DE „CELLER-KEFAUVER ACT", TWINTIG JAAR STRIJD TEGEN ECONOMISCHE CONCENTRATIE (1)

door Frans VANISTENDAEL

Navorser bij het Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking te Brussel.
Docent aan de Economische Hogeschool Limburg

Einde december 1970 was het twintig jaar geleden dat het zogenoemde *Celler-Kefauver* amendement werd goedgekeurd door het Amerikaanse Congres (2). Op het ogenblik dat men zich in de schoot van de Europese Commissie beraadt over het beleid op het gebied van de economische concentratie binnen de gemeenschappelijke markt, biedt deze verjaardag een passende gelegenheid om een onderzoek te wijden aan de historische oorsprong en de aanvankelijke doelstellingen van dit amendement in het antitrustrecht van de Verenigde Staten en om tevens een overzicht te geven van de ontwikkeling in jurisprudentie en doctrine, waartoe dit amendement aanleiding heeft gegeven in een periode van versnelde concentratie van ondernemingen (3). Men moet hierbij dan de vraag stellen in hoeverre deze jurisprudentiële en doctrinale ontwikkeling bruikbaar is voor het ontwerpen van een Europees antitrustbeleid.

(1) Voor een volledige en recente bespreking van het Amerikaanse antitrustrecht in zijn geheel, zie : NEALE, A. D., *The antitrust laws of the United States of America, a study of competition enforced by law*, Cambridge University Press, 1970.

(2) Dit amendement werd genoemd naar Emmanuel Celler, lid van het Huis van afgevaardigden en voorzitter van de Commissie van justitie en wijlen senator Estes Kefauver, die beiden wijzigingen voorstelden aan artikel 7 van de *Clayton Act* en deze verdedigden respectievelijk in het Huis van Afgevaardigden en de Senaat.

(3) Verklaringen afgelegd door Hamer H. BUDGE, voorzitter van de *Securities and exchange commission* en Richard MCLAREN, hoofd van de antitrust-administratie van het Ministerie van justitie tijdens de hoorzitting over *Corporate acquisitions and combinations* voor het *House ways and means committee*, 12 maart 1969, *Documents of the House ways and means committee*, 91 st. Cong., 1st. sess.

HOOFDSTUK I

BONDIG HISTORISCH OVERZICHT

§ 1. De wettelijke grondslag van het fusierecht

Reeds lang voor de goedkeuring van het *Celler-Kefauver* amendement werd het domein van de fusie en concentratie van ondernemingen en de vrijwaring van de vrije mededinging beheerst door de *Sherman Act* van 2 juli 1890 en de *Clayton Act* van 15 oktober 1914. Artikel 1 van de *Sherman Act* verbood iedere overeenkomst, samenzwering of combinatie van om het even welke aard, die tot doel had het handelsverkeer met het buitenland of tussen de staten te beperken. Artikel 2 stelde de monopolies en iedere poging om een monopolie te verwerven buiten de wet (1).

Artikel 7 van de *Clayton Act* legde verbod op om aandelenparticipaties te verwerven in concurrerende ondernemingen wanneer als gevolg van zulke aandelenparticipatie de mededinging tussen de verwante ondernemingen aanzienlijk zou kunnen worden aangetast, of een monopolie zou kunnen ontstaan (2).

Alhoewel de economische concentratie door fusies van ondernemingen op het einde van de 19de eeuw een belangrijke rol heeft gespeeld bij het totstandkomen van de *Sherman Act*, was deze niet bepaald tegen fusies van ondernemingen gericht. De bedoeling van de wet was meer algemeen om de vrije mededinging te vrijwaren door iedere belemmering op het handelsverkeer uit te schakelen in overeenstemming met de toen geldende opvattingen over het evenwicht van vraag en aanbod door de werking van het prijsmechanisme bij volmaakte mededinging. Hierbij werd in de eerste plaats gedacht aan het handhaven van de vrije prijsvorming zonder afspra-

(1) *Sherman Act Sec.* 1 : „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...". Sec. 2 : „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor...".

(2) *Clayton Act Sec.* 7 : „No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition, between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce... No corporation shall acquire directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of two or more corporations engaged in commerce, where the effect of such acquisition, or the use of such stock by voting or granting of proxies or otherwise, may be to substantially lessen competition between such corporations, or any of them, whose stock or other share capital is so acquired, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce".

ken, het voorkomen van marktverdelingen door kartelovereenkomsten en het verbieden van monopolies en de daaruit voortvloeiende misbruiken. Als wetgevende techniek werd in plaats van een nauwkeurig omschreven regeling een algemene beleidsregel vastgesteld, waarbij het aan de rechtbanken werd overgelaten om de inhoud gaandeweg meer vorm te geven en om uit te maken of de bewoordingen van de wet eventueel ook een opdracht inhielden om op te treden tegen fusies en combinaties van ondernemingen (1).

§ 2. Twee wegen van verklaring van de Sherman Act

Reeds in 1904 oordeelde het Opperste Gerechtshof dat onder bepaalde omstandigheden het uitschakelen van concurrentie door fusie of andere vormen van combinatie een ontoelaatbare beperking was van de vrije mededinging. Aldus werd beslist dat de oprichting van een holdingvennootschap bestaande uit meerderheidsparticipaties in twee concurrerende spoorwegmaatschappijen een inbreuk was op de *Sherman Act*, omdat het een trust of combinatie uitmaakte met als doel het vrije handelsverkeer te belemmeren (2). Deze stelling die in een fusie of combinatie een mogelijke bedreiging zag voor de vrije mededinging werd bevestigd in de zogenoemde *Railroad Cases* waarin werd beslist dat de overname van aandelen door onderling concurrerende mijn- en spoorwegmaatschappijen in strijd was met de *Sherman Act*, omdat zij het vrije handelsverkeer ernstig aantastten (3). Indien deze lijn van interpretatie van de *Sherman Act*

(1) Artikel 85 en 86 E.E.G.-Verdrag hebben dezelfde algemene formuleringswijze, waarbij een ruime interpretatiebevoegdheid wordt verleend aan de rechtbanken. Zij vertonen nog in een ander opzicht gelijkenis met de *Sherman Act* waar artikel 85 allerlei overeenkomsten verbiedt, die het vrije handelsverkeer tussen de lid-Staten belemmeren, terwijl artikel 86 verbod oplegt aan het misbruik van een economische machtspositie, zonder dat daartoe een overeenkomst wordt gesloten. Er bestaat evenwel een beslissend onderscheid. Artikel 2 van de *Sherman Act* stelt het monopolie of het streven naar monopolie buiten de wet en legt daarmee het verband tussen het beginsel van de vrije mededinging en de economische structuur, terwijl artikel 86 E.E.G.-Verdrag in een letterlijke lezing enkel de misbruiken treft die het vrije handelsverkeer tussen de lid-Staten ondermijnen.
Dit onderscheid heeft tot gevolg dat de *Sherman Act* althans in beginsel relevant is voor de problematiek van de economische concentratie als structuurverschijnsel, terwijl artikel 86 E.E.G.-Verdrag dat in zijn letterlijke interpretatie niet is.
De Belgische wet van 27 mei 1960 over misbruik van economische machtspositie beperkt zich in artikel 1 en 2 eveneens tot algemene formuleringen waarin enerzijds economische machtsposities worden omschreven en anderzijds misbruiken van economische machtsposities die ingaan tegen het algemeen belang, buiten de wet worden gesteld. Ook in deze wet wordt de economische structuur niet rechtstreeks aangetast, maar enkel een beperking opgelegd aan de uitingen van bepaalde misbruiken (Hrb. Antwerpen, 6 juli 1961, *R.W.*, 1964-65, 314, 333, zie het beschikkend gedeelte van het vonnis).

