffend uitdrukt in zijn annotatie in het meinumner van SEW). De Commissie ging uit van drie zelfstandige kleine relevante markten : vleesconservenblikjes, visconservenblikjes, metalen deksels ; het Hof is voorsnog niet overtuigd dat die markten méér zijn dan deelmarkten van één grote relevante markt die alle lichtmetalen verpakkingen voor welk gebruiksdoel dan ook omvat, dus ook groenten- en fruitconservenblikjes, blikjes voor gecondenseerde melk enz. (overweging 33, 3e alinea), op welke grotere markt de positie van CCC natuurlijk heel wat minder dominant is. Fabricanten van bijvoorbeeld groenten- en fruitconservenblikjes kunnen immers wellicht technisch te allen tijde 'omswitchen' naar de productie van bijvoorbeeld vleesconservenblikjes en dan voor dat product geduchte concurrenten van CCC worden. Op deze grond werd de beschikking vernietigd. In theorie laat dit de mogelijkheid open, dat de Commissie een tweede, beter gemotiveerde verbodsbeschikking tegen CCC en Europemballage uitvaardigt, maar uit persberichten (7) blijkt dat zij besloten heeft de zaak niet verder voort te zetten, waarvoor ik gezien het sub 9, laatste zin, opgemerkte, enig begrip kan hebben.

12. Uit het voorgaande blijkt al dat men zal moeten afwachten in welke mate de Commissie met art. 86 als middel tegen monopolistische concentraties behoorlijk uit de voeten zal kunnen, gezien de hoge eisen die het Hof aan haar verbodsbeschikkingen zal stellen. Maar zelfs als

(6) Zie bijvoorbeeld A. D. NERLE, *The Antitrust Laws of the USA*, Cambridge, 1970, blz. 118-119 en blz. 194 e.v.

(7) Bij voorbeeld *The Times* van 23 februari jl.

dit meevalt betekent dit nog slechts dat de Commissie nu *in incidentele gevallen* concentraties *achteraf* zal kunnen verbieden, in welk geval het, naar opnieuw de Amerikaanse ervaring leert, bijzonder moeilijk zal zijn om wat inmiddels vervlochten is weer te ontvlechten. De Europese Commissie en het Europese Parlement willen dan ook méér.

In een op 13 februari jl. aanvaarde resolutie herhaalt het Parlement zijn reeds in 1971 (8) uitgesproken wens :

'dat voor concentraties van ondernemingen waardoor een bepaald markt-aandeel of bepaalde orden van grootte worden overschreden, voorafgaande verplichte aanmelding ingevoerd wordt, met dien verstande dat deze concentraties pas als geoorloofd mogen gelden indien de Commissie binnen een nog te bepalen termijn geen bezwaar maakt'.

Het instellen van een dergelijk *preventief systeem*, dat bovendien ook zou gelden voor situaties waarin vóór concentratie geen machtspositie bestaat en misschien zelfs na de concentratie evenmin (het «bepaalde orden van grootte»-criterium betekent immers dat ook zgn. conglomerate concentraties zouden kunnen worden verboden), vereist wettelijke regeling, waarschijnlijk zelfs op basis van art. 235 van het EEG-Verdrag, daar men dit geen «toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86» (ik citeer uit art. 87) meer kan noemen. De Commissie heeft dan ook na het Continental Can-arrest in een persmededeling opnieuw haar voornemen geuit, de Raad in de loop van dit jaar een ontwerp-verordening betreffende een meer systematische controle op concentraties voor te leggen.

(8) Te vinden in Publikatieblad 1971, nr. C 66/II en in 'Europese Mededingingsregels' (Schuurman & Jordens I, 2A), blz. 138.