

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

17 november 1987 *

In de gevoegde zaken 142 en 156/84,

British-American Tobacco Company Ltd, te Londen, vertegenwoordigd door P. V. F. Bos, advocaat, voorheen te Amsterdam, thans te Rotterdam, kantoorhoudende te Brussel, geïnstrueerd door Coudert Brothers, attorneys at law, te New York, kantoorhoudende te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, 2, rue Goethe,

en

R. J. Reynolds Industries Inc., te Winston Salem, North Carolina, Verenigde Staten van Amerika, in de persoon van J. F. Abely Jr., vice-voorzitter van de raad van bestuur, vertegenwoordigd door J. F. Lever, QC, en R. J. Buxton, QC, van Gray's Inn, te Londen, geïnstrueerd door A. J. C. Paines en M. J. Reynolds van het kantoor Allen en Overy, te Londen en Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, 2, rue Goethe,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur A. McClellan en K. Banks, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Philip Morris Incorporated, te New York, vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, en M. Waelbroeck, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, Centre Louvigny, 34 B, rue Philippe-II,

en

* Procestaal: Engels.

Rembrandt Group Limited, te Stellenbosch, Republiek van Zuid-Afrika, vertegenwoordigd door C. Bellamy en K. B. Parker, beiden van Gray's Inn, te Londen, geïnstrueerd door M. G. C. Nicholson, solicitor van het kantoor Slaughter en May te Londen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger en Hoss, advocaten aldaar, 15, Côte d'Eich,

intervenienten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking vervat in de brief van de Commissie nr. SG (84) D/3946 van 22 maart 1984, betreffende de zaken nrs. IV/30.342 en IV/30.926, houdende afwijzing van de door verzoeksters krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) ingediende verzoeken en houdende verklaring, dat bepaalde tussen intervenienten gesloten overeenkomsten niet in strijd zijn met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: O. Due, kamerpresident, G. C. Rodríguez Iglesias, T. Koopmans, K. Bahlmann en C. Kakouris, rechters,

advocaat-generaal: G. F. Mancini
griffier: B. Pastor, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting zoals aangevuld ten vervolge op de mondelinge behandeling op 12 november 1986,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 maart 1987,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op respectievelijk 4 en 20 juni 1984, hebben British-American Tobacco Company Ltd, te Londen, en R. J. Reynolds Industries Inc., te Winston Salem, North Carolina, Verenigde Staten van Amerika, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag twee beroepen ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking vervat in de brieven van de Commissie van 22 maart 1984 (nr. SG (84) D/3946), betreffende de zaken nrs. IV/30.342 en IV/30.926, houdende afwijzing van de door verzoeksters krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) ingediende verzoeken en houdende verklaring, dat bepaalde overeenkomsten gesloten tussen Philip Morris Incorporated (hierna: Philip Morris), te New York, en Rembrandt Group Limited (hierna: Rembrandt), te Stellenbosch, Republiek van Zuid-Afrika, niet in strijd zijn met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag. Verzoeksters vorderen bovendien, dat het Hof de Commissie zal gelasten, haar standpunt ten aanzien van deze verzoeken met inachtneming van het arrest van het Hof te herzien.

- 2 Bij beschikkingen van 28 november 1984 heeft het Hof Philip Morris en Rembrandt toegestaan om te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij beschikking van 26 september 1984 heeft het Hof de twee zaken voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.

- 3 De verzoeken die verzoeksters op grond van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 hadden ingediend, keerden zich tegen overeenkomsten tussen Philip Morris en Rembrandt, waarbij Philip Morris van Rembrandt voor een prijs van 350 miljoen USD een deelneming van 50% kocht in het kapitaal van Rothmans Tobacco (Holdings) Ltd (hierna: Rothmans Holdings). Laatstgenoemde, een houdstermaatschappij en een 100% dochteronderneming van Rembrandt, hield een belang in Rothmans International plc (hierna: Rothmans International) dat groot genoeg was om haar de zeggenschap te geven over laatstgenoemde vennootschap, een belangrijke sigarettenfabrikant op de gemeenschappelijke markt en in het bijzonder in de Benelux. Door deze overeenkomsten verkreeg Philip Morris een indirect aandeel van 21,9% in de winst van haar concurrent Rothmans International.

- 4 Deze overeenkomsten (hierna: de overeenkomsten van 1981) bevatten verder bepalingen die het evenwicht tussen partijen moesten verzekeren voor wat betreft hun directe of indirecte deelneming in het kapitaal van Rothmans International, en die beide partijen een voorkooprecht („right of first refusal”) gaven voor het geval de andere partij haar deelneming in Rothmans Holdings zou vervreemden.
- 5 Met betrekking tot het bestuur van de onderneming gaven de overeenkomsten van 1981 beide partijen het recht om een gelijk aantal leden in de raad van bestuur van Rothmans Holdings te benoemen. Bepaald was, dat Rembrandt de leidinggevende bevoegdheden die zij tot dan toe ten aanzien van de commerciële activiteiten van Rothmans International had uitgeoefend, zou behouden en dat gegevens van concurrentiële aard niet aan Philip Morris mochten worden doorgegeven, maar er waren ook bepalingen over samenwerking tussen Philip Morris en Rothmans International op terreinen als de distributie en produktie, de technische know-how en research, etc.
- 6 Naar aanleiding van klachten van onder meer verzoeksters stuurde de Commissie Philip Morris en Rembrandt een mededeling van punten van bezwaar, inhoudende dat de overeenkomsten van 1981 zowel in strijd waren met artikel 85 als met artikel 86 EEG-Verdrag. Na onderhandelingen met de Commissie vervingen Philip Morris en Rembrandt ten slotte deze overeenkomsten door nieuwe, die de bezwaren van de Commissie uit de weg moesten ruimen. Het zijn deze laatste overeenkomsten (hierna: de overeenkomsten van 1984) waarop de bestreden beschikkingen van de Commissie betrekking hebben; de Commissie achtte het niet nodig een beschikking te geven over de oorspronkelijke overeenkomsten van 1981, aangezien deze waren beëindigd en vervangen door de overeenkomsten van 1984.
- 7 Bij de overeenkomsten van 1984 gaf Philip Morris haar deelneming in Rothmans Holdings op in ruil voor een rechtstreekse deelneming in Rothmans International. Deze deelneming bedraagt 30,8%, maar vertegenwoordigt slechts 24,9% van de stemmen; de deelneming van Rembrandt bedraagt eveneens 30,8%, doch vertegenwoordigt 43,6% van de stemmen.
- 8 Evenals de overeenkomsten van 1981 geven de nieuwe overeenkomsten elk van partijen een voorkooprecht bij vervreemding van de deelneming door de wederpar-