(2) Northern Securities Company *vs* U.S., 193 *U.S.* 197 (1904).

(3) U.S. *vs* Patten, 187 *F.* 664, 672 (1911) : „It is undoubtedly true... that trade and commerce are monopolized within the meaning of the federal statute when as a result

positie (1). Haar effect wordt goed geïllustreerd door de ommezwaai die zich voordeed in U.S. *vs* International Harvester Company een procedure die werd ingesteld in 1912 en werd besloten met een uitspraak van het Opperste Gerechtshof in 1927 (2). International Harvester was in 1902 ontstaan uit de versmelting van vijf ondernemingen die landbouwmachines produceerden en samen meer dan 85 procent van de totale omzet in die industrie controleerden. Nadien had de vennootschap nog verschillende andere ondernemingen in dezelfde industrie opgeslorpt. De antitrust-administratie stelde een procedure in wegens overtreding van de *Sherman Act* en eiste de ontbinding en splitsing van International Harvester. De lagere rechtbank besliste dat alhoewel er geen bewijs was van misbruiken en er niets viel aan te merken op het verloop van de expansie van de verschillende produktielijnen voor landbouwmachines, de venootschap zelf sinds haar versmelting met vijf concurrenten, een overtreding vormde van de *Sherman Act*, omdat door de fusie de rechtstreekse concurrentie tussen de vijf oorspronkelijke producenten was uitgeschakeld en er een ontwikkeling in de richting van een monopolie was ontstaan (3). De rechtbank gaf International Harvester bevel haar verschillende ondernemingen te splitsen in drie onafhankelijke vennootschappen. Dit oorspronkelijke bevel werd aanzienlijk afgezwakt in daaropvolgende onderhandelingen tussen International Harvester en de antitrust-administratie. Wanneer de procedure uiteindelijk bij het Opperste Gerechtshof werd aanhangig gemaakt bevestigde dit de meer beperkte stelling zoals die ondertussen was uitgesproken in U.S. *vs* U.S. Steel Corporation en verwierp de eis van de antitrust-administratie tot bijkomende uitvoeringsmaatregelen met de argumenten dat alhoewel International Harvester veel omvangrijker was dan al zijn concurrenten, het zijn kapitaal en aanzienlijke middelen niet had aangewend om het vrije handelsverkeer te belemmeren en dat het marktaandeel van International Harvester was gezakt van 85

(1) Standard Oil Company of New Jersey *vs.* U.S., 221 *U.S.* 1, 70 (1911); — U.S. *vs.* American Tobacco Company, 221 *U.S.* 106, 176 (1911). Deze twee zeer belangrijke beslissingen legden de grondslag voor de weg die het Opperste Gerechtshof zou opgaan in U.S. *vs* U.S. Steel Corporation. In beide gevallen werd het Hof geconfronteerd met de vraag of de economische structuur. met name de overwegende machtspositie van de verweerders, op zichzelf niet reeds voldoende was om tot een aantasting van de vrije mededinging te kunnen besluiten. Telkens kon het Hof een uitspraak over deze vraag vermijden door te verwijzen naar allerlei misbruiken die vanuit de economische machtspositie werden gepleegd en die wel moesten beschouwd worden als een aanslag op de vrije mededinging (zie eveneens : U.S. *vs* United Shoe Machinery Company of New Jersey, 247 *U.S.* 32 (1918).

(2) U.S. *vs* International Harvester Company, 274 *U.S.* 693 (1927).

(3) U.S. *vs* International Harvester Company, 214 *F.* 987 (1914).

procent in 1902 tot 66,6 procent in 1923 wat eerder wees op een tendens die tegen het monopolie inging (1).

§ 3. De aftakeling van de Clayton Act

Ondertussen was een jaar voordien een andere belangrijke peiler van de antitrustwetgeving, namelijk artikel 7 van de *Clayton Act*, door een gerechtelijke beslissing grotendeels ondermijnd. In tegenstelling tot de *Sherman Act*, was artikel 7 van de *Clayton Act* uitdrukkelijk gericht tegen fusies en combinaties van ondernemingen indien daardoor de vrije mededinging werd aangetast en in tegenstelling tot de wetgevende techniek van de *Sherman Act*, omschrijft artikel 7 zeer nauwkeurig welke vormen van fusie en combinatie buiten de wet worden gesteld. Hierbij werden in 1914 uitsluitend aandelen-participaties van concurrerende vennootschappen vermeld, terwijl de overname van alle activa van een vennootschap buiten beschouwing werd gelaten. In F.T.C. *vs* Western Meat Company (2) werd de vraag gesteld of ondanks de duidelijke bewoordingen van de wet, de overname van de activa van een concurrerende vennootschap eveneens een inbreuk betekende op de *Clayton Act*. In tegenstelling met de vrije en creatieve interpretatie die na 1950 zou gevolgd worden, bleef het Opperste Gerechtshof bij een letterlijke interpretatie van de wettekst en oordeelde dat alhoewel een overname van aandelen onder toepassing van de wet viel, de rechtstreekse overname van de activa van een vennootschap niet door een verbod werd getroffen (3).

Hierdoor werd in principe een onbegrensde mogelijkheid geschapen tot fusies en combinaties *via* de weg van de onmiddellijke overname van het maatschappelijk vermogen van vennootschappen in plaats van het verwerven van aandelenparticipaties.

In International Shoe Company *vs* F.T.C. (4) werd de draagwijdte van artikel 7 van de *Clayton Act* verder beperkt, wanneer het Opperste Gerechtshof besliste dat twee vennootschappen die ongeveer dezelfde produkten (schoenen) vervaardigden, maar *via* verschillende verdelers hun produkten op de markt brachten niet als concurre-

(1) 274 *U.S.* 693.

(2) F.T.C. *vs* Western Meat Company, 272 *U.S.* 554 (1926).

(3) Arrow Hart & Hageman Electric Company *vs* F.T.C., 291 *U.S.* 587 (1934), bevestigde deze regel, maar de beslissing werd getroffen met de kleinst mogelijke meerderheid van vijf tegen vier, met de meest prominente raadsheren Brandeis, Holmes, Stone en Voorzitter Taft in de minderheid.

