

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

3 juli 1991 \*

In zaak C-62/86,

**AKZO Chemie BV**, gevestigd te Amersfoort, vertegenwoordigd door I. Van Bael, J.-F. Bellis en A. Vandereilst, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van F. Brausch, advocaat aldaar, Rue Zithe 8,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door haar juridisch hoofdadviseur B. van der Esch, bijgestaan door T. van Rijn en L. Gyselen, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Berardis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 14 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie; PB 1985, L 374, blz. 1),  
wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. C. Moitinho de Almeida, kamerpresident, G. C. Rodríguez Iglesias, Sir Gordon Slynn, R. Joliet en M. Zuleeg, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz  
griffier: J. A. Pompe, adjunct-griffier

gezien het rapport ter terechtzitting,

\* \* Procestaal: Nederlands.

gehoord partijen in hun mondelinge opmerkingen ter terechtzitting van 29 november 1988, waarbij de Commissie was vertegenwoordigd door T. van Rijn, lid van haar juridische dienst, en T. Ottervanger, advocaat te Rotterdam,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 april 1989,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 5 maart 1986, heeft AKZO Chemie BV krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van beschikking 85/609/EEG van de Commissie van 14 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie; PB 1985, L 374, blz. 1).
- 2 In deze beschikking stelde de Commissie vast dat AKZO inbreuk had gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag door zich jegens Engineering and Chemical Supplies (Epsom and Gloucester) Ltd (hierna: ECS), een concurrerende onderneming, schuldig te maken aan gedragingen die ten doel hadden ECS commercieel te schaden, dan wel de terugtrekking van deze onderneming uit de organische-peroxydenmarkt van de Gemeenschap te bewerkstelligen (artikel 1).
- 3 AKZO Chemie vormt met haar dochterondernemingen de chemische specialiteitenafdeling van het Nederlandse concern AKZO NV, die chemische producten en kunstvezels fabriceert.
- 4 AKZO UK, een dochteronderneming die volledig in handen is van AKZO Chemie (hierna wordt „AKZO” gebruikt om de economische eenheid, gevormd door AKZO Chemie BV en haar dochterondernemingen aan te duiden), vervaardigt in het Verenigd Koninkrijk organische peroxyden: chemische specialiteiten die in de polymeren-industrie worden gebruikt. Tevens produceert zij mengsels op basis van benzoylperoxyde, een van de organische peroxyden, die als bleekmiddel voor meel

worden gebruikt, alsmede kaliumbromaten en vitaminemengsels, twee andere meeladditieven.

- 5 Benzoylperoxyde en kaliumbromaat worden geleverd in verschillende concentraties naar gelang van de wensen van de klant. Benzoylperoxyde wordt voornamelijk verkocht in concentraties van 16 of 20%, terwijl kaliumbromaat normaliter in concentraties van 6 of 10% wordt geleverd.
- 6 Volgens de beschikking (punt 17) zijn er in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland drie ondernemingen (AKZO, ECS en Diaflex) die een volledig of nagenoeg volledig assortiment van meeladditieven aanbieden.
- 7 De afnemers van meeladditieven kunnen in drie categorieën worden verdeeld. De eerste omvat de drie voornaamste maalderijgroepen, die ongeveer even groot zijn, namelijk Ranks (RHM), Spillers en Allied Mills, en die samen ongeveer 85% van de vraag uitmaken. De tweede wordt gevormd door de „grote onafhankelijke maalderijen”, dat wil zeggen maalderijen die onafhankelijk zijn van de drie grote concerns en die ongeveer 10% van de verkoop afnemen. De resterende 5% wordt afgenomen door de „kleine onafhankelijke maalderijen”, maalderijen van geringere omvang.
- 8 Vóór het conflict tussen AKZO en ECS, dat heeft geleid tot de beschikking waartegen dit beroep is gericht, werden de bestellingen van Ranks gedeeld door AKZO en Diaflex. Spillers werd in hoofdzaak door AKZO bevoorrad en voor het overige door Diaflex. Allied werd via haar inkoopcentrale Provincial Merchants in hoofdzaak door ECS bevoorrad. Coxes Lock, een van de maalderijen uit het Allied-concern, werd evenwel door AKZO bevoorrad. ECS had overigens twee derde van de „grote onafhankelijke maalderijen” als afnemer en AKZO het overige derde.
- 9 De Commissie stelt (in artikel 1 van haar beschikking) inzonderheid vast, dat AKZO
  - i) tijdens ontmoetingen einde 1979 rechtstreekse dreigementen tegen ECS heeft geuit, met het doel de terugtrekking van ECS uit de markt van organische peroxyden voor de „plastics”-toepassing te bewerkstelligen;

- ii) ongeveer van december 1980 af systematisch meeladditieven aan Provincial Merchants, Allied Mills en de afnemers van ECS onder de „grote onafhankelijke maalderijen” tegen onredelijk lage prijzen heeft aangeboden en geleverd met het doel de commerciële levensvatbaarheid van ECS in het gedrang te brengen door deze ertoe te noodzaken ofwel de klant aan AKZO af te staan, ofwel een verliesgevende prijs te evenaren om de klant te kunnen behouden;
  - iii) selectief aan de afnemers van ECS dergelijke offertes voor meeladditieven heeft gedaan, terwijl vergelijkbare kopers van meeladditieven die reeds eigen vaste klanten van haar waren, tegen prijzen moesten afnemen die aanzienlijk (tot 60%) hoger lagen;
  - iv) vitaminemengsels (een produkt dat AKZO gewoonlijk niet leverde) en kaliumbromaat tegen lokprijzen aan klanten van ECS in een pakket met benzoylperoxyde heeft aangeboden ten einde de klandizie van deze afnemers voor het gehele assortiment meeladditieven bij ECS weg te halen;
  - v) als onderdeel van het plan om ECS schade te berokkenen, de prijzen voor meeladditieven in het Verenigd Koninkrijk geruime tijd op een kunstmatig laag niveau heeft gehouden, waarbij AKZO zelf kon overleven dankzij haar — in vergelijking met ECS — grotere financiële armslag;
  - vi) ten aanzien van de grote afnemers van ECS, dat wil zeggen RHM en Spillers, een op het van de markt verdringen van hun leveranciers gericht commercieel beleid heeft gevoerd, door aan deze afnemers nauwkeurige gegevens te vragen betreffende de door andere leveranciers (waaronder ECS) gedane offertes voor meeladditieven en door vervolgens een prijs te bieden net beneden de laagste reeds geboden prijs, ten einde zo de opdracht binnen te halen, waaraan (in het geval van Spillers) de verplichting werd gekoppeld alle meeladditieven uitsluitend van AKZO te betrekken.
- 10 Bij deze beschikking wordt AKZO een geldboete van 10 000 000 ECU, dat wil zeggen 24 696 000 HFL, opgelegd (artikel 2) en wordt haar gelast, aan genoemde inbreuken onverwijld een einde te maken (artikel 3).
- 11 Verder wordt AKZO in de beschikking (artikel 3, derde, vierde en vijfde alinea) verboden, prijzen of andere verkoopvoorwaarden voor meeladditieven aan te bie-

den of toe te passen, die ertoe zouden leiden dat afnemers voor wier klandizie zij en ECS met elkaar in een concurrentieverhouding staan, prijzen betalen die verschillen van die welke zij aan andere vergelijkbare klanten aanbiedt. Dit verbod ontzegt AKZO evenwel niet het recht, inzake meeladditieven prijsverschillen toe te passen tussen verschillende categorieën van afnemers, voor zover die een redelijke en objectieve weerspiegeling geven van de verschillen in productie- en leveringskosten, die toe te schrijven zijn aan de jaarlijkse behoefte van de klant, de omvang van de bestellingen en andere commerciële factoren. Ter zake wordt in de beschikking nader bepaald dat AKZO aan afzonderlijke maalderijen van het Allied Mills-concern geen aanbiedingen mag doen tegen voorwaarden die aanzienlijk gunstiger zijn dan die welke aan de „grote onafhankelijke maalderijen” worden geboden.

12 Tot staving van haar beroep voert AKZO, zakelijk weergegeven, de navolgende middelen aan:

— eerste middel: de bestreden beschikking is nietig wegens vormgebreken ten gevolge van onregelmatigheden in de administratieve procedure;

— tweede middel: de bestreden beschikking is in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, aangezien de Commissie, toen zij vaststelde dat AKZO een machtspositie innam en de gedraging van AKZO als misbruik kwalificeerde, de begrippen machtspositie en misbruik van machtspositie onjuist heeft uitgelegd en toegepast.

13 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten, het procesverloop, alsmede de middelen en argumenten van partijen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven, voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

#### I — Het eerste middel: onregelmatigheden in de administratieve procedure

14 AKZO stelt dat de beschikking nietig is wegens verschillende vormgebreken ten gevolge van onregelmatigheden in de administratieve procedure. Ter zake stelt zij om te beginnen, dat zij onvoldoende toegang heeft gehad tot het dossier, vervolgens dat het onderzoek van de Commissie onvolledig was, en ten slotte dat de beschikking verschillende bezwaren in aanmerking heeft genomen waarover zij niet is gehoord.