tij. Bovendien mag de deelneming in geval van vervreemding aan derden uitsluitend in haar geheel worden overgedragen en uitsluitend ofwel aan één enkele onafhankelijke koper ofwel aan ten minste tien onafhankelijke kopers. Indien Rembrandt haar belang aan één koper wil verkopen, moet deze een gelijk bod doen op de deelneming van Philip Morris. Ten slotte voorzien de overeenkomsten in de mogelijkheid om bij overdracht van de deelneming van een van beide partijen de stemrechten in Rothmans International gelijk te trekken.

- 9 In aanvulling op de overeenkomsten van 1984 zijn partijen een aantal verplichtingen aangegaan jegens de Commissie. Deze verplichtingen moeten vooral verzekeren, dat Philip Morris niet in de bestuursorganen van Rothmans International is vertegenwoordigd en dat Philip Morris geen gegevens verkrijgt over het Rothmans International-concern, die het gedrag van het Philip Morris-concern in de concurrentieverhouding tussen beide concerns binnen de Gemeenschap zouden kunnen beïnvloeden. Verder heeft Philip Morris zich verplicht om de Commissie op de hoogte te stellen van alle wijzigingen in de overeenkomsten en van elke uitbreiding van haar deelneming in Rothmans International of vergroting van haar stemrechttaandeel in deze vennootschap tot 25% of meer. In de laatste twee gevallen kan de Commissie verlangen, dat de belangen van Rothmans International en Philip Morris gescheiden worden gehouden (een „hold separate arrangement”), opdat de status quo gedurende drie maanden gehandhaafd blijft; in deze periode kan de Commissie bezien, of er aanleiding bestaat om nieuwe maatregelen te nemen en zo ja welke.
- 10 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten, het procesverloop en de middelen en argumenten van verzoeksters, de Commissie en interveniënten 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 — De ontvankelijkheid van de beroepen

- 11 Rembrandt, een van de interveniënten, stelt dat de beroepen niet-ontvankelijk zijn, omdat de brieven van de Commissie van 22 maart 1984 geen beschikkingen zijn in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag en omdat verzoeksters niet rechtstreeks en individueel zijn geraakt in de zin van dat artikel. De Commissie daarentegen acht de beroepen niet-ontvankelijk, voor zover daarin wordt gevorderd dat het Hof de Commissie gelast om een bepaalde beslissing te nemen.

- 12 Met betrekking tot de vorderingen tot nietigverklaring moet worden vastgesteld, dat de Commissie de brieven van 22 maart 1984 op verzoek van verzoeksters in de vorm van een „beschikking” heeft opgesteld en tot hen heeft gericht. Bovendien hebben deze brieven de inhoud en de werking van een beschikking, want zij sluiten het onderzoek af, bevatten een beoordeling van de betrokken overeenkomsten en ontnemen verzoeksters de mogelijkheid om heropening van het onderzoek te verlangen, behoudens in het geval dat zij met nieuw bewijsmateriaal komen. De vraag of een interveniënt een exceptie van niet-ontvankelijkheid kan opwerpen, kan in het midden blijven, daar deze vaststellingen volstaan om de brieven van de Commissie van 22 maart 1984 aan te merken als tot verzoeksters gerichte beschikkingen in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag en om de bezwaren dienaangaande van de hand te wijzen.
- 13 De beroepen zijn daarentegen niet-ontvankelijk voor zover het Hof wordt verzocht, de Commissie te gelasten voor de bestreden handeling een andere in de plaats te stellen, daar het Hof in het kader van de procedure voor de wettigheids-toetsing ex artikel 173 niet bevoegd is een dergelijk bevel te geven.

II — Ten gronde

- 14 De middelen van verzoeksters hebben betrekking op de administratieve procedure, de beoordeling van de overeenkomsten door de Commissie en de motivering van de beschikkingen.

A — *De administratieve procedure*

- 15 Verzoeksters stellen in het bijzonder, dat zij als indieners van verzoeken uit hoofde van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 onvoldoende zijn betrokken bij het onderzoek van de litigieuze overeenkomsten door de Commissie.
- 16 Dienaangaande blijkt uit het dossier, dat de Commissie van de mededeling van de punten van bezwaar van 19 mei 1982, waarin de overeenkomsten van 1981 in strijd werden verklaard met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, afschriften aan verzoeksters heeft gestuurd, met uitzondering van die passages die volgens Philip Morris en Rembrandt onder het zakengeheim vielen. Verzoeksters zijn ook in de gelegenheid gesteld om te reageren op de antwoorden van Philip Morris en Rembrandt op de mededeling van de punten van bezwaar en hebben deelgenomen aan de hoorzitting die van 5 tot en met 7 oktober 1982 plaats vond. Na de hoorzitting hebben verzoeksters het procesverbaal hiervan ontvangen en zijn zij in de

gelegenheid gesteld om te reageren op de aanvullende schriftelijke opmerkingen die Philip Morris na de hoorzitting heeft overgelegd.