(4) International Shoe Company *vs* F.T.C., 280 *U.S.* 291 (1930).

rende vennootschappen moesten worden beschouwd, zodat de overname van aandelen van de ene door de andere de vrije mededinging in onbelangrijke mate zou aantasten (1). In dezelfde uitspraak werd ook de theorie gelanceerd van de *failing company defense.* Volgens deze theorie moet de overname van de aandelen van een vennootschap, die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert niet worden beschouwd als in strijd met de vrije mededinging, omdat een zwakke en financieel uitgeputte onderneming niet in staat is tot enige noemenswaardige tegenstand op de markt en omdat in zulk geval het voorkomen van vermogensverlies voor de aandeelhouders en het behoud van de werkgelegenheid voor de werknemers belangrijker zijn voor het algemeen welzijn dan het in stand houden van denkbeeldige concurrentie. Hieruit volgt dat praktisch alleen de *Sherman Act* overbleef, zij het met verzwakte doeltreffendheid, om de vrije mededinging tegen toenemende concentratie te beschermen.

§ 4. Columbia Steel, het voorspel van de hervorming

De ontoereikendheid van de *Sherman Act* op dit gebied werd duidelijk aangetoond door de laatste belangrijke uitspraak van het Opperste Gerechtshof voor het goedkeuren van het *Celler-Kefauver* amendement in U.S. *vs* Columbia Steel Company (2). U.S. Steel Corporation en haar dochtervennootschappen (waaronder Columbia Steel Company) werden ervan beschuldigd door de overname van een kleinere staalproducent, Consolidated Steel Corporation: 1) de concurrentie tussen Consolidated en U.S. Steel op het gebied van de half afgewerkte staalprodukten rechtstreeks en aanzienlijk te hebben verzwakt (horizontale integratie); 2) een belangrijke afnemer voor gewalst staal te hebben ontnomen aan de concurrenten van U.S. Steel (verticale integratie), en 3) een poging te hebben ondernomen tot het verwerven van een monopoliepositie voor afgewerkte staalprodukten in de markt van elf westelijke staten (3).

Op het gebied van de horizontale integratie (het samenvoegen van gelijkaardige produktie- of distributiestadia van verschillende ondernemingen) oordeelde het Opperste Gerechtshof dat het verdwijnen

(1) Raadsheer Stone, minderheidsopinie, 280 *U.S.* 291, 304.

(2) U.S. *vs* Columbia Steel Company, 334 *U.S.* 495 (1948); — zie eveneens: U.S. *vs* Aluminum Company of America, 148 *F2d* 416 (1945), met de klassieke analyse van het monopolie door Learned Hand; — American Tobacco Company *vs* U.S., 328 *U.S.* 781 (1946); — U.S. *vs* New York Great Atlantic & Pacific Tea Company, 173 *F2d* 79 (1949).

(3) Arizona, California, Idaho, Louisiana, Montana, Nevada, New Mexico, Oregon, Texas, Utah en Washington (334 *U.S.* 495, 501).

van Consolidated als rechtstreekse concurrent voor U.S. Steel en haar dochtervennootschappen geen onredelijke beperking van het vrije handelsverkeer met zich zou brengen (1). Dit betekende dat het Hof blijkbaar geen bezwaren had tegen een toestand waarbij acht tot tien ondernemingen de ganse produktie in de markt zouden beheersen. Hier ligt dan ook het fundamentele verschil van de maatstaf die wordt toegepast in de *Sherman Act* (monopolie) en de maatstaf die nadien zou worden toegepast in de gewijzigde *Clayton Act* (concentratie). Een industrie met niet meer dan tien ondernemingen, waarvan er geen enkele een marktaandeel heeft dat groter is dan 25 procent kan in economische termen onmogelijk als een monopolie worden bestempeld, maar is gekenmerkt door een hoge graad van concentratie die ongetwijfeld een nadelige invloed uitoefent op de vrije mededinging.

Het argument dat door de overname van Consolidated een afzetmarkt voor gewalst staal werd afgesloten voor de concurrenten van U.S. Steel, wat nadelig uitviel voor de vrije mededinging werd door het Hof afgewezen. Het Hof oordeelde dat verticale integratie door de overname van het maatschappelijk vermogen van andere vennootschappen geen *per se* overtreding (2) van de *Sherman Act* betekende, maar integendeel beschouwd moest worden als een natuurlijke uiting van economische groei door verticale integratie waarbij U.S. Steel ertoe gedwongen werd een afzetgebied te veroveren voor zijn steeds meer uitbreidende produktie van gewalst staal (3).

---

(1) 334 *U.S.* 495, 526 : „If we make the doubtful assumption that the United States Steel could be expected in the future to sell 13% of the total of structural steel products in the Consolidated trade area and that Consolidated could be expected to sell 11%, we conclude that where we have the present unusual condition of the Western steel industry and in view of the facts of this case ... it can not be said there would be an unreasonable restraint of trade".

(2) De uitdrukking *per se* overtreding werd oorspronkelijk gebruikt in geschillen betreffende prijsafspraken en met name in U.S. *vs* Socony Vacuum Oil Company, (310 *U.S.* 150, 218 (1940)), dat voor zijn argumentatie verwees naar U.S. *vs* Addyston Pipe & Steel Company (85 *F.* 271 (1898)) en U.S. *vs* Trenton Potteries Company (273 *U.S.* 392 (1927)). Hiermee werd bedoeld dat prijsafspraken ongeacht hun motivering of hun omstandigheden, op zichzelf een aantasting vormden van de vrije mededinging en dus uiteraard een inbreuk pleegden op de *Sherman Act*. Later werd de uitdrukking *per se* overtreding veralgemeend tot andere overtredingen van de antitrustwetgeving waarbij de rechtbanken tot een automatische toepassing van de wet konden besluiten zonder het gewicht van de omstandigheden waarin de overtreding was gebeurd te moeten beoordelen.

(3) 334 *U.S.* 495, 523 : Het Hof maakte een onderscheid met een vroegere beslissing U.S. *vs* Yellow Cab Company (332 *U.S.* 218 (1947)), waarin het een plan veroordeelde van producenten van taxivoertuigen om een reeks taxiondernemingen over te nemen en deze te verplichten hun taxivoertuigen af te nemen, zodat concurrerende ondernemingen op de taximarkt hun afzetmarkten zagen verdwijnen. Het oordeelde dat in Yellow Cab de verticale integratie van taxibouw en taxivervoer niet werd gestuwd door normale expansie om aan een stijgende vraag te voldoen tengevolge van een superieure en meer ondernemende bedrijfsleiding.

Het Hof achtte evenmin een poging aanwezig om een monopoliepositie te verwerven, door erop te wijzen dat alhoewel U.S. Steel nog steeds de grootste staalproducent was van het land, zijn marktaandeel gestadig was verminderd sinds 1911. Het oordeelde dat de werkelijke economische toestand niet zo alarmerend was als werd aangegeven in het verslag van de *Federal Trade Commission* over de industriële concentratie (1). De analyse van Raadsheer Douglas over de belemmering van de vrije mededinging veroorzaakt door de omvang van een onderneming, zelfs indien zij geen volledig monopolie bezit werd door de meerderheid (vijf tegen vier) verworpen. De beslissing duidde meteen de grens aan van wat haalbaar was onder de *Sherman Act* in de strijd tegen economische concentratie. Het Hof suggereerde zelf dat verdere stappen slechts gezet konden worden door het Congres en niet door de rechtbanken (2).