**A — Toegang tot het dossier**

- 15 AKZO betoogt om te beginnen dat zij ondanks herhaalde verzoeken geen toegang heeft gehad tot alle inspectieverslagen die door de inspecteurs van de Commissie waren opgesteld, ofschoon deze documenten gegevens konden bevatten die nuttig voor haar verdediging waren geweest en de juistheid van haar standpunt hadden kunnen bevestigen. De weigering om haar toegang te verlenen, zou in strijd zijn met de beleidslijn die de Commissie dienaangaande in haar verslagen over het mededingingsbeleid heeft geformuleerd.
- 16 Ter zake zij gewezen op het arrest van het Hof van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 25), waarin het Hof opmerkte, dat „de eerbiediging van de rechten van de verdediging weliswaar eist dat de betrokken onderneming in staat is gesteld om op passende wijze haar standpunt kenbaar te maken over de documenten die de Commissie in aanmerking heeft genomen voor de stellingen die haar beschikking schragen, doch dat er geen voorschriften bestaan die de Commissie verplichten haar dossiers aan de betrokken partijen te doen toekomen”.
- 17 Mitsdien moet deze grief worden verworpen.
- 18 Voorts stelt AKZO, dat de Commissie haar beschikking op twee documenten heeft gebaseerd waarvan zij geen inzage heeft gekregen.
- 19 Het eerste document zou het antwoord bevatten dat de onderneming Steetley Chemicals (die de grondstof voor de vervaardiging van kaliumbromaat levert) aan de Commissie heeft gegeven na een aan haar gericht verzoek om inlichtingen als bedoeld in artikel 11 van verordening nr. 17, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204). Uit het verweerschrift van de Commissie zou blijken dat de Commissie bij het vaststellen van haar beschikking dit document heeft gebruikt om de produktiekosten van Diaflex te bepalen.

- 20 De Commissie ontkent niet dat dit document niet ter kennis van AKZO is gebracht. Zij verklaart slechts dat AKZO wist of althans kon vermoeden, dat de prijzen waartegen Steetley Chemicals aan Diaflex leverde, aanzienlijk hoger waren dan de door haar aan AKZO in rekening gebrachte prijzen.
- 21 Aangezien het antwoord van Steetley Chemicals niet ter kennis van AKZO is gebracht, hoewel de Commissie daaruit conclusies heeft getrokken, mogen de in dit document vervatte inlichtingen niet in de onderhavige procedure worden gebruikt.
- 22 Het tweede document waartoe AKZO geen toegang zou hebben gehad, zou het inspectieverslag zijn waarin een verklaring is opgenomen die de onderneming Smith, een van de „grote onafhankelijke maalderijen”, bij een verificatie van de Commissie heeft afgelegd. Dit document zou de beweerde bijstand betreffen die Diaflex AKZO heeft verleend om het haar mogelijk te maken, het stelsel van minimumprijzen te omzeilen dat de Commissie haar bij wege van voorlopige maatregel had opgelegd bij beschikking 83/462/EEG van 29 juli 1983 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.698 — ECS/AKZO: voorlopige maatregelen; PB 1983, L 252, blz. 13; hierna: „beschikking voorlopige maatregelen”).
- 23 De Commissie antwoordt hierop dat deze verklaring, die voorkomt in een met de hand geschreven notitie van een van haar inspecteurs, was opgenomen in het dossier waarvan AKZO in de bureauruimten van de Commissie heeft kunnen kennis nemen.
- 24 Deze notitie bevindt zich niet tussen de aan het Hof overgelegde stukken, dat wil zeggen het dossier van de administratieve procedure of de bijlagen bij de memories van de Commissie. De Commissie heeft dus niet het bewijs geleverd dat dit document ter kennis van AKZO is gebracht. Onder deze omstandigheden kan deze notitie niet als bewijs dienen dat AKZO's gedraging als misbruik is aan te merken.

**B — Onvolledig onderzoek**

- 25 AKZO stelt dat het onderzoek van de Commissie onvolledig is, vooral omdat daarin de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen en de prijspolitiek van de voornaamste concurrenten van AKZO in de sector meeladditieven buiten beschouwing zijn gelaten.
- 26 Daar het onderzoek de feiten dient vast te stellen waaruit zou kunnen blijken dat er sprake is van een overtreding, zijn eventuele tekortkomingen geen procedurele onregelmatigheden. Deze tekortkomingen dienen slechts in aanmerking te worden genomen, wanneer moet worden onderzocht of de aangevoerde feiten juist zijn en of de daaruit afgeleide kwalificaties daardoor gerechtvaardigd worden. Dit dient tijdens het onderzoek van de door AKZO aangevoerde middelen ten gronde te worden onderzocht.

**C — Schending van de verplichting om de onderneming te horen**

- 27 AKZO betoogt dat de beschikking verschillende belangrijke bezwaren vermeldt ten aanzien waarvan zij haar standpunt niet kenbaar heeft kunnen maken gedurende de administratieve procedure. Weliswaar is zij over de feitelijke juistheid van bepaalde gegevens gehoord, doch zij stelt met nadruk dat zij niet is gehoord over de juridische kwalificatie van bedoelde feiten als misbruik.
- 28 De betrokken bezwaren betreffen het gebruik van kaliumbromaat als lokmiddel, de verzoeken van AKZO aan bepaalde afnemers om gedetailleerde inlichtingen over door haar concurrenten gedane aanbiedingen en het aan een klant opgelegde exclusieve afnamecontract.
- 29 In de mededeling van de punten van bezwaren moet duidelijk worden vermeld, op welke feiten de Commissie zich baseert, alsmede welke kwalificatie zij daaraan heeft gegeven.
- 30 Wat het gebruik van kaliumbromaat als lokmiddel aangaat, is aan dit vereiste voldaan. In de aanvullende brief op de mededeling van de punten van bezwaar (punt 10) wordt dit produkt namelijk bij de analyse van de gedraging op dezelfde voet gebracht als de vitaminemengsels die volgens de Commissie door AKZO tegen lokprijzen werden verkocht.



- 31 Met betrekking tot het inwinnen van inlichtingen door AKZO en het exclusieve afnamecontract heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar (punt 70) de algemene strategie van AKZO om te proberen door het uiten van dreigementen de terugtrekking van ECS uit de plasticssector te bewerkstelligen, en vervolgens, toen dit niet lukte, haar plan ten uitvoer te leggen om ECS uit te schakelen, als misbruik aangemerkt. De verschillende onderdelen van dit plan zijn beschreven in het gedeelte van de mededeling van de punten van bezwaar betreffende „de uitvoering van het plan om ECS uit te schakelen” (punten 27 e. v.). Daaronder werden het verkrijgen van inlichtingen en het exclusiviteitscontract vermeld. Derhalve zijn verzoeksters rechten van de verdediging niet geschonden.
- 32 Met betrekking tot de bezwaren betreffende de onredelijk lage prijzen, beoogt AKZO ten slotte dat zij niet haar standpunt kenbaar heeft kunnen maken aangaande het vaste of variabele karakter van bepaalde kostenelementen, ofschoon dit vraagstuk uiterst belangrijk was in verband met het rechtmatigheids criterium dat haars inziens zou moeten worden toegepast ter beoordeling van de gedraging van een onderneming met een machtspositie.
- 33 Deze grief kan niet worden aanvaard. Eerst bij het antwoord van AKZO op de mededeling van de punten van bezwaar zijn de verschillen van mening tussen partijen omtrent het vaste of variabele karakter van bepaalde kostenelementen aan het licht getreden. AKZO heeft evenwel haar standpunt kenbaar kunnen maken in het antwoord op de vragen die de vertegenwoordigers van de Commissie haar ter zake tijdens de hoorzitting van 18 juni 1985 hebben gesteld (blz. 33 en volgende van het rapport van de hoorzitting).

## II — Tweede middel: schending van artikel 86 EEG-Verdrag

- 34 Volgens AKZO heeft de Commissie artikel 86 geschonden, doordat
- in de bestreden beschikking de organische-peroxydenmarkt ten onrechte als de relevante markt is omschreven, daarin ten onrechte ervan is uitgegaan dat de organische-peroxydenmarkt één markt is, en ten slotte het daarin vastgestelde bestaan van de beweerde machtspositie op onjuiste gegevens is gebaseerd;
  - in de bestreden beschikking ten onrechte wordt aangenomen dat AKZO zich heeft schuldig gemaakt aan misbruik.

**A — Het bestaan van een machtspositie****1. De bepaling van de relevante markt**

- 35 In de beschikking wordt primair de markt van organische peroxyden (met inbegrip van het in de plasticsindustrie gebruikte benzoylperoxyde) als de relevante markt aangehouden, omdat dat de markt is waarvan ECS op lange termijn door AKZO diende te worden uitgeschakeld (punt 66). Subsidiair vond volgens de beschikking het misbruik plaats op de meeladditievenmarkt (met inbegrip van benzoylperoxyde dat in de bakkerijsector wordt gebruikt) in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland (punt 91).
- 36 Om te beginnen dient te worden onderzocht of de Commissie de relevante markt terecht heeft omschreven als de organische-peroxydenmarkt.
- 37 AKZO is het niet eens met deze afbakening in verband met het voorwerp van de beschikking, dat slechts haar beweerd ongeoorloofd gedrag in de sector meeladditieven betreft. Ter zake herinnert zij aan het arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 21), waarin het Hof heeft verklaard dat de markt waarop zich de gevolgen van het misbruik doen gevoelen, „niet relevant is voor de bepaling van de markt die bij de vaststelling van een machtspositie in aanmerking moet worden genomen”.
- 38 Dit argument dient te worden onderzocht met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval.
- 39 Benzoylperoxyde, een van de belangrijkste organische peroxyden, dat bij de vervaardiging van plastics wordt gebruikt, is eveneens een van de voornaamste meeladditieven, omdat het in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland als bleekmiddel voor meel wordt gebruikt.
- 40 Vóór 1979 was ECS enkel actief in de sector meeladditieven. Eerst in dat jaar heeft zij namelijk besloten, haar activiteiten tot de plasticssector uit te breiden. Toen het geschil uitbrak, was het marktaandeel van ECS in deze laatste sector dus uiterst gering.