- 17 In mei 1983 deelde de Commissie verzoeksters mee, dat Philip Morris en Rembrandt bepaalde wijzigingen in de overeenkomsten van 1981 hadden aangebracht, en verzoeksters en de Commissie hebben hierover zowel een briefwisseling als besprekingen gevoerd. Nadat Philip Morris en Rembrandt uiteindelijk hadden besloten om de overeenkomsten van 1981 door de nieuwe overeenkomsten van 1984 te vervangen, heeft de Commissie bij brieven van 16 december 1983 verzoeksters overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268) meegedeeld, dat er naar haar oordeel niet langer voldoende gronden waren om gevolg te geven aan hun verzoeken, en heeft zij hen uitgenodigd om desgewenst aanvullende opmerkingen te maken. Hiertoe zijn verzoeksters op de hoogte gesteld van de inhoud van de nieuwe overeenkomsten en van de door Philip Morris en Rembrandt aangegane verplichtingen. De Commissie heeft de bestreden beschikkingen pas genomen na ontvangst van de opmerkingen van verzoeksters over de nieuwe overeenkomsten en genoemde verplichtingen.
- 18 Verzoeksters erkennen, dat zij tot aan de onderhandelingen over de in de oorspronkelijke overeenkomsten aan te brengen wijzigingen, nauw bij het onderzoek van de Commissie betrokken zijn geweest; zij stellen evenwel, dat de Commissie, door hun bepaalde documenten en delen van documenten niet mee te delen, aan het begrip „zakengeheim” een te ruime betekenis heeft gegeven. Ook stellen zij, dat hun de gelegenheid had moeten worden gegeven om aan genoemde onderhandelingen deel te nemen, of dat zij althans door toezending van verslagen regelmatig op de hoogte hadden moeten worden gesteld over de voortgang daarvan. Zij menen, dat de Commissie op deze punten procedurele fouten heeft begaan die neerkomen op een schending van hun recht van verweer zoals dit in de rechtspraak van het Hof is gepreciseerd.
- 19 De arresten waarop verzoeksters zich beroepen, hebben betrekking op het recht van verweer van ondernemingen tegen wie de Commissie een onderzoek heeft ingesteld. Een dergelijk onderzoek vormt evenwel geen contradictoire procedure tussen de betrokken ondernemingen, maar een procedure die de Commissie in de uitoefening van het haar opgedragen toezicht op de naleving van de mededingingsbepalingen ambtshalve of naar aanleiding van een verzoek inleidt. Ondernemingen tegen wie de procedure wordt ingeleid, verkeren bijgevolg procedureel niet

in dezelfde positie als degenen die een verzoek krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 hebben ingediend en hebben aangetoond, een redelijk belang te hebben bij de beëindiging van de gestelde inbreuk; laatstgenoemden hebben dan ook geen aanspraak op het recht van verweer in de zin van de aangehaalde arresten.

- 20 Anderzijds volgt vooral uit het arrest van 28 maart 1985 (zaak 298/83, CICCE, Jurispr. 1985, blz. 1105), dat deze klagers in staat moeten worden gesteld om in het kader van de administratieve procedure hun rechtmatige belangen te verdedigen en dat de Commissie gehouden is alle feitelijke en juridische elementen waarvan klagers haar op de hoogte hebben gesteld, te onderzoeken. De procedurele rechten van de klagers gaan echter niet zover als het recht van verweer van de ondernemingen tegen wie het onderzoek van de Commissie is gericht. In elk geval vinden zij hun grenzen daar waar zij het recht van verweer van deze ondernemingen in gevaar beginnen te brengen.
- 21 In het arrest van 24 juni 1986 (zaak 53/85, AKZO Chemie BV, Jurispr. 1986, blz. 1965) heeft het Hof erkend, dat de in artikel 214 EEG-Verdrag en artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 neergelegde geheimhoudingsplicht minder strikt is ten aanzien van klagers en dat de Commissie hun bepaalde onder de geheimhoudingsplicht vallende gegevens mag medelen wanneer dit voor een goed verloop van de instructie noodzakelijk is. Het Hof heeft er echter in hetzelfde arrest op gewezen, dat aan de klager in geen geval documenten mogen worden megedeeld die zakengeheimen bevatten, en aangegeven, met welke middelen de onderneming op wie het onderzoek betrekking heeft, zich tegen een dergelijke mededeling kan verzetten.
- 22 In de onderhavige zaken hebben verzoeksters niet aangetoond, dat de Commissie hun documenten niet zou hebben toegezonden die zij zonder schending van het zakengeheim had kunnen toezenden. Het eerste onderdeel van het eerste middel moet bijgevolg worden verworpen.
- 23 Met betrekking tot de klacht over de onderhandelingen die Philip Morris en Rembrandt met de Commissie hebben gevoerd met het oog op een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomsten, dient eraan te worden herinnerd, dat de administratieve procedure de betrokken ondernemingen onder meer de mogelijkheid wil bieden om de gewraakte overeenkomsten of praktijken aan de verdragsbepalingen aan te passen. Deze mogelijkheid vereist evenwel, dat de ondernemingen en de Commissie het recht hebben om vertrouwelijke onderhandelingen te beginnen ten

einde te bezien, door welke wijzigingen aan de bezwaren van de Commissie tegemoet kan worden gekomen.