Hoofdstuk II

HET „CELLER-KEFAUVER" AMENDEMENT IN HET CONGRES

De uitspraak in U.S. *vs* Columbia Steel Company was voor de voorstanders van een hervorming een aanleiding om aan te dringen op onmiddellijke en afdoende wetgevende maatregelen. Een van de meest uitgesproken tegenstanders van de hervorming, de heer G. Montague had immers zijn vertrouwen uitgesproken in een overwinning van de antitrust-administratie en aangevoerd dat de problemen van monopolistische fusies en combinaties in het raam van de *Sherman Act* doeltreffend konden worden opgelost, zodat nieuwe wetgeving overbodig was. Tijdens het debat in de senaat confronteerde senator Kefauver deze bewering met de einduitspraak in U.S. *vs* Columbia Steel Company en onderlijnde de noodzaak van een

(1) *Report to the Congress of the United States, The present trend of corporate mergers and acquisitions*, Federal Trade Commission; March 4, 1947; — Federal Trade Commission Staff Report, *The merger movement, a summary report*, 1948.

(2) 334 *U.S.* 495, 526 : „The evils and dangers of monopoly and attempts to monopolize that grow out of size and efforts to eliminate others from markets large or small, have caused Congress and the Executive to regulate commerce and trade in many respects. But no direction has appeared of a public policy that forbids, per se, an expansion of facilities of an existing company to meet the needs of new markets of a community, whether that community is nation-wide or country-wide. On the other hand, the courts have been given by Congress wide powers in monopoly regulation. The very broadness of terms such as restraint of trade, substantial competition and purpose to monopolize have placed upon courts the responsibility to apply the Sherman Act so as to avoid the evils at which Congress aimed. The basic industries with few exceptions, do not approach in America a cartelized form. If business are to be forbidden from entering into different stages of production that order must come from Congress, not the courts".

wetgevend ingrijpen : „Ik geloof dat indien artikel 7 van de *Clayton Act* gewijzigd was geweest in de zin van het huidige wetsvoorstel, de overname die werd verricht door U.S. Steel Corporation niet zou zijn toegelaten" (1). De voorstanders van het amendement vertegenwoordigden verschillende politieke strekkingen en verdedigden de hervorming dan ook om uiteenlopende redenen. Dit weerspiegelde zich in het feit dat dezelfde wettekst een grote verscheidenheid in voorgesteld antitrust-beleid dekte (2) wat in niet geringe mate heeft bijgedragen tot verwarring in uitspraken over fusies en combinaties, wanneer de rechters in de doelstellingen van de wetgever een houvast zochten voor hun beslissingen.

De voornaamste thema's die naar voren werden gebracht, tijdens de bespreking in het Congres waren de volgende :

– het beëindigen van het willekeurige onderscheid (*de lek dichten*) tussen de overname van activa en de overname van aandelen en het onderwerpen van beide vormen van combinatie aan de toepassing van de *Clayton Act*;

– het tot staan brengen van de concentratiebeweging en het voorkomen van monopolievorming door het monopoliestreven van in het begin te vernietigen;

– het verhogen van het economisch rendement door de produktie te spreiden over een groot aantal kleine producenten in plaats van ze te concentreren in enkele grote ondernemingen;

– de bescherming van de kleine zelfstandige handelaar als een waardevolle maatschappelijke instelling die de plaatselijke autonomie en economische macht vrijwaart;

– het vrijwaren meer in het algemeen van een vrij en democratisch politiek bestel door de bescherming van de kleine zelfstandige handelaars tegen overmatige economische machtsconcentratie;

– het voorkomen van belemmeringen aan de vrije mededinging door fusies en combinaties, wanneer die belemmeringen langs afspraken en overeenkomsten reeds verboden zijn.

Reeds het jaar volgend op de beslissing in F.T.C. *vs* Western Meat Company (3), maakte de *Federal Trade Commission* in haar jaarverslag van 1927 (en in ieder daaropvolgend jaarverslag) de aanbeveling

(1) Senator KEFAUVER, *Senate*, Dec. 14, 1950, *Cong. Rec. Sen.*, 81st. *Cong.*, 2nd *sess.*, *Vol.* 96.

(2) SINGER, E., *Vertical integration and economic growth*, 50 *A.B.A.J.* 555, 558 (1964); — ASCH, P., *Economic theory and antitrust policy*, 12 *A.T. Bull.* 865, 877 (1967).

(3) Zie boven, noten (2) en (3), blz. 31.

tot een wijziging van de *Clayton Act*, ten einde zowel rechtstreekse overname van activa als onrechtstreekse overname (*via* aandelenparticipaties) te verbieden (1). Tijdens het debat in het Congres had deze bekommernis een absolute voorrang en bijna alle voorstanders van het amendement erkenden de noodzaak om *de lek te dichten* (2). Het feit dat alle vormen van fusie of combinatie onder de toepassing van de *Clayton Act* werden gebracht maakte het voortaan onmogelijk door de uitbouw van een economische machtspositie *via* fusie of combinatie, te bereiken wat reeds vroeger in de vorm van afspraken en overeenkomsten buiten de wet was gesteld (3). Deze wijziging gaf evenwel geen antwoord op de vraag op welke gronden men tot een overtreding van de *Clayton Act* zou kunnen besluiten. De gronden die door de rechtbanken waren ontwikkeld bij de interpretatie zowel van de *Sherman Act* als van de *Clayton Act* werden ontoereikend geacht en de voorstanders van de hervorming wensten nieuwe en strengere criteria in te voeren, om de moderne vormen van concentratie te bedwingen, die een bedreiging vormden voor het voortbestaan van de kleine zelfstandige handelaar en de vrije mededinging in het algemeen. Deze nieuwe criteria waren niet gericht tegen volgroeide monopolies zoals in de *Sherman Act*, maar tegen het onschuldige en eenvoudige begin van wat zich later zou kunnen ontwikkelen tot een monopoliestructuur. Zij waren bedoeld om het monopolie *in de kiem te smoren*, ongeacht de aard van

(1) *Federal Trade Commission, Annual Report*, 1935, blz. 14 : „If the section is to accomplish the general purpose of preventing monopoly, it should be amended to prohibit acquisition of assets, not only indirectly through use of stock unlawfully acquired, but also direct acquisition of assets should be prohibited when the effects are the same as those already prohibited by the section".