- 41 Bovendien staat vast, dat voor AKZO de plasticssector belangrijker was dan de sector meeladditieven, omdat zij daarin een veel hogere omzet behaalde.
- 42 AKZO paste dus prijskortingen toe in een sector — de sector meeladditieven — die van wezenlijk belang was voor ECS, doch voor haarzelf slechts een beperkt belang had.
- 43 Bovendien kon AKZO eventuele verliezen in de sector meeladditieven compenseren met winsten die zij uit haar activiteiten in de plasticssector behaalde, hetgeen voor ECS niet mogelijk was.
- 44 Ten slotte blijkt uit de verklaringen van een kaderlid van AKZO (bijlage 20 bij de mededeling van de punten van bezwaar, blz. 35), waarop bij het onderzoek van het bezwaar betreffende de dreigementen nader zal worden ingegaan, dat deze onderneming zich niet aldus heeft gedragen om haar positie in de sector meeladditieven te versterken, maar om haar positie in de plasticssector te behouden, door te beletten dat ECS haar activiteiten tot die sector kon uitbreiden.
- 45 Zo gezien stelde de Commissie zich terecht op het standpunt dat de organische-peroxydenmarkt de relevante markt was, ook al was het beweerde onrechtmatige gedrag erop gericht, de hoofdactiviteit van ECS op een andere markt te ondermijnen.
- 46 Zo de organische-peroxydenmarkt als de relevante markt moet worden aangehouden, verwijt AKZO de Commissie nog dat zij op deze markt niet een grondig onderzoek heeft ingesteld. Enerzijds zou zij de beweerde aanbiedingen van AKZO tegen afbraakprijzen niet hebben onderzocht, hoewel een belangrijk deel van ECS' beschuldigingen daarop betrekking had. Anderzijds zou zij niet hebben onderzocht, of AKZO's positie in de sector organische peroxyden was versterkt door haar gedragingen in de sector meeladditieven.

- 47 Ter zake volstaat de vaststelling dat deze gegevens, die het onrechtmatige karakter van de gedraging betreffen, irrelevant zijn voor de afbakening van de betrokken markt.
- 48 Ten slotte stelt AKZO dat deze markt in elk geval niet als één markt kan worden beschouwd, aangezien organische peroxyden kennelijk niet onderling vervangbaar zijn. Evenmin zouden zij kunnen worden geacht tot een zelfde markt te behoren omdat zij een complementair karakter zouden hebben, aangezien de afnemers zich niet tot een en dezelfde leverancier zouden wenden bij wie zij alle door hen benodigde peroxyden betrekken.
- 49 In de beschikking (punt 7) wordt vermeld dat organische peroxyden chemische produkten zijn die een belangrijke rol spelen bij de vervaardiging van kunststoffen, waarbij zij als „reactie-inleiders” dienen bij diverse bewerkingen. Zij worden voornamelijk gebruikt voor:
- het inleiden van de polymerisatie of co-polymerisatie van vinylmonomeren;
  - het uitharden van elastomeren en harsen;
  - het aanleggen van „cross-linking” in ethyleen/propyleen en in synthetisch rubber of siliconen.
- 50 Verder wordt in de beschikking nog verklaard (punt 8) dat de eerste twee gebieden elk 40% van het verbruik van organische peroxyden vertegenwoordigen, terwijl het derde ongeveer 10% daarvan uitmaakt.
- 51 In het arrest van 11 december 1980 (zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, r. o. 25) heeft het Hof overwogen dat bij het onderzoek of een onderneming op een bepaalde markt eventueel een machtspositie bezit, „de concurrentiemogelijkheden moeten (...) worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen”.

- 52 Stellig kunnen organische peroxyden qua formule, concentratie of wijze van aanbidding worden geïndividualiseerd om aan bijzondere behoeften van de afnemers te voldoen. Dat doet evenwel niet af aan het feit dat zij voor 90% in diverse bewerkingen van de plasticsindustrie worden gebruikt en dat zij dus geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien in de zin van vorengenoemd arrest. Bovendien ondervinden organische peroxyden geen concurrentie van andere producten, zoals zwavelmengsels die op het beperkte gebied van de vulcanisatie van synthetische rubber worden gebruikt, omdat deze laatste de organische peroxyden niet geheel kunnen worden vervangen, daar zij niet alle vereiste technische specificaties hebben.
- 53 Ten slotte blijkt uit interne stukken van AKZO (bijlage 2 bij de mededeling van de punten van bezwaar), dat AKZO zelf ervan uitgaat dat organische peroxyden tot één markt behoren, omdat zij haar marktaandeel in deze producten in zijn totaliteit berekent.
- 54 Uit een en ander blijkt dat de middelen die AKZO tegen de afbakening van de relevante markt heeft aangevoerd, moeten worden verworpen.

## 2. De machtspositie

- 55 De Commissie is van mening dat AKZO een machtspositie inneemt op de organische-peroxydenmarkt. Daarbij baseert zij zich op AKZO's marktaandeel alsmede op een aantal factoren die haar in samenhang met dit marktaandeel een duidelijke marktmacht zouden verzekeren.
- 56 Deze factoren worden in punt 69 van de beschikking beschreven als volgt:
- „ i) het marktaandeel van AKZO is niet alleen op zichzelf aanzienlijk, het is ook even groot als dat van alle andere producenten samen;
  - ii) Interrox en Luperox buiten beschouwing gelaten, bieden de andere producenten slechts een beperkt assortiment aan en/of zijn zij slechts van lokale betekenis;

- iii) het marktaandeel van AKZO (evenals dat van Interox en Luperox, de producenten die de tweede en derde plaats innemen) is gedurende de betrokken periode constant gebleven en AKZO heeft met succes alle aanvallen van kleinere producenten op haar positie afgeslagen;
- iv) AKZO slaagde er zelfs in tijden van economische baisse in, haar algemene winstmarge te handhaven door regelmatige prijsverhogingen en/of verhoging van de omzet;
- v) AKZO biedt een veel ruimer assortiment produkten aan dan welke rivaal ook, heeft de meest ontwikkelde commerciële en technische verkooporganisatie en beschikt over superieure kennis op het gebied van veiligheid en toxicologie;
- vi) AKZO is op eigen kracht in staat gebleken 'vervelende' concurrenten (buiten ECS) met succes van de markt te verdrijven of hun positie althans wezenlijk te verzwakken: het voorbeeld van Scado, om er maar één te noemen, toont aan dat AKZO in staat is een minder machtige producent desgewenst uit te schakelen;
- vii) wanneer dergelijke kleine, maar potentieel gevaarlijke concurrenten eenmaal geneutraliseerd waren, kon AKZO de prijs voor het produkt waarop de concurrentiedreiging betrekking had, verhogen."

57 AKZO betwist de conclusie van de Commissie met betrekking tot haar marktaandeel, alsmede de juistheid en de relevantie van de andere in de beschikking genoemde factoren. In het bijzonder betoogt zij dat haar marktaandeel onjuist is bepaald, omdat de Commissie de organische-peroxydenmarkt niet als één markt had mogen beschouwen. Verder stelt zij, dat het feit dat zij een ruimer produktenassortiment aanbiedt dan haar concurrenten, geen aanwijzing kan vormen voor een machtspositie.

58 Deze argumenten kunnen niet worden aanvaard. Terecht is de organische-peroxydenmarkt als één markt beschouwd, zodat het marktaandeel van AKZO met inachtneming van alle organische peroxyden moest worden berekend. Zo gezien is het duidelijk dat het feit dat AKZO een ruimer produktenassortiment aanbood dan haar voornaamste concurrenten, een van de factoren was die AKZO een machtspositie op deze markt verzekerde.

- 59 Verder beschikte AKZO volgens haar eigen interne bescheiden van 1979 tot en met 1982 over een constant gebleven marktaandeel van circa 50% (bijlagen 2 en 4 bij de mededeling van de punten van bezwaar en tabel A in bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar). Overigens heeft AKZO geen gegevens verstrekt waaruit zou blijken dat dit marktaandeel in de jaren nadien is verminderd.
- 60 Met betrekking tot marktaandelen heeft het Hof in zijn arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 41) overwogen, dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren. Dit is het geval bij een marktaandeel van 50% als in casu is vastgesteld.
- 61 Bovendien heeft de Commissie terecht opgemerkt dat andere factoren de marktmacht van AKZO bevestigen. Naast het feit dat zij zich als de mondiale marktleider op het gebied van peroxyden beschouwt, beschikt AKZO naar eigen zeggen over de sterkste commerciële en technische verkooporganisatie, alsmede over een uitgebreidere kennis op het gebied van veiligheid en toxicologie dan haar concurrenten (bijlagen 2 en 4 bij de mededeling van de punten van bezwaar).
- 62 De middelen waarmee AKZO heeft betwist dat zij een machtspositie op de organische-peroxydenmarkt in zijn geheel innam, dienen derhalve te worden verworpen.

## B — Misbruik van machtspositie

### 1. *Preliminare beschouwingen — criterium van rechtmatigheid van prijsgedrag van onderneming met machtspositie*

- 63 Volgens de bestreden beschikking (punt 75) heeft AKZO haar machtspositie misbruikt door te proberen ECS als concurrent op de organische-peroxydenmarkt uit te schakelen, voornamelijk door een langdurige en aanzienlijke vermindering van de prijzen in de sector meeladditieven.