- 24 Dit recht zou in het gedrang komen, indien de klagers deze onderhandelingen zouden moeten bijwonen of voortdurend van de voortgang ervan op de hoogte zouden moeten worden gehouden ten einde opmerkingen te kunnen maken over de door de ene of de andere partij naar voren gebrachte voorstellen. De gewettigde belangen van de klagers zijn volledig gewaarborgd wanneer zij op de hoogte worden gesteld van de uitkomst van deze onderhandelingen, op grond waarvan de Commissie meent de procedure te moeten beëindigen. Op dit punt hebben verzoeksters alle relevante informatie verkregen in de brieven die de Commissie hun op grond van artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft toegezonden. Het tweede onderdeel van het middel moet dus eveneens worden verworpen.
- 25 In dit verband stellen verzoeksters verder, dat tijdens de onderhandelingen tussen Philip Morris en de Commissie pressie is uitgeoefend op de Commissie door onder meer een oud lid van de Commissie. Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat verzoeksters niets hebben aangevoerd wat aan deze stelling steun zou kunnen bieden.
- 26 Ten slotte klagen verzoeksters erover, dat de Commissie in de bestreden beschikkingen argumenten heeft aangevoerd, die ten opzichte van de brieven op grond van artikel 6 van verordening nr. 99/63 nieuw waren en waarop verzoeksters niet vooraf hebben kunnen reageren.
- 27 Ook dit argument faalt. Verzoeksters hebben als klaagsters de gelegenheid gehad om hun standpunt over de argumenten in die brieven kenbaar te maken. Het feit dat de opmerkingen van verzoeksters de Commissie op nieuwe gedachten hebben gebracht en dat zij het daarom dienstig heeft geacht om in de eindbeschikkingen bijkomende argumenten op te nemen, verplichtte de Commissie nog niet om verzoeksters vóór de vaststelling van deze beschikkingen opnieuw te horen.
- 28 Uit al het vorenoverwogene volgt, dat het middel betreffende de administratieve procedure in zijn geheel moet worden verworpen.

B — *De beoordeling van de overeenkomsten door de Commissie*

- 29 Verzoeksters stellen, dat de Commissie in de onderhavige beschikkingen de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag onjuist heeft toegepast en dat zij een kennelijke vergissing heeft begaan door de verplichtingen die Philip Morris en Rembrandt waren aangegaan, voldoende te achten om een inbreuk op deze artikelen te voorkomen.
- 30 Allereerst zij opgemerkt, dat de bestreden beschikkingen enkel betrekking hebben op de overeenkomsten van 1984 en niet op die van 1981, welke nog slechts van belang zijn voor zover hierin de aanvankelijke bedoelingen van partijen tot uiting komen. De kernvraag in de onderhavige zaken is bijgevolg of, en zo ja onder welke voorwaarden, de verwerving van een minderheidsdeelneming in het kapitaal van een concurrerende onderneming een schending van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag kan opleveren.
- 31 Omdat de verwerving van aandelen Rothmans International het onderwerp vormt van overeenkomsten tussen ondernemingen die na de inwerkingtreding van deze overeenkomsten zelfstandig zijn gebleven, moet dit punt in eerste instantie vanuit artikel 85 worden onderzocht.

De toepassing van artikel 85

- 32 Verzoeksters stellen, zakelijk weergegeven, dat wanneer een onderneming een belangrijk deel van de aandelen van een concurrerende onderneming verwerft, ook al betreft het slechts een minderheidsdeelneming, moet worden aangenomen dat dit een beperkend effect op de mededinging zal hebben. De verwerving van een dergelijke deelneming zou noodzakelijkerwijze het commerciële gedrag van de betrokken ondernemingen beïnvloeden, vooral op een stagnerende en sterk oligopolistische markt als de sigarettenmarkt, waar elke poging van een onderneming om haar marktaandeel te vergroten, ten koste gaat van de concurrerende ondernemingen. Het scheppen van banden tussen twee van de belangrijkste ondernemingen op de sigarettenmarkt zou het concurrentie-evenwicht verstoren.
- 33 Volgens verzoeksters is de beperking van de mededinging niet alleen het gevolg, maar ook het doel van de betrokken transactie. Dit zou blijken uit het verband tussen de betrokken overeenkomsten en de aanvankelijke overeenkomsten van 1981, die voorzagen in een commerciële samenwerking tussen partijen. Door mid-

del van de rechten die zij op grond van de aanvankelijke overeenkomsten had verkregen, zou Philip Morris een rechtstreekse deelneming in het kapitaal van Rothmans International hebben kunnen verwerven, en niets zou erop wijzen, dat de gedachte aan een commerciële samenwerking is verlaten, te meer nu de prijs die Philip Morris heeft betaald, gelijk is gebleven. Het bestaan van overeenkomsten tussen Philip Morris en Rothmans International over samenwerking in Indonesië, Maleisië en de Filippijnen zou trouwens bevestigen, dat het de bedoeling was om op de gemeenschappelijke markt samen te werken.

- 34 Ook stellen verzoeksters, dat het anti-concurrentiële doel en de anti-concurrentiële werking van de gewraakte overeenkomsten worden versterkt door de bepalingen inzake een voorkeepsrecht ingeval een van de partijen haar deelneming in het kapitaal van Rothmans International wil vervreemden. Het oogmerk van deze bepalingen zou zijn, Philip Morris de mogelijkheid te laten behouden om de zeggenschap over Rothmans International te verkrijgen, en blijkens deze bepalingen zou de verwerving van een deelneming door Philip Morris niet een louter passieve investering zijn. Het feit dat de uitoefening van de door deze bepalingen toegekende rechten in strijd komt met artikel 85, zou op zich al voldoende zijn om te kunnen vaststellen, dat de overeenkomsten ten doel hebben de mededinging te beperken.
- 35 Ten slotte zouden de verplichtingen die de Commissie partijen heeft opgelegd, geenszins toereikend zijn om de overeenkomsten hun anti-concurrentiële karakter te ontnemen. In de eerste plaats zouden de verplichtingen die op de actuele leiding van Rothmans International betrekking hebben, Philip Morris niet beletten om als belangrijke aandeelhoudster van Rothmans International informeel invloed uit te oefenen. In de tweede plaats zouden de verplichtingen over het gescheiden houden van de belangen van Philip Morris en Rothmans International ingeval Philip Morris gebruik maakt van haar voorkeepsrecht, betrekking hebben op het tijdvak na de schending van artikel 85 en zouden zij zelfs in het geheel niet gelden, wanneer Philip Morris de feitelijke zeggenschap over Rothmans International zou verkrijgen als gevolg van de verkoop door Rembrandt van haar deelneming aan ten minste tien onderling en van Philip Morris onafhankelijke kopers.
- 36 Om onder het verbod van artikel 85 te vallen, moet een overeenkomst ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