(2) Senator KEFAUVER, Hon. Ewin L. DAVIS, *Hearings before Subcommittee No. 2 of the Committee on the Judiciary, H.R. 515, Cong. Hearings* 1947/4, March, April, blz. 5 en 26; — Hon. Emmanuel CELLER : „... intent of the act is to plug the loophole", *Cong. Rec. House*, August 15, 1949, *Vol.* 95, blz. 11484; — *Rep. Keating (contra)* : „The purchase of assets method is a relatively new development, legitimately conceived to avoid illegality and expressly sanctioned by the Supreme Court", *Cong. Rec. House*, August 15, 1949, *Vol.* 95, blz. 11489; — *Rep. Wright Patman, Bill to plug serious loophole in Clayton Antitrust Act, Cong. Rec. House*, July 20, 1949, *Vol.* 95 App. 4671; — Senator DONNELL : „The purpose of the proprosed legislation is to prevent corporations from acquiring another corporation by means of the acquisition of its assets, where under the present law it is prohibited from acquiring the stock of said corporation", *Cong. Rec. Sen.*, December 12, 1950, *Vol.* 96 blz. 16436; — Senator O'CONOR : „By proposing in essence to make the present law applicable to stock acquisitions also applicable to asset acquisitions, the bill will do only what is logical and necessary in order to make the law against monopolistic mergers meaningful and effective", *Cong. Rec. Sen.*, December 13, 1950, *Vol.* 96, blz. 16506.

(3) De rechtstreekse overname van activa werd onder toepassing van de *Clayton Act* gebracht door in artikel 7 in te lassen : „... no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation..."

de nog overblijvende concurrentie. Senator Kefauver drukte deze gedachte uit als volgt : „De (overtreding van de) *Sherman Act* werd gemeten aan een voltooid monpolie. De bedoeling van de *Clayton Act* is om bepaalde praktijken, in hun beginstadium te treffen die wanneer we ze zouden laten voortbestaan, uiteindelijk zouden rijpen tot een overtreding van de *Sherman Act*" (1). De concentratie werd eveneens benadrukt door senator Donnell : „De doelstelling is ... een verhoging van de graad van economische concentratie door fusies en overnamen van vennootschappen in de toekomst te beperken" (2). Deze doelstelling werd onderschreven door sommige hervormers die de belangen van de kleine zelfstandige handelaars verdedigden met het argument dat *small business* economisch en doeltreffender werkte dan *big business* zodat tegelijk met de vrije mededinging ook het economische rendement werd gevrijwaard (3).

Een belangrijke groep voorstanders van het amendement werd evenwel gedreven door de overtuiging dat een verbrokkelde economische structuur met kleine en weinig invloedrijke ondernemingen de enige verdediging vormde tegenover een gaandeweg meer totalitaire maatschappij waarin de enkeling staat tegenover *big business, big labor and big government* (4).

Op het ogenblik dat de voorbereidende besprekingen voor de *Clayton Act* begonnen lag de wereldoorlog gevoerd tegen de totalitaire regimes nog vers in het geheugen en men wenste te vermijden dat langs de economische concentratie zich een politieke machtsconcentratie zou voordoen in de Verenigde Staten. De redenering die hierbij werd aangevoerd luidde als volgt : „Onder het Nazi-regime bouwde Duitsland een ganse reeks van industriële monopolies op in staal, rubber, kolen en andere materialen. De monopolies kregen weldra een vaste greep op Duitsland, brachten Hitler aan de macht

(1) Senator KEFAUVER, *Cong. Rec. Sen.*, Dec. 12, 1950, *Vol.* 96, blz. 16453.

(2) Senator DONNELL, *Cong. Rec. Sen.*, Dec. 12, 1950, *Vol.* 96, blz. 16436; — zie eveneens : Senator O'CONOR, „... Third to halt the continuous long term upward trend in economic concentration", *Cong. Rec. Sen.*, Dec. 13, 1950, *Vol.* 96, blz. 16507; — *Temporary National Economic Committee, Recomendations*, May 23, 1945; — John M. BLAIR, *testimony, Cong. House*, March 16, 1949, *Vol.* 95, blz. 2623; — *Review of the various election platforms of political parties with respect to monopoly and business concentration, Cong. Rec. House*, Febr. 24, 1949, Vol. 95, blz. 1510.

(3) Mr. WIMMER, *citing Alfred P. Sloan, Hearings before Subcommittee No. 2 of the Committee on the Judiciary*, H.R. 515, March, April 1947/4, blz. 93.

(4) Wright PATMAN, *President Truman entitled to cooperation of Congress in effort to aid small businessman, Cong. Rec. House*, Jan. 27, 1949, *Vol.* 95, blz. 655; — Tom C. CLARK, Attorney General, *Cong. Rec. House*, July 13, 1949, *Vol.* 95, blz. 9413.

en sleepten praktisch gans de wereld mee in de oorlog" (1). Voor de Verenigde Staten had senator O'Mahoney deze redenering geformuleerd als volgt :

„Mijn boodschap tot deze groep is zeer eenvoudig : Men kan niet hopen een aanhoudende tendens tot concentratie in de bestuurlijke macht te voorkomen, tenzij men slaagt in het voorkomen van een aanhoudende tendens tot economische concentratie" (2).

De tegenstanders van de hervorming beperkten zich tot het ontkennen van het bestaan van economische concentratie (3) of tot het argument dat de bestaande criteria die werden gebruikt bij de interpretatie van de *Sherman Act* op zichzelf voldoende waren om een redelijk niveau van vrije mededinging te handhaven, een argument dat totaal werd weerlegd door de uitspraak in U.S. *vs* Columbia Steel Company (4). Het streven om economische concentratie aan de hand van nieuwe criteria tegen te gaan vond evenwel geen duidelijke uitdrukking in een wijziging van de wettekst. De formele grond waarop een overtreding tegen de *Clayton Act* kon worden vastgesteld bleef „een aanzienlijke aantasting van de vrije mededinging of een tendens tot monopolie". Het Congres weigerde een algemeen verbod in te stellen tegen fusies en combinaties, omdat fusies tussen kleine ondernemingen in bepaalde gevallen de vrije mededinging eerder stimuleren dan aantasten. Het ontbreken in de wet of in de voorbereidende besprekingen van een duidelijk omschreven begrip van wat werd beschouwd als ontoelaatbare economische concentratie heeft bijgedragen tot de aanvankelijke verwarring bij de interpretatie van het gewijzigde artikel 7 van de *Clayton Act* (5).

---

(1) Wright PATMAN, *Fascist cartel system, deadly ennemy of small businessman, being revived in Germany, Cong. Rec. House*, Febr. 21, 1949, *Vol.* 95, App. 192; *Cong. Rec. House*, Aug. 15, 1949, *Vol.* 95, blz. 11486. Hoewel het onderzoek naar de oorzaken ervan buiten het bestek van deze studie ligt moet gewezen worden op het treffend parallellisme tussen de theorieën over economische deconcentratie die in het Congres werden verdedigd en het optreden van de geallieerde overheden bij de ontmanteling en deconcentratie van de Duitse industrieconcerns, met name in de kolen en staalsector. Deze controlefunctie over de Duitse kolen- en staalsector werd later in ruime mate ingeschreven in algemene bewoordingen in het E.G.K.S.-Verdrag, waarvan artikel 66 gericht is tegen kartelvorming.

(2) Senator O'MAHONEY, *Hearings before Subcommittee No.* 3 *of the Committee on the Judiciary, H.R.*, May 23, 1945, 2357, blz. 9.