- 64 Volgens de Commissie maakt artikel 86 van de kosten niet het doorslaggevend criterium ter bepaling van het misbruikkarakter van door een onderneming met een machtspositie toegepaste prijsverlagingen (punt 77 van de beschikking). Een dergelijk criterium zou voorbijgaan aan de ruime doelstellingen van de in artikel 3, sub f, EEG-Verdrag vastgelegde mededingingsregels en met name aan de noodzaak, aantasting van de daadwerkelijke mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt te voorkomen. Een automatisch criterium zou ook onvoldoende gewicht toekennen aan de strategische overwegingen van een op prijsverlaging gericht gedrag. Een prijsverlaging zou kunnen worden ingegeven door een concurrentiebeperkend oogmerk, ongeacht of de agressor zijn prijzen boven of beneden zijn kostprijs vaststelt, hoe deze laatste ook wordt gedefinieerd (zie punt 79 van de beschikking).
- 65 Een gedetailleerde analyse van de kosten van de onderneming met een machtspositie zou echter wel van aanzienlijk belang kunnen zijn om te bepalen of haar prijspolitiek al dan niet aanvaardbaar is. Er zouden zich omstandigheden kunnen voordoen waarin de onrechtmatige gevolgen van een door een dominerende producent gevoerde lage-prijzencampagne zozeer voor zichzelf spreken, dat het bewijs van de intentie om de concurrent uit te schakelen, overbodig is. Wanneer het hanteren van lage prijzen evenwel in verschillende zin kan worden uitgelegd, zou het, om een inbreuk aan te tonen, tevens noodzakelijk kunnen zijn het bewijs te leveren van de intentie om een concurrent uit te schakelen of de concurrentie te beperken (punt 80 van de beschikking).
- 66 AKZO betwist de relevantie van het door de Commissie gehanteerde rechtmatigheidscriterium, dat haars inziens onduidelijk is of althans niet te hanteren. De Commissie had een objectief criterium moeten hanteren dat is gebaseerd op AKZO's kosten.
- 67 Haars inziens kan de vraag van de rechtmatigheid van een bepaald prijsniveau niet worden losgemaakt van de concrete situatie van de markt waarop deze prijs is vastgesteld. Er zou geen sprake van misbruik zijn, wanneer de onderneming met een machtspositie een optimale verkoopprijs en een positieve dekkingsmarge nastreeft. Een prijs zou optimaal zijn, wanneer de onderneming redelijkerwijs mag verwachten dat het aanbieden van een andere prijs, of het niet-aanbieden van een prijs, op korte termijn tot een minder gunstig bedrijfsresultaat zal leiden. Verder zou de dekkingsmarge positief zijn, wanneer de opbrengst van de order hoger is dan de som van de variabele kosten.



- 68 Een criterium, gebaseerd op het streven naar een optimale prijs op korte termijn, zou niet kunnen worden verworpen op grond dat daarmee de levensvatbaarheid van de onderneming op lange termijn op het spel zou worden gezet. Pas na verloop van tijd zou de betrokken onderneming maatregelen kunnen nemen om de verliezen weg te werken of een verliesgevende bedrijfstak af te stoten. In de tussentijd zou zij „de optimale orders” dienen te aanvaarden om haar verliezen terug te brengen en de bedrijfscontinuïteit te waarborgen.
- 69 Gelijk het Hof in het arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 91) heeft overwogen, is „misbruik” een objectief begrip waaronder gedragingen van een onderneming met een machtspositie vallen, welke invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds is verflauwd, en die ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn, wordt tegengegaan.
- 70 Daaruit volgt dat artikel 86 EEG-Verdrag een onderneming met een machtspositie verbiedt een concurrent uit te schakelen en dus haar positie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit. In die optiek kan evenwel niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig worden beschouwd.
- 71 Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert, te weten haar totale vaste kosten (dat wil zeggen de kosten die constant blijven ongeacht de geproduceerde hoeveelheden) en ten minste een gedeelte van de variabele kosten van de geproduceerde eenheid.
- 72 Bovendien moeten prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten — dat wil zeggen de vaste plus de variabele kosten —, doch boven de gemiddelde variabele kosten liggen, als onrechtmatig worden beschouwd, wanneer zij zijn vastgesteld in

het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen. Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden.

- 73 Deze criteria dienen op het onderhavige geval te worden toegepast.
- 74 Waar het aan te houden rechtmatigheids criterium een criterium is dat is gebaseerd op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie zelf, dient AKZO's grief dat het onderzoek van de Commissie naar de kostenstructuur en prijspolitiek van haar concurrenten ontoereikend was, te worden verworpen.

## 2. *De verschillende aspecten van het misbruik*

- 75 Het beweerde misbruik betreft de dreigementen die AKZO eind 1979 zou hebben geuit tegen ECS, alsmede de prijzen die zij tussen december 1980 — datum van de eerste litigieuze offertes — en juli 1983 — datum van voornoemde beschikking voorlopige maatregelen, waarbij AKZO werd gelast een stelsel van minimumprijzen te eerbiedigen — voor drie meeladditieven heeft aangeboden of toegepast.

### a) *De dreigementen*

- 76 De Commissie heeft vastgesteld dat AKZO tijdens ontmoetingen eind 1979 met de bestuurders van ECS tegen deze onderneming rechtstreekse dreigementen heeft geuit, met het doel de terugtrekking van ECS uit de markt van organische peroxyden voor de „plastics”-toepassing te bewerkstelligen (artikel 1, sub i, van de beschikking).
- 77 AKZO ontkent dat zij ECS heeft bedreigd. Zij zou ECS enkel hebben meegedeeld, dat zij niet verder op haar medewerking in de sector meeladditieven behoefde te rekenen, indien zij zeer lage prijzen in de plasticssector bleef aanbieden. Vóór het conflict zouden ECS en AKZO elkaar namelijk enige meeladditieven tegen lagere prijzen hebben geleverd om een ontoereikende produktie aan te vullen of om de onderneming die een van deze produkten niet zelf vervaardigde, van het nodige te voorzien. Zo zou AKZO aan ECS een gedeelte van het door deze

laatste benodigde benzoylperoxyde hebben geleverd, terwijl ECS aan AKZO vitaminedemengsels leverde.

- 78 Om uit te maken of de grief gegrond is, dient de inhoud van de besprekingen te worden vastgesteld, die op 16 november en 3 december 1979 hebben plaatsgevonden. Het Hof beschikt over verslagen van deze bijeenkomsten die zijn opgesteld door functionarissen van ECS, een verklaring van een staf lid van AKZO, alsmede een notitie van een andere functionaris van deze onderneming.
- 79 De aanwijzingen in de verschillende door de functionarissen van ECS opgestelde stukken stemmen in wezen overeen (bijlagen 12, 13, 14, 15, 16, 17 en 18 bij de mededeling van de punten van bezwaar). Daaruit blijkt met name, dat AKZO tijdens de eerste bijeenkomst te kennen heeft gegeven dat zij voornemens was de prijzen in de meeladditievensector algemeen te verlagen, indien ECS benzoylperoxyde bleef verkopen in de plasticssector, en dat zij besloten had, desnoods onder haar kostprijs te verkopen, ook al zou dat een op 250 000 UKL geraamd verlies opleveren. Tijdens de tweede bijeenkomst zou AKZO hebben bevestigd, dat zij bereid was desnoods onder haar kostprijs te verkopen.
- 80 Naar aanleiding van deze bijeenkomsten heeft ECS de High Court te Londen verzocht, AKZO te verbieden haar dreigementen ten uitvoer te leggen, omdat aldus inbreuk zou worden gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag. In het kader van deze procedure heeft een functionaris van AKZO onder ede de inhoud van deze besprekingen weergegeven. Uit deze verklaring (bijlage 20 bij de mededeling van de punten van bezwaar, blz. 35) blijkt eveneens, dat AKZO bereid was onder haar kostprijs te verkopen en desnoods verlies te lijden indien ECS zich niet uit de plasticssector zou terugtrekken.
- 81 Hetgeen tijdens deze bijeenkomsten is besproken, wordt ook bevestigd door een notitie van 7 december 1979, die is opgesteld door een kaderlid van AKZO (bijlage 21 bij de mededeling van de punten van bezwaar). Daarin wordt verklaard, dat AKZO agressieve commerciële acties zou ondernemen in de sector maalterijproducten, indien ECS niet ervan afzag, haar producten aan de plasticsindustrie te leveren. Bovendien bevatte deze notitie een gedetailleerd plan met berekeningen van de maatregelen die ten uitvoer zouden worden gelegd, wanneer ECS zich niet zou terugtrekken. Uit dit plan blijkt met name, dat AKZO alle afnemers van ECS zou trachten weg te lokken door hun het volledige assortiment van meeladditieven tegen verliesgevende prijzen aan te bieden.

- 82 Gelet op deze onderling overeenstemmende feitelijke gegevens dient te worden geconcludeerd, dat AKZO eind 1979 tegen ECS dreigementen heeft geuit om haar terugtrekking uit de markt van organische peroxyden voor de „plastics”-toepassing te bewerkstelligen.

b) *Het prijsgedrag van AKZO*

i) AKZO's kosten

- 83 Gelet op het criterium dat is aangehouden ter beoordeling van het prijsgedrag van een onderneming met een machtspositie, dienen de totale en de variabele kosten van AKZO voor elk van de betrokken additieven gedurende de relevante periode te worden onderzocht.