- 37 Ook al is de verwerving door een onderneming van een deelneming in een concurrerende onderneming op zich geen handeling waardoor de mededinging wordt beperkt, toch kan een dergelijke verwerving een middel zijn om het commerciële gedrag van de betrokken ondernemingen zodanig te beïnvloeden, dat de mededinging op de markt waarop die ondernemingen actief zijn, wordt beperkt of vervalst.
- 38 Dit zal met name zo zijn, wanneer de investerende onderneming door de verwerving van de deelneming of door nevenbedingen in de overeenkomst rechtens of feitelijk de zeggenschap krijgt over het commerciële gedrag van de andere onderneming, of wanneer de overeenkomst voorziet in een commerciële samenwerking tussen de ondernemingen of structuren creëert, die een dergelijke samenwerking kunnen bevorderen.
- 39 Dit kan ook het geval zijn, indien de overeenkomst de investerende onderneming de mogelijkheid biedt om haar positie in een later stadium te versterken en de feitelijke zeggenschap over de andere onderneming te krijgen. Daarbij moet niet alleen rekening worden gehouden met de daadwerkelijke gevolgen van de overeenkomst, maar ook met de potentiële gevolgen ervan en met de mogelijkheid, dat de overeenkomst deel uitmaakt van een plan op langere termijn.
- 40 Ten slotte moet elke overeenkomst worden beoordeeld in haar economische context en in het bijzonder in het licht van de situatie op de relevante markt. Wanneer de betrokken ondernemingen multinationals zijn, die over de gehele wereld actief zijn, mag bovendien niet worden voorbijgegaan aan hun onderlinge relaties buiten de Gemeenschap. In het bijzonder moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid, dat de betrokken overeenkomst een onderdeel vormt van een politiek van globale samenwerking tussen de ondernemingen die partij zijn bij deze overeenkomst.
- 41 In het licht van al deze overwegingen moet worden nagegaan, of de Commissie bij de beoordeling van de overeenkomsten van 1984 ten onrechte tot de conclusie is gekomen, dat een anti-concurrentieel doel of gevolg niet was aangetoond.
- 42 Met betrekking tot de situatie op de sigarettenmarkt heeft de Commissie in haar mededeling van de punten van bezwaar betreffende de overeenkomsten van 1981

vastgesteld, dat deze markt van 1976 tot en met 1980 — de door de Commissie onderzochte periode — kwantitatief stagneerde. Ook stelde zij vast, dat de markt van de Gemeenschap, met uitzondering van de Franse en Italiaanse markt, waar staatsmonopolies bestaan, wordt beheerst door zes concerns, waaronder verzoeksters en interveniënten in deze zaak.

- 43 Naar het oordeel van de Commissie zijn op de sigarettenmarkt, die stagneert en oligopolistisch is en waar op het gebied van de prijzen of het onderzoek geen werkelijke mededinging bestaat, reclame en de overname van ondernemingen voor een ondernemer de belangrijkste middelen om zijn marktaandeel te vergroten. Aangezien de markt bovendien wordt beheerst door grote ondernemingen met ruime financiële middelen en grote technische kennis en aangezien reclame zeer belangrijk is, is het volgens haar voor een nieuwe onderneming erg moeilijk om de markt binnen te dringen.
- 44 In de door de Commissie beschreven marktomstandigheden, die in hun essentie niet door de andere partijen in het geding zijn betwist, zal inderdaad voor een onderneming die haar marktaandeel wenst te vergroten, de verleiding groot zijn om zich, zo de gelegenheid zich voordoet, van de zeggenschap over een concurrerende onderneming te verzekeren. In dergelijke omstandigheden bergt elke poging om de zeggenschap over te nemen en elke overeenkomst die de commerciële samenwerking tussen twee of meer van deze overheersende ondernemingen kan bevorderen, het gevaar in zich, dat de mededinging wordt beperkt.
- 45 Bij een dergelijke marktsituatie moet de Commissie extra waakzaam zijn. In het bijzonder moet zij nagaan, of een overeenkomst die op het eerste gezicht enkel voorziet in een passieve investering in een concurrerende onderneming, niet in werkelijkheid gericht is op een overname van die onderneming, eventueel in een later stadium, of op het tot stand brengen van een samenwerking tussen de ondernemingen om de markt te verdelen. Dit neemt echter niet weg, dat de Commissie moet kunnen aantonen dat de overeenkomst ertoe strekt of tot gevolg heeft, dat het concurrentiegedrag van de ondernemingen op de relevante markt wordt beïnvloed, wil zij een inbreuk op artikel 85 kunnen vaststellen.
- 46 Ingevolge de overeenkomsten van 1984 en de door Philip Morris en Rembrandt jegens de Commissie aangegane verplichtingen mag Philip Morris geen vertegenwoordiger hebben in de raad van bestuur of in enig ander bestuursorgaan van

Rothmans International en is de deelneming van Philip Morris beperkt tot minder dan 25% van de stemmen. De deelneming van Rembrandt daarentegen geeft haar recht op 43,6% van de stemmen, waardoor Rembrandt, gezien de grote spreiding van de rest van de stemmen en gezien het feit dat zij vertegenwoordigd is in de bestuursorganen van Rothmans International, in staat is het commerciële beleid van Rothmans International op de sigarettenmarkt te blijven bepalen.