(3) Mr. MONTAGUE, *Hearings before Subcommittee No.* 2 *of the Committee on the Judiciary, H.R.*, 515, March, April 1947/4, blz. 137; — LINTNER, J., and KEITH BUTTERS, J., *Effect of merger on industrial concentration*, 1940-1947, *Review of economics and statistics*, Febr. 1950.

(4) Mr. GOODWIN, *Cong. Rec. House*, Aug. 15, 1949, *Vol.* 95, blz. 11487; — Mr. JENNINGS, *Cong. Rec. House*, Aug. 15, 1949, *Vol.* 95, blz. 11497.

(5) HANDLER, M., ROBINSON, S., *A decade of administration of the Celler-Kefauver Antimerger Act*, 61 *Col. L. Rev.* 629, 664 (1961).

HOOFDSTUK III

DE TOEPASSING VAN DE „CELLER-KEFAUVER" ACT

Bij de beoordeling van de inbreuken op de vrije mededinging door fusie of combinatie onder artikel 7 van de *Clayton Act*, stuitten de rechtbanken op verschillende vormen van concentratie die ieder om een eigen benaderingswijze vroegen : de horizontale integratie, de verticale integratie en de conglomeratie. Het hoeft geen betoog dat bepaalde theorieën die op één vorm van concentratie worden toegepast, voor een andere vorm eveneens geschikt kunnen blijken. De conglomeraten stellen in het geheel van deze problematiek de grootste uitdaging aan de juridische creativiteit, omdat op dit domein nog geen duidelijk gevestigde lijnen van jurisprudentie getrokken zijn.

§ 1. De horizontale integratie

De horizontale integratie bestaat in de fusie of combinatie van twee ondernemingen die hetzelfde of een gelijkaardig produkt vervaardigen of verdelen in dezelfde of elkaar overlappende markten. Het gaat om ondernemingen die wat de aard van hun produktie of afzetmarkten betreft vergelijkbaar zijn, alhoewel hun omvang en economisch rendement belangrijk kunnen verschillen. De rechtbanken hebben deze vorm van concentratie pogen te benaderen langs een streng doorgevoerd marktonderzoek, waarbij eerst de omvang van de markt produktsgewijs (*relevant product market*) en geografisch (*relevant geographic market*) werd vastgesteld en daarna het marktaandeel van de betrokken ondernemingen en de graad van concentratie werd bepaald in de onderzochte markt. Het marktaandeel en de graad van concentratie werden dan beoordeeld in het licht van de theorie van de vrije mededinging, die de aanwezigheid veronderstelt op de markt van een vrij groot aantal concurrerende ondernemingen van min of meer gelijke omvang, die elkaar niet beslissend kunnen beïnvloeden door hun marktgedrag (1).

A. DE RELEVANTE PRODUKTENMARKT

De relevante markt is produktsgewijs niet beperkt tot de eigenlijke produkten van de fusionerende ondernemingen. In de zogenoemde

(1) U.S. *vs* Philadelphia National Bank, 374 *U.S.* 321, 363 (1963) : „That competition is likely to be the greatest when there are many sellers, none of which has any significant market share, is common ground among most economist, and undoubtedly a premise of congressional reasoning about the anti-merger statute"; — BURNS W., *Legal, economic and political considerations involved in mergers*, 11 *Vand. B. L. Rev.* 59, 78 (1957).

Cellophane Case werd beslist dat bij het onderzoek naar de aantasting van de vrije mededinging in een bepaalde markt, vervangingsprodukten die hetzelfde eindgebruik hebben en mededingen in prijs, in het volume van de marktomzet moeten worden meegerekend (1). Of een bepaald produkt tot deze verruimde markt gerekend moet worden, wordt economisch-wetenschappelijk bepaald door zijn kruiselasticiteit of prijselasticiteit ten opzichte van de produkten van de fusionerende ondernemingen. Praktisch is het voor de rechtbanken evenwel onmogelijk op zuiver economisch-wetenschappelijke grondslag vast te stellen in welke mate het gebruik van een vervangingsprodukt zal stijgen wanneer de prijs van het onderzochte produkt toeneemt. Daarom beperkt men zich tot een algemeen oordeel gegrond op prijs-, kwaliteits- en gebruiksverschillen om te bepalen of een produkt al dan niet tot de relevante markt behoort (2). Dit heeft soms tot betwistbare resultaten geleid. In U.S. *vs* Von's Grocery Company (3), een geschil over de fusie van twee supermarkten in Los Angeles, omschreef het Opperste Gerechtshof de relevante markt als de *detailhandel in kruidenierswaren* in de agglomeratie van Los Angeles. Deze bepaling omvat zeer uiteenlopende produkten zoals voedingswaren, was- en reinigingsprodukten, kleine bureaubenodigdheden, plastiek- en ijzerwaren, die stuk voor stuk verkocht worden in andere gespecialiseerde detailzaken. Toch rekende het Hof het zakencijfer van deze concurrenten niet bij het totale volume van de relevante markt, klaarblijkelijk omdat het oordeelde dat supermarkten een aparte instelling vormden buiten de concurrentiële greep van andere handelszaken die dezelfde produkten verkochten. In U.S. *vs* Aluminum Company of America (Rome-Cable) (4) een geschil over de overname van een kleinere producent van koperen en aluminium geleidingskabels, herstructureerde het Opperste Gerechtshof de relevante markt en scheidde geïsoleerde aluminium geleiders van geïsoleerde kopergeleiders als behorende tot twee verschillende markten op grond van prijs- en kwaliteitsverschillen, alhoewel er onbetwistbaar een feitelijke concurrentie tussen

(1) U.S. *vs* E-I. Du Pont de Nemours and Company, 351 *U.S.* 377 (1956).

(2) U.S. *vs* Bethlehem Steel-Corporation, 168 *F. Supp.* 576, 587 (1958); — Brown Shoe Company *vs* U.S., 370 *U.S.* 294, 325 (1962); — Reynolds Metals Company, 309 *F2d* 223, 226 (1962); — U.S. *vs* Ingersoll-Rand Company, 320 F2*d* 509 (1963); — U.S. *vs* Continental Can Company, 378 *U.S.* 441, 453 (1964) : „Interchangeability of use and cross-elasticity of demand are not to be used to obscure competition but to recognize competition, where in fact competition exists"; — U.S. *vs* Jos Schlitz Brewing Company, 253 *F. Supp.* 129 (1966); — zie eveneens onder de *Sherman Act* : U.S. *vs* First National Bank & Trust Company of Lexington, 376 *U.S.* 665, (1964).

(3) U.S. *vs* Von's Grocery Company, 384 *U.S.* 270, 272 (1966).

(4) U.S. *vs* Aluminum Company of America, 377 *U.S.* 271, 276 (1964).

de twee produkten bestond. Het gebrek aan economisch verantwoorde testen die tevens hanteerbaar zijn bij de rechtsbedeling, hebben de rechtbanken ertoe gebracht bij het afbakenen van de relevante markt van de betrokken produkten tamelijk vrij te werk te gaan, zodat de meest bruikbare regel die naar voren treedt uit uitspraken over marktafbakening is, „dat een fusie onwettelijk is tenzij ze de test doorstaat in die redelijkerwijs afgebakende markten die produktsgewijs en geografisch het minst gunstig zijn" (1).