AKZO's totale kosten

- 84 Bij haar aanvullende brief op de mededeling van de punten van bezwaar (tabel F) heeft de Commissie een raming van AKZO's totale kosten gevoegd, die zijn berekend op basis van de boekhouding van deze onderneming. De Commissie heeft evenwel verklaard (punt 9 van de aanvullende brief op de mededeling van de punten van bezwaar, tabel G) dat AKZO's werkelijke totale kosten hoger moesten zijn dan aldus geraamd.
- 85 AKZO heeft bij haar memories het rapport van een accountantsfirma gevoegd, dat onder meer een raming van deze kosten gedurende dezelfde periode bevat (bijlage 3 bij het beroepschrift, bijlage 12 bij de repliek).
- 86 Uit deze ramingen blijkt dat AKZO's totale kosten nu eens lager en dan weer hoger zijn dan die welke zijn vastgesteld door de diensten van de Commissie.
- 87 Gedurende de procedure voor het Hof heeft de Commissie deze cijfers niet betwist. Enerzijds verklaarde zij dat deze cijfers haar „in haar overtuiging sterkten dat haar eigen kostenberekening, die op AKZO's eigen documentatie gebaseerd was, nauwkeurig was” (punt 104 van het verweerschrift). Anderszijds bekleemtoonde zij dat deze cijfers haar stelling „dat AKZO's prijsaanbiedingen bij tradi-

tionele afnemers van ECS nagenoeg steeds verliesgevend waren", niet tegenspraken (punt 52 van de dupliek).

88 In die omstandigheden moet worden aangenomen, dat AKZO's totale kosten de kosten zijn die voorkomen in het bij haar memories gevoegde rapport.

89 Deze kosten bedragen in UKL per ton:

— voor benzoylperoxyde 16%:

1981: 557,90; 1982: 578,10; 1983: 519,20;

— voor benzoylperoxyde 20%:

1981: 649,60; 1982: 700,29; 1983: 582,57;

— voor kaliumbromaat 6%:

1981: 290,14; 1982: 316,84; 1983: 308,14;

— voor kaliumbromaat 10%:

1981: 350,34; 1982: 370,98; 1983: 360;

— voor vitaminemengsels (nutramin):

1981: 665,86; 1982: 714,40.

## AKZO's variabele kosten

- 90 Partijen hebben het Hof sterk uiteenlopende ramingen van AKZO's variabele kosten overgelegd. Deze verschillen zijn hoofdzakelijk een gevolg van het feit dat partijen het er niet over eens zijn, of bepaalde kostenelementen als vaste kosten dan wel als variabele kosten moeten worden aangemerkt.
- 91 In de beschikking (punt 54) wordt vermeld dat kostenelementen zoals arbeid, onderhoud, opslag en verzending als variabele kosten moeten worden beschouwd, omdat zij in de meeste boekhoudsystemen als zodanig worden aangeduid.
- 92 AKZO betoogt dat het variabele of het vaste karakter van een bepaald kostenelement enkel kan worden vastgesteld aan de hand van het criterium of dit kostenelement al dan niet varieert met de geproduceerde hoeveelheden. In concreto zouden de kosten van arbeid als vaste kosten moeten worden beschouwd. Bij vergelijking van de ontwikkeling van de jaarlijkse kosten van de arbeid over de jaren 1980 tot en met 1985 met de ontwikkeling van de in die periode geproduceerde hoeveelheden zou namelijk blijken dat tussen deze parameters geen enkel verband bestaat (bijlage 3 bij het beroepschrift, accountantsrapport, in het bijzonder bijlage 7 bij dit rapport).
- 93 De Commissie brengt hiertegen in dat uit de boekhoudkundige bescheiden van AKZO blijkt dat een goed deel van wat AKZO als haar vaste kosten beschouwt, in feite varieerde met wijzigingen in de produktie (punt 99 van het verweerschrift), alsmede dat AKZO in maart 1984 twee nieuwe arbeidskrachten heeft tewerkgesteld om haar produktiecapaciteit uit te breiden, zodat er een verband bestond tussen de factor arbeid en haar produktievolume (punt 48 van de dupliek).
- 94 Een kostenfactor kon niet zonder meer tot de vaste of de variabele kosten worden gerekend. Bijgevolg dient te worden onderzocht of de arbeidskosten in casu varieerden met de geproduceerde hoeveelheden.
- 95 Uit door AKZO vermelde cijfers blijkt dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de geproduceerde hoeveelheden en de arbeidskosten. Zo daalden bijvoor-

beeld de arbeidskosten, na aftrek van inflatie, in de jaren 1982 en 1983, terwijl AKZO's produktie van benzoylperoxyde toenam. Daarentegen stegen de arbeidskosten, na aftrek van inflatie, terwijl in 1983 en 1984 de produktie van kaliumbromaat van deze onderneming afnam. In casu moeten de arbeidskosten dus als vaste kosten worden beschouwd.

96 In die omstandigheden moet worden aangenomen dat AKZO's variabele kosten de kosten zijn die voorkomen in de stukken die deze onderneming aan het Hof heeft overgelegd.

97 Deze kosten bedragen in UKL per ton:

— voor benzoylperoxyde 16%:

1981: 298,30; 1982: 324,70; 1983: 314,10;

— voor benzoylperoxyde 20%:

1981: 352,80; 1982: 383,10; 1983: 359,50;

— voor kaliumbromaat 6%:

1981: 169,40; 1982: 188,60; 1983: 200,70;

— voor kaliumbromaat 10%:

1981: 229,60; 1982: 242,74; 1983: 252,56;

— voor vitaminemengsels (nutramin):

1981: 541,02; 1982: 578,00.

ii) Onredelijk lage prijzen waartegen aan afnemers van ECS werd geleverd

- 98 De Commissie heeft vastgesteld dat ongeveer vanaf december 1980 AKZO systematisch meeladditieven aan Provincial Merchants, Allied Mills en de afnemers van ECS onder de „grote onafhankelijke maalderijen” tegen onredelijk lage prijzen heeft geleverd, met het doel de levensvatbaar van ECS in het gedrang te brengen (artikel 1, sub ii, van de beschikking).

De offertes aan Allied en de maalderijen van het Allied-concern

- 99 AKZO ontkent dat zij Allied en de maalderijen van het Allied-concern additieven tegen onredelijk lage prijzen heeft aangeboden met het doel ECS schade te berokkenen. In de eerste plaats zou zij niet een dergelijk oogmerk hebben gehad. Zij zou enkel hebben getracht nieuwe afnemers te vinden ten einde haar omzet te verbeteren en aldus de aanzienlijke daling van haar winstmarges te verminderen, die waren veroorzaakt door de offertes van ECS aan Ranks en Spillers in 1980. In de tweede plaats zouden de prijsaanbiedingen niet als onredelijk laag kunnen worden gekwalificeerd. Enerzijds zouden de in januari 1981 aan Allied aangeboden prijzen namelijk gelijk zijn aan die welke ECS in oktober 1980 aan Spillers had aangeboden, anderzijds zouden de gedurende het betrokken tijdvak aangeboden prijzen boven de gemiddelde variabele kosten liggen.
- 100 AKZO heeft Allied en de maalderijen van het Allied-concern de navolgende prijzen aangeboden:

— voor benzoylperoxyde 16%:

van januari 1981 tot en met januari 1983: 517,90 UKL;  
in februari 1983: 512 UKL;

— voor kaliumbromaat 10%:

vanaf januari 1981: 314,90 UKL;

— voor vitaminemengsels:

in september 1981: 565 UKL;  
in oktober 1982: 455 UKL voor een goedkoop mengsel.



- 101 Deze prijzen voor vitaminemengsels (verkocht in 1981), benzoylperoxyde 16% en kaliumbromaat 10% liggen onder de hiervoor aangehouden gemiddelde totale kosten van AKZO, doch boven haar variabele kosten (zie r. o. 89 en 97). De door AKZO in 1982 aangeboden prijs van 455 UKL voor een goedkoop vitaminemengsel ligt in elk geval onder haar gemiddelde totale kosten, die 714,40 UKL belopen voor het standaard vitaminemengsel.
- 102 Bovendien zijn al deze offertes slechts te verklaren doordat AKZO ECS schade wilde berokkenen en niet doordat zij haar winstmarges wilde herstellen. Uit een door een van de vertegenwoordigers van AKZO opgestelde notitie (bijlage 51 bij de mededeling van de punten van bezwaar) blijkt, dat AKZO de in januari 1981 aan Allied aangeboden prijzen heeft vastgesteld in de veronderstelling dat zij duidelijk lager waren dan de prijzen die ECS Allied in rekening bracht. Hieruit blijkt dat AKZO niet enkel de bestelling in de wacht wilde slepen, waarvoor zij haar prijzen slechts voor zover daartoe noodzakelijk had behoeven te verlagen. Toen AKZO Allied een prijs aanbood die gelijk was aan die welke ECS aan Spillers had aangeboden, wilde zij haar prijzen bovendien op het laagst mogelijk niveau vaststellen zonder de verplichting te schenden die zij op zich had genomen voor de High Court te Londen om haar verkoopprijzen voor benzoylperoxyde niet te verlagen met het doel ECS van de markt te elimineren.
- 103 De Commissie heeft zich dus terecht op het standpunt gesteld, dat AKZO meeladitieven aan Allied Mills en de maalderijen van het Allied-concern tegen onredelijk lage prijzen had aangeboden en geleverd met het doel de levensvatbaarheid van ECS in het gedrang te brengen.