- 47 Ook moet worden vastgesteld, dat de overeenkomsten van 1984, anders dan die van 1981, geen bepalingen bevatten over commerciële samenwerking, dat zij geen structuur in het leven roepen die een dergelijke samenwerking tussen Philip Morris en Rothmans International bevordert en dat de ondernemingen zich ertoe hebben verplicht, geen informatie te zullen uitwisselen die hun concurrentiegedrag zou kunnen beïnvloeden. Los van de hieronder nog te behandelen bepalingen inzake een eventuele vervreemding van hun deelneming in Rothmans International door een van beide partijen, kunnen de bepalingen van de overeenkomsten van 1984, zoals aangevuld met de verplichtingen jegens de Commissie, derhalve niet de conclusie dragen dat deze overeenkomsten tot doel of tot gevolg hebben, dat een van de ondernemingen het commerciële gedrag van de andere kan beïnvloeden.
- 48 Nagegaan moet echter nog worden, of de deelneming van Philip Morris in Rothmans International onder de omstandigheden van het onderhavige geval de betrokken ondernemingen noodzakelijkerwijs dwingt om met elkaars belangen rekening te houden bij de bepaling van hun commerciële beleid, gelijk verzoeksters stellen.
- 49 De Commissie stelt, dat Rembrandt nog steeds belang heeft bij een zo hoog mogelijk rendement van haar investering in Rothmans International en dat zij door haar stemrechten en haar traditionele banden met het bestuur van deze vennootschap in de praktijk in staat is om het commerciële beleid van Rothmans International te sturen zonder rekening te houden met de belangen van Philip Morris. Hoewel Philip Morris voldoende stemmen heeft om bepaalde uitzonderlijke beslissingen tegen te houden, zou deze mogelijkheid te hypothetisch zijn om een werkelijke bedreiging te kunnen vormen, die Rembrandt zou kunnen beïnvloeden bij het bestuur van Rothmans International. Er zou geen enkele reden zijn om aan te nemen, dat het bestuur en het personeel van Rothmans International er geen belang bij hebben om deze onderneming zo rendabel mogelijk te maken.

- 50 Hoewel Philip Morris door haar aandeel in de winst van Rothmans International belang heeft bij het succes van deze onderneming, blijft haar primaire zorg volgens de Commissie, het marktaandeel en de omzet van haar eigen ondernemingen te vergroten. Philip Morris zou er daarom nog steeds een aanzienlijk belang bij hebben om elke vergroting van het marktaandeel van Rothmans International door haar eigen inzet op industrieel en commercieel gebied binnen de perken te houden. De Commissie meent dan ook, dat de verwerving door Philip Morris van een minderheidsbelang in Rothmans International op zich geen wijziging in de concurrentieverhoudingen op de communautaire sigarettenmarkt teweeg brengt.
- 51 Deze beoordeling van de Commissie kan op grond van de voorhanden stukken niet terzijde worden geschoven. In het bijzonder laat geen van de gegevens de conclusie toe, dat de verwerving van de deelneming zou kunnen uitlopen op een verdeling van de markt in die zin, dat Philip Morris zich zonder verlies van eigen marktaandelen zou kunnen gaan concentreren op een bepaald deel van de markt en Rothmans International daarmee de mogelijkheid zou geven om haar activiteiten op een ander deel van de markt te intensiveren.
- 52 Ook zijn er onvoldoende gronden voor de conclusie, dat Philip Morris en Rothmans International buiten de gemeenschappelijke markt op zodanige wijze samenwerken, dat hierdoor hun relaties op de gemeenschappelijke markt worden beïnvloed. Verzoeksters stellen enkel, dat een dergelijke samenwerking op markten in bepaalde delen van de wereld bestaat, en interveniënten verklaren, dat deze samenwerking uitsluitend betrekking heeft op exploitatieovereenkomsten voor bepaalde handelsmerken van de wederpartij; dergelijke overeenkomsten zijn volgens hen in de betrokken branche volstrekt normaal en ook verzoeksters zouden er gebruik van maken. Onder die omstandigheden kan evenmin worden gesteld, dat de betrokken overeenkomsten deel uitmaken van een politiek van globale samenwerking tussen twee multinationale ondernemingen op de wereldmarkt voor sigaretten.
- 53 Het feit dat de betrokken overeenkomsten bepalingen bevatten over de eventuele verkoop van Rothmans International-aandelen door een van beide partijen en dat deze bepalingen voorzien in een mogelijkheid die, bij ongewijzigde omstandigheden, in strijd zou kunnen zijn met artikel 85, is op zich nog niet voldoende bewijs, dat de overeenkomsten een beperking van de mededinging ten doel hebben. Het is juist, dat de overeenkomsten van 1984 in de plaats zijn gekomen van overeenkomsten die voorzagen in een gedeelde zeggenschap over Rothmans Holdings,

die op haar beurt de feitelijke zeggenschap had wat betreft het commerciële beleid van Rothmans International, en dat deze vervanging niet heeft geleid tot een verlaging van de door Philip Morris betaalde prijs; men moet echter wel bedenken, dat Philip Morris andere voordelen heeft behouden, vooral de mogelijkheid om te beletten dat een andere concurrent de zeggenschap over Rothmans International verkrijgt, en dat zij een veel groter aandeel in de winst van Rothmans International heeft verkregen. Hoewel uit de ontstaansgeschiedenis van de betrokken overeenkomsten blijkt, dat Philip Morris een transactie voor ogen heeft gestaan die veel verder ging dan een passieve investering, laten de bepalingen van deze overeenkomsten, die betrekking hebben op een zuiver hypothetische situatie, niet de conclusie toe, dat de verwerving van de minderheidsdeelneming de eerste fase was van een vooropgezet plan om de zeggenschap te krijgen over Rothmans International.