B. DE RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT

Bij het op een economisch-wetenschappelijk verantwoorde wijze afbakenen van de relevante geografische markt nemen de moeilijkheden voor een zinvolle economische analyse nog toe (2). Onder de oude tekst van artikel 7 van de *Clayton Act* werd vereist dat de anticoncurrentiële gevolgen van een overname van aandelen moesten bewezen worden *in any section or community*. In markten van zeer beperkte geografische omvang was het vaak onmogelijk het bestaan van anticoncurrentiële gevolgen te bewijzen. Om deze moeilijkheden te ondervangen werd de relevante geografische markt in het *Celler-Kefauver* amendement ruimer bepaald als *any section of the country*. In verscheidene beslissingen werd een ernstige poging gedaan om tot een zinvolle afbakening van de geografische markt te komen (3). In U.S. *vs* Pabst Brewing Company (4) werd de betekenis van de relevante geografische markt als maatstaf voor het afbakenen van het domein waarbinnen de inbreuk plaats vindt, naar de achtergrond verwezen en werd het ontbreken van het bewijs voor de relevantie van de aangegeven markt als minder belangrijk beschouwd (5). Raadsheer Black schreef dat de aanklager het bestaan van de relevante geografische markt niet moest aanduiden zoals een *corpus delicti* : „Deze zin (*in any section of the country*) vraagt geen afbakening van een deel van het grondgebied met paaltjes zoals een landmeter een stuk land zou opmeten ... Wanneer er een anticoncurrentieel

(1) DAVIDOW, J., *Conglomerate mergers and section seven. The limitations of the anti-merger Act*, 68 *Col. L. Rev.* 1231, 1233 (1968); — zie eveneens : ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *La puissance économique et la loi*, Paris, 1970, blz. 32.

(2) CELLER, E., *The Celler-Kefauver Act and the quest for market certainty*, 50 *A.B.A.J.* 559 (1964); — HALE, G. E. and HALE, R., *Delineating the geographic market, a problem in merger cases*, 61 *Nw. U.L. Rev.* 538 (1966); — O.C.D.E., *o.c.*, blz. 32, 36.

(3) Brown Shoe Company *vs* U.S., 370 *U.S.* 294 (1962); — U.S. *vs* Philadelphia National Bank, 374 *U.S.* 321 (1963).

(4) U.S. *vs* Pabst Brewing Company, 384 *U.S.* 546 (1966).

(5) In een afzonderlijke meerderheidsopinie achtten de raadsheren Harlan en Stewart nochtans het bestaan van de relevante geografische markt bewezen.

effect bestaat, is deze en iedere andere procedure onder artikel 7 ondergeschikt aan de cruciale vraag of een fusie de vrije mededinging zal aantasten om het even waar in de Verenigde Staten (1).

Deze stelling maakt het afbakenen van de relevante geografische markt praktisch overbodig, op voorwaarde dat er hoe dan ook een anticoncurrentieel effect ten gevolge van de fusie wordt vastgesteld. Dit heeft op zijn beurt een enorme weerslag op de procentsgewijze berekening van het marktaandeel die zeer belangrijk is bij het bepalen van de economische machtspositie van een vennootschap en de graad van concentratie van de markt waarin zij bedrijvig is. Het marktaandeel hangt immers rechtstreeks af van de omvang van de totale markt waarin men dit aandeel situeert, het volstaat de relevante markt op een bepaalde manier af te bakenen om aan te tonen dat twee vennootschappen door hun fusie een marktaandeel verwerven dat gevaren inhoudt voor de vrije mededinging (2). Hierbij dient men te bedenken dat in markten van geringe omvang men zeer gemakkelijk tot het besluit komt dat een fusie of combinatie anticoncurrentiële gevolgen zal hebben op grond van het overdreven marktaandeel van de betrokken vennootschappen, omdat in een kleine markt een groot aantal onafhankelijke mededingers gewoonweg economisch niet leefbaar is en versnippering van ondernemingen niet verantwoord is vanuit het standpunt van hun economisch rendement.

C. HET MARKTAANDEEL ALS MAATSTAF, DE ONTWIKKELING NAAR DE STRUCTUURANALYSE

Het element dat de rechtbanken in het marktonderzoek evenwel altijd als het belangrijkste hebben beschouwd is het marktaandeel van de fusionerende of combinerende vennootschappen. Dit marktaandeel werd dan beoordeeld in functie van de bestaande graad van economische concentratie met op de achtergrond de *incipiency*

(1) 384 *U.S.* 546, 549, 550.

(2) In the matter of Foremost Dairies, 60 F.T.C. 944, 1061 (1962), poogde de antitrustadministratie aan te tonen dat twee kleine en ver uiteenliggende agglomeraties, Sioux Falls (South Dakota) en Abilene (Texas) de relevante geografische markt uitmaakten. De verweerder voerde als argument aan dat deze markten niet afzonderlijk konden worden beschouwd omdat het *Celler-Kefauver* amendement het woord *community* precies had verwijderd als de relevante geografische markt waarin de anticoncurrentiële effecten moesten worden getest. De *Federal Trade Commission* antwoordde hierop : „Section 7 as amended now requires that competition be adversely affected in a „section of the country". As interpreted by the courts this determination must be made on the basis of economic reality. Thus if the nature of the product or the characteristics of an industry are such that an area which may be designated as a community is of economic significance, there is „no bar to recognizing that area as a section of the country, within the intent of Section 7".

doctrine die erop gericht was iedere beweging van economische concentratie in de kiem te smoren (1). Alhoewel historisch de eerste bedoeling van het *Celler-Kefauver* amendement was de rechtstreekse overname van activa eveneens onder de toepassing van de antitrustwetgeving te brengen, was het onmiskenbaar dat de dreiging van de voortschrijdende economische concentratie door fusies en combinaties, de hoofdbekommernis uitmaakte van het Congres. Toch weigerde het Congres fusies en combinaties zonder meer buiten de wet te stellen, zodat er een scheidingslijn moest getrokken worden tussen toelaatbare en ontoelaatbare fusies en combinaties. Bij het trekken van deze lijn keerde het Congres terug naar het fundamentele criterium van de antitrustwetgeving : de aantasting van de vrije mededinging (2). De moeilijkheid om voor het handhaven van de vrije mededinging precieze, eenvormige en hanteerbare maatstaven te vinden op grond waarvan fusies en combinaties konden beoordeeld worden, heeft geleid tot de enorme complexiteit van de antitrustargumentatie, waarbij allerlei feiten en gegevens werden aangevoerd om het economisch verband tussen een bepaalde fusie of combinatie en het aantasten van de vrije mededinging te bewijzen of te ontkennen (3). Deze tendens werd nog versterkt door de neiging van de advocaten van de verdediging om allerlei al dan niet terzake doende economisch bewijsmateriaal aan het onderzoek van de rechtbank te onderwerpen, zodat deze de gegevens gewoon materieel niet kon verwerken en beoordelen en de beslissing vatbaar werd voor de beschuldiging van willekeur (4).