#### De aanbiedingen aan de „grote onafhankelijke” afnemers van ECS

- 104 Met betrekking tot het bezwaar betreffende de aanbiedingen aan de „grote onafhankelijke” afnemers van ECS, heeft AKZO argumenten aangevoerd die in wezen identiek zijn aan die waarmee zij het bezwaar betreffende de onredelijk lage prijs-offertes aan het Allied-concern heeft betwist.

105 AKZO heeft de „grote onafhankelijke” afnemers van ECS de navolgende prijzen aangeboden:

— voor benzoylperoxyde 16%:

in januari 1981: 532 UKL;  
vanaf april 1981: 530 UKL;

— voor kaliumbromaat 6%:

in december 1980: 260 UKL;  
in januari en april 1981: 245 UKL;  
in juni 1983: 320 UKL;

— voor kaliumbromaat 10%:

in december 1980: 339 UKL;  
in mei 1981: 336 UKL;  
in mei 1982: 325 UKL;

— voor vitaminemengsels:

in december 1980: 595 UKL;  
in mei 1981: 575 UKL;  
in oktober 1982 (nutramin 50): 489 UKL;  
in juni 1983 (nutramin 50): 757 UKL.

106 De offertes van AKZO liggen onder haar gemiddelde totale kosten, doch boven haar gemiddelde variabele kosten, zoals deze hiervoor zijn vastgesteld (zie r. o. 89 en 97), en bij de offerte van oktober 1982 voor vitaminemengsels liggen zij zelfs onder haar variabele kosten.

107 De offertes van juni 1983 betreffende kaliumbromaat 6% en vitaminemengsels liggen boven de gemiddelde totale kosten. Uit deze offertes is evenwel niets op te maken over AKZO's gedrag gedurende de betrokken periode. Zij zijn namelijk twee dagen voor de hoorzitting in de procedure betreffende het verzoek om voorlopige maatregelen (23 juni 1983) gedaan en iets meer dan een maand voor de vaststelling van de beschikking voorlopige maatregelen (29 juli 1983).

108 Bovendien blijkt uit de prijsoffertes die AKZO in december 1980 aan dit deel van de afnemers van ECS heeft gedaan, dat het oogmerk van AKZO was, ECS schade te berokkenen en niet haar eigen winstmarges te herstellen. Deze prijzen zijn namelijk duidelijk lager dan nodig was om ECS te beconcurreren, omdat het verschil met de prijzen waartegen ECS toen aan deze categorie van afnemers leverde, meer dan 70 UKL voor benzoylperoxyde 16%, meer dan 100 UKL voor kaliumbromaat 6% en ten slotte meer dan 60 UKL voor vitaminemengsels bedroeg.

109 De Commissie heeft dus terecht vastgesteld dat AKZO aan de afnemers van ECS in de sector „grote onafhankelijk maalderijen” meeladditieven tegen onredelijk lage prijzen had aangeboden en geleverd met het doel de levensvatbaarheid van ECS in het gedrang te brengen.

iii) De selectieve prijzen

110 De Commissie verwijt AKZO eveneens, dat zij selectief aan de afnemers van ECS offertes tegen lage prijzen heeft gedaan, terwijl vergelijkbare kopers die reeds vaste klanten van AKZO waren, tegen prijzen moesten afnemen die aanzienlijk hoger lagen (artikel 1, sub iii, van de beschikking).

111 Uit de memories van de Commissie blijkt dat het bezwaar twee afzonderlijke categorieën van afnemers betreft. Enerzijds beschuldigt de Commissie AKZO ervan, dat zij voordelige prijzen heeft aangeboden aan de „grote onafhankelijke maalderijen” die afnemers van ECS waren, doch veel hogere prijzen heeft gehandhaafd jegens de „grote onafhankelijke maalderijen” die reeds klant bij haar waren. Anderzijds acht zij het in strijd met artikel 86 dat AKZO aan individuele maalderijen van het Allied-concern voordeliger prijzen heeft aangeboden dan die waartegen zij aan de „grote onafhankelijken maalderijen” leverde, die tot haar vaste afnemers behoorden.

De selectiviteit van de offertes aan de „grote onafhankelijke maalderijen”

112 Volgens AKZO ontbeert dit bezwaar elke feitelijke en juridische grondslag. Feitelijk, omdat zij niet verschillende prijzen voor haar afnemers en voor die van ECS zou hebben vastgesteld. De vergelijking had moeten worden gemaakt tussen de afnemers waarvoor ECS en AKZO elkaar beconcurrerden, en die afnemers van

AKZO die geen concurrerende offertes hebben ontvangen. Het bezwaar zou rechteens niet gegrond zijn, omdat AKZO door voor sommige van haar vaste afnemers hogere prijzen vast te stellen, ECS geen schade zou hebben berokkend.

113 AKZO heeft niet ontkend dat zij jegens afnemers van vergelijkbare omvang verschillende prijzen heeft gehanteerd. Bovendien heeft zij geen argumenten aangevoerd, om aan te tonen dat deze verschillen verband hielden met de kwaliteit van de verkochte produkten of met bijzondere produktiekosten.

114 De door AKZO jegens haar eigen afnemers toegepaste prijzen lagen boven haar gemiddelde totale kosten, terwijl die welke zij aan afnemers van ECS aanbood, onder deze gemiddelde kosten lagen.

115 Aldus kon AKZO de ten gevolge van de verkopen aan afnemers van ECS geleden verliezen althans gedeeltelijk compenseren door de winsten die zij behaalde op de verkopen aan de „grote onafhankelijken maalderijen” die tot haar klantenkring behoorden. Deze gedraging toont aan dat AKZO niet het oogmerk had, een algemene politiek van voordelige prijzen toe te passen, doch een strategie toe te passen die ECS schade kon berokkenen. Het bezwaar is dus gegrond.

De selectiviteit van de offertes aan de individuele maalderijen van het Allied-concern

116 De Commissie is van mening dat AKZO vanaf januari 1981 aan de individuele maalderijen van het Allied-concern die hun produkten hoofdzakelijk van ECS betrekken, geen voordeliger prijzen had mogen aanbieden dan die waartegen zij aan de „grote onafhankelijke maalderijen” leverde die reeds tot haar eigen klantenkring behoorden. Voor dit standpunt voert de Commissie als reden aan, dat volgens haar de individuele maalderijen van het Allied-concern en de „grote onafhankelijke maalderijen” als vergelijkbare afnemers zijn te beschouwen. Ter zake beklemt toont zij dat AKZO vóór januari 1981 ten aanzien van Coxes Lock, de enige individuele maalderij van het Allied-concern die tot haar klantenkring behoorde, identieke prijzen toepaste als waartegen zij aan de „grote onafhankelijke maalderijen” leverde.

117 AKZO voert tegen dit bezwaar aan, dat de individuele maalderijen van het Allied-concern en de „grote onafhankelijke maalderijen” niet vergelijkbare afnemers zijn.

118 De door AKZO gedurende het conflict aan de individuele maalderijen van het Allied-concern aangeboden prijzen waren identiek aan die welke zij aan Provincial Merchants, de inkoopcentrale van het Allied-concern, aanbode. Deze prijzen waren inderdaad voordeliger dan die waartegen zij aan de „grote onafhankelijke maalderijen” leverde die reeds tot haar eigen klantenkring behoorden.

119 Om te beginnen heeft het door AKZO gevoerde beleid er niet toe geleid dat de maalderijen van het Allied-concern onderling verschillend werden behandeld. Vanaf januari 1981 heeft AKZO namelijk aan alle maalderijen van het Allied-concern, met inbegrip van Coxes Lock, identieke prijzen aangeboden, zodat haar niet kan worden verweten dat zij aan de individuele maalderijen van het Allied-concern, die afnemers waren van ECS, tegen voordeliger prijzen heeft geleverd dan zij toepaste ten aanzien van de enige maalderij van het concern die tot haar klantenkring behoorde.

120 Bovendien is er geen sprake van een stelselmatig onrechtmatig onderscheid tussen de individuele maalderijen van het Allied-concern en de „grote onafhankelijke maalderijen”, want deze beide categorieën van afnemers zijn niet vergelijkbaar. Enerzijds heeft de inkoopcentrale van het Allied-concern (30% van de aankopen van benzoylperoxyde) altijd, ongeacht de leverancier, voordeliger prijzen verkregen dan die waartegen aan de „grote onafhankelijke maalderijen” werd geleverd, die slechts geringe produkthoeveelheden kochten (te zamen 10% van de aankopen van benzoylperoxyde). Anderzijds kan een maalderij van het Allied-concern altijd additieven verkrijgen door tussenkomst van de inkoopcentrale. Een offerte aan een individuele maalderij heeft dus slechts een reële kans van slagen indien zij op het niveau ligt van de aan de centrale aangeboden prijs. Normaliter is het immers niet te verwachten dat een individuele maalderij bereid zou zijn, aan haar leverancier een hogere prijs te betalen dan die welke zij door tussenkomst van de centrale kan verkrijgen.

121 Bijgevolg is het bezwaar betreffende de selectiviteit van de offertes aan de individuele maalderijen van het Allied-concern niet gegrond.

#### iv) De lokprijzen

122 Verder verwijt de Commissie AKZO, dat zij aan klanten van ECS kaliumbromaat en vitaminemengsels (een produkt dat zij gewoonlijk niet leverde) in een pakket met benzoylperoxyde tegen lokprijzen heeft aangeboden, ten einde klandizie van

deze afnemers voor het gehele assortiment meeladditieven bij ECS weg te halen (artikel 1, sub iv, van de beschikking).