- 54 Niettemin moet worden nagegaan of deze bepalingen daadwerkelijk anti-concurrentiële gevolgen hebben en of de Commissie ook voldoende rekening heeft gehouden met hun potentiële gevolgen.
- 55 Volgens de Commissie hebben de bepalingen thans geen invloed op het concurrentiegedrag van partijen. Wanneer Rembrandt overweegt haar deelneming in Rothmans International te vervreemden, zou zij alle belang hebben bij een verhoging van de waarde van haar investering door ervoor te zorgen, dat deze onderneming op effectieve wijze kan concurreren. Philip Morris zou er daarentegen belang bij hebben, de eventuele prijs van Rembrandts Rothmans International-aandelen laag te houden, en zij heeft dus geen enkele reden om zichzelf beperkingen op te leggen in haar pogingen om een groter marktaandeel te verkrijgen. Bovendien zou de kans op latere indienstneming door Philip Morris het personeel van Rothmans International waarschijnlijk juist aansporen om zijn vakmanschap te tonen. Ook de mogelijkheid voor Philip Morris om bij een eventuele verkoop door Rembrandt van haar Rothmans International-aandelen dwars te gaan liggen, vormt volgens de Commissie geen bedreiging die het normale commerciële beleid van Rembrandt en Rothmans International zou kunnen beïnvloeden.
- 56 De voorhanden stukken bieden het Hof geen aanknopingspunten om deze visie van de Commissie terzijde te schuiven. Hieraan dient te worden toegevoegd, dat

de belemmeringen die uit de betrokken bepalingen voortvloeien voor de aankoop van een belang in Rothmans International door een derde onderneming, niet kunnen worden aangemerkt als een met artikel 85 strijdige daadwerkelijke beperking van de mededinging op de sigarettenmarkt. Enerzijds kan dit soort bepalingen, gelijk interveniënten stellen, gerechtvaardigd zijn door het gewettigde belang van de contractspartijen bij het veiligstellen van een belangrijke investering. Anderzijds kan onder de onderhavige omstandigheden het feit dat Philip Morris weliswaar zelf geen zeggenschap over Rothmans International heeft verkregen, maar thans wel in de mogelijkheid verkeert om te beletten dat die zeggenschap in handen komt van andere concurrenten, op zich geen beperking van de mededinging opleveren.

57 Met betrekking tot de potentiële gevolgen van de betrokken bepalingen moet worden erkend, dat de Commissie maatregelen heeft genomen ter voorkoming van dergelijke, met artikel 85 EEG-Verdrag strijdige gevolgen. Zo heeft Philip Morris zich ertoe verplicht om de Commissie op de hoogte te stellen van iedere wijziging of aanvulling van de overeenkomsten alsook om de Commissie binnen 48 uur in kennis te stellen, ingeval zij haar deelneming in Rothmans International uitbreidt dan wel 25% of meer van het totale aantal stemrechten in Rothmans International verkrijgt. Voorts heeft Philip Morris zich ertoe verplicht om, indien de Commissie naar aanleiding van een dergelijke kennisgeving hierom verzoekt, een regeling in werking te stellen waardoor de respectieve belangen van Philip Morris en Rothmans International op de tabaksmarkt van de Gemeenschap gescheiden worden gehouden, en om aldus gedurende een periode van drie maanden, waarin de Commissie de nieuwe situatie aan de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag kan toetsen, de status quo te handhaven.

58 Gelijk verzoeksters hebben beklemtoond, gelden deze verplichtingen inderdaad niet, wanneer Philip Morris zonder uitbreiding van haar stemrecht de feitelijke zeggenschap over Rothmans International verkrijgt, en in het bijzonder niet wanneer Rembrandt haar belang aan ten minste tien onafhankelijke kopers overdraagt. In zulk een geval (dat van de verschillende mogelijkheden van overdracht van Rembrandts belang het minst waarschijnlijk lijkt en impliceert dat Philip Morris afstand doet van de rechten die zij op grond van genoemde bepalingen heeft) zou de macht van Philip Morris bovendien buitengewoon zwak zijn, omdat Philip Morris een latere concentratie van de stemrechten bij een derde vennootschap niet zou kunnen beletten. Met de door Philip Morris en Rembrandt aangegane verplichtingen heeft de Commissie haar algemene mogelijkheden tot het uitoefenen van toezicht en controle derhalve zo versterkt, dat zij kan verhinderen, dat de

bepalingen van de overeenkomsten inzake een latere vervreemding van de Rothmans International-aandelen van de contractspartijen met artikel 85 strijdige gevolgen hebben.

- 59 Uit het onderzoek van de grieven van verzoeksters tegen de beoordeling van de verschillende bepalingen van de betrokken overeenkomsten blijkt bijgevolg niet, dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld, dat van een met de mededingingsregels strijdig oogmerk of gevolg niet is gebleken.
- 60 Verzoeksters stellen echter ook, dat zelfs indien de verschillende onderdelen van de betrokken overeenkomsten op zichzelf beschouwd niet in strijd kunnen worden geacht met artikel 85, lid 1, nog moet worden nagegaan of deze bepalingen niet in hun onderling verband gevolgen hebben, die in strijd zijn met de mededingingsregels.
- 61 Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat bij het onderzoek naar de gevolgen van deze overeenkomsten inderdaad moet worden uitgegaan van een beoordeling van de overeenkomsten in hun geheel. Verzoeksters stellen niet, dat de Commissie dit niet zou hebben gedaan, doch betwisten de juistheid van de conclusie van de Commissie op dit punt.
- 62 Daar het hier gaat om een ingewikkelde economische beoordeling, dient te worden herinnerd aan de uitspraak van het Hof in het arrest van 11 juli 1985 (zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2566), dat ofschoon het Hof in het algemeen een volledig onderzoek instelt naar de vraag, of aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, is voldaan, het zich bij de toetsing van een ingewikkelde economische beoordeling tijdens de Commissie dient te beperken tot de vraag, of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.
- 63 Het Hof is van oordeel, dat uit het dossier niet blijkt van enige kennelijk onjuiste beoordeling van de omstandigheden die zich ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking voordeden. Met betrekking tot de beoordeling van de potentiële gevolgen van de betrokken overeenkomsten zij opgemerkt, dat de Commissie heeft meegedeeld, van plan te zijn nauwlettend toe te zien op de ontwikke-

ling van de mededinging tussen de betrokken partijen; voorts kunnen verzoeksters te allen tijde om een nieuw onderzoek van de overeenkomsten vragen, wanneer zij nieuwe bewijzen kunnen aanvoeren.