#### De lokprijzen voor kaliumbromaat

- 123 Uit de stukken blijkt dat volgens de Commissie het aan AKZO verweten misbruik hierin bestond, dat zij aan afnemers van ECS tegen onredelijk lage prijzen kaliumbromaat heeft aangeboden, opdat zij al hun additieven bij AKZO zouden bestellen.
- 124 AKZO verklaart dat het gebruik van een produkt in het kader van lokmiddelpraktijken slechts zin heeft, wanneer geringe hoeveelheden van dit produkt worden aangeboden. Aangezien zij evenwel altijd grote hoeveelheden kaliumbromaat heeft geleverd, zou dit bezwaar niet gegrond zijn. AKZO beklemtoont dat zij dit produkt niet enkel aan de afnemers van ECS heeft aangeboden.
- 125 Na vergelijking van de produktiekosten van kaliumbromaat en benzoylperoxyde blijkt dat kaliumbromaat tegen verhoudingsgewijs voordeliger prijzen werd aangeboden dan benzoylperoxyde.
- 126 De voordeliger prijzen van kaliumbromaat, een produkt dat AKZO in het algemeen tegelijk met benzoylperoxyde aanbood, dienden het aangeboden assortiment additieven aantrekkelijker te maken. Dit bezwaar is dus gegrond.

#### Lokprijzen voor vitaminemengsels

- 127 De Commissie beschouwt het als misbruik, dat AKZO aan de afnemers van ECS vitaminemengsels tegen onredelijk lage prijzen heeft aangeboden, terwijl zij dit produkt niet aan haar eigen klantenkring leverde.

- 128 AKZO voert tegen dit bezwaar aan, dat het door de feiten wordt weerlegd. Bepaalde maaldertijen waaraan AKZO het complete assortiment additieven heeft aangeboden, met inbegrip van de vitaminemengsels, zouden hebben besloten enkel benzoylperoxyde en kaliumbromaat te kopen. Overigens zou dit produkt, dat als een service aan de afnemers werd aangeboden, door de sterk concurrerende prijzen van Vitrition, de voornaamste leverancier van vitaminemengsels, slechts tegen zeer lage prijzen kunnen zijn aangeboden.
- 129 Het feit dat bepaalde afnemers hebben besloten om geen vitaminemengsels te kopen, weerlegt niet dat AKZO lokprijzen toepaste.
- 130 Bovendien zijn er twee gegevens waaruit de gegrondheid van het bezwaar blijkt. In de eerste plaats heeft AKZO haar assortiment additieven aantrekkelijker gemaakt door daarin voor de afnemers van ECS vitaminemengsels op te nemen, terwijl zij deze produkten niet aan haar voornaamste afnemers Ranks en Spillers verkocht. In de tweede plaats heeft zij deze mengsels tegen uiterst voordelige prijzen aangeboden, omdat deze, zoals zij zelf heeft erkend, in bepaalde gevallen haar gemiddelde variabele kosten niet dekten (punt 185 van het verzoekschrift). De sterk concurrerende prijzen van Vitrition kunnen niet rechtvaardigen dat AKZO dit produkt, gelet op haar eigen kostenstructuur, tegen onredelijk lage prijzen heeft aangeboden.
- v) Het gedurende geruime tijd op een kunstmatig laag niveau houden van de prijzen
- 131 De Commissie verwijt AKZO, dat zij als onderdeel van het plan om ECS schade te berokkenen, de prijzen voor meeladditieven in het Verenigd Koninkrijk geruime tijd op een kunstmatig laag niveau heeft gehouden, waarbij zij kon overleven dank zij haar — in vergelijking met ECS — grotere financiële armslag (artikel 1, sub v, van de beschikking).
- 132 AKZO en de Commissie zijn het erover eens, dat dit bezwaar de jegens Ranks en Spillers toegepaste prijzen betreft.

## De jegens Ranks toegepaste prijzen

- 133 AKZO stelt dat haar prijzen geen misbruik opleverden, omdat zij gerechtvaardigd werden door aanpassingen in reactie op offertes van ECS of Diaflex.
- 134 De Commissie ontkent niet, dat een onderneming met een machtspositie in beginsel het recht heeft haar prijzen aan te passen. Zij aanvaardt evenwel niet, dat AKZO's prijzen waren verlaagd wegens de hevige concurrentie van Diaflex (punt 45 van de beschikking). Verschillende stukken zouden namelijk bewijzen dat AKZO de door Diaflex toegepaste prijzen beheerste. Daaruit zou blijken dat in casu de aanpassingen van AKZO's prijzen aan die van Diaflex onrechtmatig waren.
- 135 Uit de documenten waarnaar de Commissie verwijst, blijkt onder meer:
- dat Diaflex en AKZO elkaar in juni 1979 hebben geconsulteerd over de modaliteiten van een verhoging van de prijzen waartegen zij aan Ranks en Spillers leverden (bijlage 119 bij de mededeling van de punten van bezwaar);
  - dat een van de adviseurs van Diaflex in 1980 melding maakte van een „ongeschreven wet”, op grond waarvan het Diaflex verboden was klanten bij AKZO weg te halen (bijlage 117 bij de mededeling van de punten van bezwaar);
  - dat Diaflex in november 1980 AKZO het bedrag van een offerte van ECS aan Ranks heeft meegedeeld. Volgens dit stuk moesten Diaflex en AKZO de jegens Ranks toegepaste prijzen verlagen, indien zij deze afnemer wensten te behouden (bijlage 38 bij de mededeling van de punten van bezwaar);
  - dat een kaderlid van AKZO in november 1982 opdracht heeft gekregen contact op te nemen met Diaflex om ervoor te zorgen dat zij haar prijzen zou verhogen (bijlage 120 bij de mededeling van de punten van bezwaar).
- 136 Uit deze stukken blijkt dat AKZO en Diaflex gedurende de periode voorafgaande aan de beschikking voorlopige maatregelen nauw contact onderhielden over het te



volgen prijsbeleid. Zo gezien mocht de Commissie zich op het standpunt stellen, dat de aanpassingen van de prijzen van AKZO aan de door Diaflex toegepaste prijzen onrechtmatig waren. Bijgevolg behoeft bij het onderzoek van de grief geen rekening te worden gehouden met de offertes van Diaflex.

137 Met betrekking tot benzoylperoxyde 20% heeft AKZO van januari 1981 tot en met maart 1982 Ranks een prijs van 640 UKL in rekening gebracht, zonder dat er concurrerende offertes van andere ondernemingen dan Diaflex waren. In maart 1982 heeft AKZO haar prijs verlaagd tot 629 UKL om zich te weren tegen een offerte van een onafhankelijke handelaar voor een gelijk bedrag. Deze offerte is geen rechtvaardiging voor het feit dat AKZO deze prijs tot de beschikking voorlopige maatregelen heeft gehandhaafd, omdat er later niet het hoofd behoefde te worden geboden aan andere concurrerende offertes. De prijzen van 640 UKL en 629 UKL lagen onder haar hiervoor aangehouden gemiddelde totale kosten, doch boven haar gemiddelde variabele kosten (zie r. o. 89 en 97).

138 Voor kaliumbromaat 10% paste AKZO van januari 1981 tot en met maart 1982 een prijs van 314 UKL toe, van maart 1982 tot en met februari 1983 een prijs van 309 UKL, van februari 1983 tot en met juni 1983 een prijs van 325 UKL en ten slotte vanaf juni 1983 een prijs van 339 UKL. Deze prijzen, die werden vastgesteld zonder dat er concurrerende offertes bestonden, lagen onder haar gemiddelde totale kosten, doch boven haar gemiddelde variabele kosten.

139 Daaruit volgt dat de door AKZO jegens Ranks toegepaste prijzen niet zijn beïnvloed door concurrerende offertes, met uitzondering van de prijs van 629 UKL voor benzoylperoxyde (maart 1982).

140 Door gedurende geruime tijd zonder objectieve rechtvaardiging prijzen te handhaven die onder haar gemiddelde totale kosten lagen, heeft AKZO ECS dus schade kunnen berokkenen, door haar ervan te weerhouden zich op haar klantenkring te richten.