- 64 De klacht over een onjuiste beoordeling van de betrokken overeenkomsten in hun geheel treft derhalve geen doel. Het middel betreffende de toepassing van artikel 85 moet bijgevolg worden verworpen.

De toepassing van artikel 86

- 65 Wat artikel 86 betreft, heeft na bovenstaande vaststellingen niet meer te worden ingegaan op de vraag, in hoeverre Rothmans International een machtspositie inneemt op een wezenlijk deel van de markt van de Gemeenschap. Van misbruik van een dergelijke positie kan immers enkel sprake zijn, indien de betrokken deelneming de mogelijkheid meebrengt om de feitelijke zeggenschap over de andere onderneming of althans invloed op het commerciële beleid van laatstgenoemde uit te oefenen. Blijkens het onderzoek met betrekking tot artikel 85 is een dergelijk gevolg van de overeenkomsten van 1984 niet komen vast te staan. Ook het aan artikel 86 ontleende middel dient bijgevolg te worden verworpen.

C — De motivering van de bestreden beschikkingen

- 66 Verzoeksters stellen, dat de betrokken beschikkingen ongeldig zijn omdat de Commissie niet nauwkeurig heeft aangegeven, hoe zij tot haar conclusie is gekomen. De Commissie zou in deze beschikkingen veel verder zijn gegaan dan in eerdere beschikkingen en nieuwe beginselen hebben ontwikkeld, zodat zij haar gedachtengang volledig had moeten uitwerken.
- 67 Verzoeksters voegen hieraan toe, dat de Commissie haar beschikkingen vooral uitputtend had moeten motiveren ten aanzien van de onderdelen van de overeenkomsten van 1984 die uit die van 1981 waren overgenomen, aangezien zij in de bestreden beschikkingen een ander standpunt inneemt ten aanzien van de overeenkomsten van 1981 dan in de mededeling van de punten van bezwaar.
- 68 Ten slotte stellen verzoeksters, dat de beschikkingen weliswaar nieuwe argumenten bevatten die niet voorkomen in de brieven krachtens artikel 6 van verordening

nr. 99/63, doch dat er desondanks niet is ingegaan op sommige van de opmerkingen die verzoeksters in antwoord op die brieven hebben gemaakt.

- 69 Volgens vaste rechtspraak van het Hof hangt de omvang van de in artikel 190 EEG-Verdrag verankerde motiveringsplicht af van de aard van de betrokken handeling en van de omstandigheden waaronder deze is vastgesteld.
- 70 Voor de afwijzing van een verzoek op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 is het voldoende, dat de Commissie uiteenzet waarom haars inziens geen inbreuk op de mededingingsbepalingen kon worden vastgesteld. De Commissie is met name niet gehouden, eventuele verschillen met haar mededeling van punten van bezwaar te verklaren, aangezien dit een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen die bedoeld zijn om het voorwerp van de administratieve procedure af te bakenen voor de ondernemingen tegen wie deze procedure is gericht.
- 71 Het is juist, dat het Hof in het arrest van 26 november 1975 (zaak 73/74, *Papiers Peints*, Jurispr. 1975, blz. 1491) heeft beslist, dat het op de weg van de Commissie ligt om haar beweegredenen met zoveel woorden te vermelden, wanneer een beschikking in het kader van een besluitvormingspraktijk veel verder gaat dan eerdere beschikkingen. De bestreden beschikkingen hebben evenwel betrekking op een type overeenkomsten dat in de administratieve praktijk van de Commissie niet eerder is behandeld, en zij poneren geen beginselen die nieuw zijn voor deze praktijk: in de beschikking worden in wezen alleen de bijzondere aspecten van de betrokken overeenkomsten onderzocht.
- 72 Met betrekking tot de grief, dat niet op argumenten van verzoeksters zou zijn ingegaan, zij opgemerkt dat volgens het arrest van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBBB*, Jurispr. 1984, blz. 19), de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag weliswaar de feitelijke elementen waarvan de rechtvaardiging van de beslissing afhangt en de overwegingen rechtens die haar tot het nemen van die beslissing hebben geleid, moet vermelden, doch dat deze bepaling niet voorschrijft dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld.
- 73 In casu is het dus voldoende, wanneer de Commissie de feitelijke elementen en de overwegingen rechtens heeft aangegeven, op grond waarvan zij tot de conclusie is

gekomen, dat een inbreuk op de mededingingsbepalingen door de overeenkomsten van 1984 niet kan worden vastgesteld. Bezie men de bestreden beschikkingen vanuit deze optiek, dan kan niet worden gezegd dat zij onvoldoende met redenen zijn omkleed.

- 74 Ook het laatste middel faalt derhalve, zodat de beroepen in hun geheel moeten worden verworpen.

Kosten

- 75 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij hoofdelijk te worden verwezen in de kosten, met inbegrip van de kosten van de interveniënten.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt de beroepen.
- 2) Verwijst verzoeksters hoofdelijk in de kosten, met inbegrip van de kosten van interveniënten.

Due

Rodríguez Iglesias

Koopmans

Bahlmann

Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 november 1987.

De griffier

De president van de Zesde kamer

P. Heim

O. Due