## De jegens Spillers toegepaste prijzen

- 141 Om de hiervoor uiteengezette redenen behoeft geen rekening te worden gehouden met de door Diaflex aan Spillers gedane offertes.
- 142 Met betrekking tot benzoylperoxyde 16% heeft AKZO van november 1980 tot en met maart 1982 jegens Spillers een prijs van 489 UKL toegepast. Deze prijs lag onder de hiervoor aangehouden gemiddelde totale kosten van AKZO, doch boven haar gemiddelde variabele kosten (zie r. o. 89 en 97). Zij is niet te verklaren door het feit dat het hoofd moest worden geboden aan concurrerende offertes.
- 143 Nadien heeft AKZO, nog steeds met betrekking tot benzoylperoxyde, jegens Spillers nog voordeliger prijzen toegepast (425 UKL vanaf maart 1982 en 435 UKL vanaf juni 1983), die evenwel exclusief transportkosten waren, welke AKZO raamde op 35 UKL per ton (bijlage 3 bij het beroepschrift). Uit de stukken blijkt niet of er in dat tijdvak concurrerende offertes zijn gedaan.
- 144 Met betrekking tot kaliumbromaat 10% heeft AKZO gedurende de gehele betrokken periode, zonder dat zij te maken had met concurrerende offertes, een prijs van 309 UKL aangeboden. Deze prijs lag onder haar gemiddelde totale kosten, doch boven haar gemiddelde variabele kosten.
- 145 Daaruit volgt dat de aan Spillers aangeboden prijzen evenmin als de door AKZO jegens Ranks toegepaste prijzen zijn beïnvloed door concurrerende offertes.
- 146 Door gedurende geruime tijd zonder objectieve rechtvaardiging prijzen te handhaven die onder haar gemiddelde totale kosten lagen, heeft AKZO ECS dus schade kunnen berokkenen, door haar ervan te weerhouden zich op haar klantenkring te richten.

vi) Het verkrijgen van inlichtingen betreffende concurrerende offertes; het exclusieve afnamecontract

147 Door de Commissie wordt verder nog als misbruik aangemerkt, dat AKZO ten aanzien van de grote afnemers Ranks en Spillers een commercieel beleid voerde om hun leveranciers van de markt te verdringen, door aan deze afnemers gedetailleerde gegevens te vragen betreffende de door andere leveranciers (waaronder ECS) gedane offertes voor meeladditieven en door vervolgens een prijs te bieden net beneden de laagste reeds geboden prijs, waaraan volgens de Commissie (in het geval van Spillers) de verplichting werd gekoppeld alle meeladditieven uitsluitend van AKZO te betrekken (artikel 1, sub vi, van de beschikking).

148 Wanneer, zoals in casu, inlichtingen worden gevraagd in het kader van een plan dat erop is gericht een concurrent uit te schakelen, kan een dergelijke praktijk niet als normale concurrentie worden beschouwd.

149 Wat het exclusieve afnamecontract betreft, in het hiervoor aangehaalde arrest van 13 februari 1979 (Hoffmann-La Roche, r. o. 89) heeft het Hof overwogen dat als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, een binding van de kopers in die voege dat zij zich, zij het op eigen wens, verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag vormt.

150 Het tussen AKZO en Spillers gesloten contract moet dus worden geacht misbruik op te leveren.

### III — De opgelegde maatregelen

151 AKZO stelt dat enige maatregelen die haar zijn opgelegd om een einde te maken aan de inbreuk, moeten worden nietigverklaard.

152 Bij deze in de derde en de vijfde alinea van artikel 3 van de beschikking genoemde maatregelen wordt AKZO verboden gedifferentieerde prijzen toe te passen jegens afnemers van gelijke omvang en, in het bijzonder, aan de individuele maalderijen van het Allied-concern gunstiger prijzen aan te bieden dan aan de „grote onafhankelijke maalderijen”.

*Het verbod van gedifferentieerde prijzen*

153 De derde alinea van artikel 3 van de beschikking luidt als volgt:

„Onverminderd de andere verplichtingen die uit artikel 1, sub i tot en met vi, voortvloeien, moeten AKZO Chemie BV en haar dochterondernemingen zich (behalve om bestellingen uit te voeren tegen prijzen die vóór de dag van kennisgeving van deze beschikking waren overeengekomen) in het bijzonder ervan onthouden prijzen of andere verkoopvoorwaarden voor meeladditieven in de Gemeenschap aan te bieden of toe te passen, die ertoe zouden leiden dat afnemers voor wier klandizie AKZO Chemie BV en ECS met elkaar in een concurrentieverhouding staan, aan AKZO Chemie BV prijzen betalen die verschillen van die welke AKZO Chemie BV aan andere vergelijkbare klanten aanbiedt.”

154 Volgens AKZO is de maatregel onbillijk. Indien ECS haar afnemers benadert, zou zij haar namelijk voor de keuze stellen: haar prijzen aanpassen en de prijzen die zij heeft moeten vaststellen om haar klanten te behouden, eveneens toe te passen op al haar klanten van gelijke omvang, hetgeen zeer duur zou zijn, dan wel haar klanten verliezen.

155 De bestreden bepaling is erop gericht, een herhaling van de inbreuk te voorkomen en de gevolgen ervan op te heffen. Deze bepaling moet dus vanuit deze optiek worden gezien. Enerzijds wordt daarin AKZO verboden, zich opnieuw aan de klanten van ECS op te dringen door hun voordelige prijzen aan te bieden zonder dit voordeel eveneens ten goede te laten komen aan haar eigen klantenkring. Anderzijds wordt haar daarin verboden, wanneer ECS mocht proberen haar klanten terug te krijgen die AKZO onrechtmatig bij haar heeft weggehaald, haar prijzen aan die van ECS aan te passen zonder dit voordeel eveneens ten goede te laten komen aan haar eigen afnemers.

156 Daarentegen doelt deze bepaling niet op de door AKZO tot staving van haar bewerking beschreven situatie. In deze bepaling wordt haar namelijk niet verboden haar prijzen defensief aan te passen, zelfs aan de prijzen van ECS, om de afnemers te behouden die van meet af aan tot haar klantenkring hebben behoord.

157 De gewraakte bepaling kan niet als onbillijk worden beschouwd, omdat daarin AKZO enkel wordt verboden haar onrechtmatig gedrag te continueren, en ECS de mogelijkheid wordt geboden de vóór het conflict bestaande situatie te herstellen. De grief moet dus worden verworpen.

*De offertes aan de individuele maalderijen van het Allied-concern*

158 De vijfde alinea van artikel 3 luidt als volgt:

„Om geen twijfel te laten rijzen wordt tevens bepaald dat AKZO Chemie BV aan afzonderlijke maalderijen van het Allied Mills-concern geen aanbiedingen voor de levering van meeladditieven mag doen tegen voorwaarden die aanzienlijk gunstiger zijn dan die welke aan de „grote onafhankelijke maalderijen” worden geboden.”

159 Bij het onderzoek van het bezwaar betreffende de selectieve prijzen is vastgesteld dat de individuele maalderijen van het Allied-concern en de „grote onafhankelijke maalderijen” zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden. Er was dus geen sprake van een bij artikel 86 verboden ongelijke behandeling.

160 Door AKZO te verplichten, aan de individuele maalderijen van het Allied-concern prijzen aan te bieden die gelijkwaardig waren aan die welke zij aan de „grote onafhankelijke maalderijen” aanbood, heeft de Commissie een voorwaarde opgelegd die verder gaat dan noodzakelijk is om de eerbiediging van het uit artikel 86, sub c, EEG-Verdrag voortvloeiende verbod van ongelijke behandeling te verzekeren. De vijfde alinea van artikel 3 van de bestreden beschikking moet dus worden nietig verklaard.

## IV — De boete

- 161 Subsidiair vordert AKZO, dat de haar bij artikel 2 van de beschikking opgelegde boete wordt nietig verklaard of althans verminderd.
- 162 De door AKZO begane inbreuk is bijzonder ernstig, omdat de gewraakte gedraging ten doel had, te verhinderen dat een concurrent haar activiteiten zou uitbreiden tot een markt waarop AKZO een machtspositie innam.
- 163 Drie factoren nopen evenwel tot vermindering van de boete. Ter zake van de onredelijk lage prijzen die AKZO zowel jegens haar eigen afnemers als jegens de afnemers van ECS heeft aangeboden of toegepast, dient om te beginnen te worden vastgesteld dat dergelijke misbruiken binnen een gebied van het recht vallen waar de mededingingsregels nooit nader zijn uitgewerkt. Verder dient rekening te worden gehouden met de beperkte gevolgen van het conflict tussen AKZO en ECS, omdat de inbreuk de respectieve marktaandelen van deze beide ondernemingen in de sector meeladditieven niet sterk heeft beïnvloed. Uit de beschikking (punt 18) blijkt namelijk dat het marktaandeel van ECS in deze sector vóór het conflict 35% bedroeg en 30% in 1984, terwijl het marktaandeel van AKZO van 52% tot 55% is toegenomen. Ten slotte mocht de Commissie van de niet-inachtneming van de beschikking voorlopige maatregelen, bestaande in de aanpassingen van de prijzen aan die van Diaflex, niet een verzwarende omstandigheid maken die het hoge bedrag van de boete kan rechtvaardigen. Op grond van deze beschikking mochten de prijzen namelijk worden aangepast aan die van elke concurrent, en was een aanpassing aan de prijzen van Diaflex niet uitgesloten. De Commissie had derhalve gebruik moeten maken van de aan haar voorbehouden bevoegdheden om sancties op te leggen, zodra zij over bewijzen beschikte dat Diaflex niet een echte concurrent was en dat de prijzen niet te goeder trouw werden aangepast.
- 164 Zo gezien zijn er termen aanwezig de boete met een kwart te verlagen en vast te stellen op 7 500 000 ECU, dat wil zeggen 18 522 000 HFL.

**Kosten**

165 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien verzoekster op de wezenlijke punten in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen, daaronder begrepen die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig artikel 1, sub iii, van beschikking 85/609/EEG van de Commissie van 14 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag, voor zover het de offertes van AKZO aan de individuele maalterijen van het Allied-concern betreft.
- 2) Verklaart nietig artikel 3, vijfde alinea, van de beschikking.
- 3) Stelt de boete vast op 7 500 000 ECU, dat wil zeggen 18 522 000 HFL.
- 4) Verwerpt het beroep voor het overige.
- 5) Verwijst verzoekster in de kosten, daaronder begrepen die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.

Moitinho de Almeida

Rodríguez Iglesias

Slynn

Joliet

Zuleeg

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 juli 1991.

De griffier

J.-G. Giraud

De president van de Vijfde kamer

J. C. Moitinho de Almeida