In U.S. *vs* Philadelphia National Bank (5) werd het Opperste Gerechtshof geconfronteerd met deze stortvloed van economische gegegevens. Raadsheer Brennan schreef : „Dit is duidelijk het soort van vraagstelling dat in de meeste gevallen niet vatbaar is voor een klaar en precies antwoord. Het vereist niet alleen een beoordeling van het onmiddellijke effect van de fusie op de vrije mededinging,

(1) MILLER, R. A., *Concentration, competition and monopoly, a guideline for horizontal merger policy*, 12 *A.T. Bull.* 881, 891 (1967).

(2) DONOVAN, W., *Mergers and antitrust Laws*, 1 *A.T. Bull.* 179, 185 (1955); — HANDLER, M., ROBINSON, S., *o.c.*, 61 *Col. L. Rev.* 629, 664, 667; — CLARK, R. C., *Conglomerate mergers and section 7 of the Clayton Act*, 36 *Notre Dame L.* 255, 268 (1961).

(3) STOCKING, G. W., *The rule of reason, workable competition and monopoly*, 64 *Yale L. J.* 1109 (1955).

(4) MASSEL, M. S., *The new section 7*, 1 *A.T. Bull.* 543, 547 (1955); — MARKHAM, J. V., *Merger policy under the new section 7, a six year appraisal*, 43 *Va. L. Rev.* 489, 491 (1957); — *Comment*, „Substantially to lessen competition..." : *Current problems of horizontal mergers*, 68 *Yale L. J.* 1627 (1959); — ROWE, F.M., *Mergers and the law. New direction for the sixties*, 47 *A.B.A.J.* 1074, 1076 (1961); — ASCH, P., *o.c.*, 12 *A.T. Bull.* 865, 874.

(5) 374 *U.S.* 321.

maar eveneens een voorspelling van het effect op de concurrentievoorwaarden in de toekomst; dit is wat werd bedoeld toen artikel 7 werd gewijzigd met het inzicht anticoncurrentiële tendensen in hun beginstadium lam te leggen. Zulke voorspelling is enkel gegrond indien zij stoelt op een stevig inzicht in de structuur van de relevante markt; de relevante economische gegevens zijn evenwel complex en moeilijk te vatten ... wij moeten ervoor waken het inzicht van het Congres niet te verdraaien door een te ruim opgevat economisch onderzoek toe te staan ... en zo, in ieder geval waarin het mogelijk is de test van onwettelijkheid te vereenvoudigen, zonder geweld aan te doen aan de doelstelling van het Congres, belichaamd in artikel 7, zijn de rechtbanken verplicht dit te doen in het belang van een verantwoorde en praktisch haalbare rechtsbedeling" (1). Het Hof wenste *via* een doorgedreven vereenvoudiging van de marktanalyse de moeilijke knoop te ontwarren die was ontstaan door de veelheid en onoverzichtelijkheid van de economische gegevens waarmee het werd geconfronteerd. Het Hof ging dan verder met de uitwerking van wat het beschouwde als de fundamentele test van onwettelijkheid : „... Het overheersende thema dat de motivering van het Congres voor de amendementen in 1950 doorstroomde was de vrees voor een rijzende vloedgolf van economische concentratie in de Amerikaanse economie. Deze intense bekommernis van het Congres rechtvaardigt in bepaalde gevallen af te zien van de uitgebreide bewijsvoering over marktstructuur, marktgedrag of waarschijnlijke anticoncurrentiële gevolgen. Meer bepaald menen we dat een fusie die een onderneming voortbrengt, die een ontoelaatbaar percentage van de relevante markt beheerst en die uitmondt in een significante verhoging van de concentratie van de ondernemingen in die markt, uit haar aard zelf met zo'n grote waarschijnlijkheid de vrije mededinging in aanzienlijke mate zal aantasten, dat zij moet verboden worden, wanneer er geen bewijzen zijn die duidelijk aantonen dat het onwaarschijnlijk is dat de fusie zulke anticoncurrentiële gevolgen zal hebben" (2). Deze uitspraak wordt zo uitvoerig geciteerd omdat ze de kern vormt van een omwenteling in de interpretatie van artikel 7 van de *Clayton Act* waarbij het beginsel uitgedrukt in de wet, namelijk de bescherming van de vrije mededinging, wordt vernauwd tot het beginsel van de strijd tegen de economische concentratie. Men gaat daarbij principieel over van een studie van het markteffect en het marktgedrag

(1) 374 *U.S.* 321, 362.
(2) 374 *U.S.*, 321, 363.

(gevolg) naar een zuivere economische structuuranalyse (medeoorzaak) (1).

In zijn formele bewoordingen heeft het Opperste Gerechtshof nog vastgehouden aan de test van de vrije mededinging maar bepaalde vormen van fusies en combinaties acht het uit hun aard zelf zo anticoncurrentieel dat zij voortaan zullen beschouwd worden als een overtreding van de *Clayton Act*, tenzij de verweerder met economische argumenten overtuigend het tegendeel kan aantonen. Het Hof heeft aldus een vermoeden in het leven geroepen dat bepaalde vormen van fusies en combinaties anticoncurrentieel werken, zonder dat hiervoor beslissende economische bewijsgrond bestaat en legt de last om het tegendeel te bewijzen op de verweerder. Dit betekent nog niet dat fusies en combinaties *per se* als overtredingen van de *Clayton Act* worden beschouwd, aangezien het bewijs tot het tegendeel nog is toegelaten. Omwille van de veelheid en de complexiteit van de economische gegevens die betrokken zijn in een fusie of combinatie, is het voor de verweerder evenwel praktisch onmogelijk op overtuigende wijze dit negatieve bewijs te leveren (2). Door het instellen van dit vermoeden vergemakkelijkte het Hof de bewijslast van de aanklager aanzienlijk. Als reden werd hierbij ingeroepen dat een fusie of combinatie mathematisch het aantal mededingers op de markt doet afnemen en dus de economische concentratie verhoogt en dat het de uitdrukkelijke wens was van het Congres om een einde te stellen aan de toenemende economische concentratie. Voor de aanklager blijft er enkel de verplichting te bewijzen dat er een strekking tot concentratie of een reeds gevestigde concentratie aanwezig is, en dat het marktaandeel van de fusionerende vennootschappen

(1) SHEEHY, J. E., (*citing Corwin Edwards*), *The test of illegality under section 7 of the Clayton Act*, 3 *A.T. Bull.* 491, 498 (1958); — *Comment, o.c.*, 68 *Yale L.J.* 1627; — HOUGHTON, H. F., *The anatomy of a merger*, 6 *A. T. Bull.* 131 (1961); — ROWE, F. M., *o.c.*, 47 *A.B.A.J.* 1074, 1077; — FISHER, W., in BLAIR, FISHER and AUSTERN, *Antitrust and economic structure*, 28 *Distr. Col. B.A.J.* 347, 355. Deze verschuiving in interpretatie weerspiegelt zich eveneens in de zogenaamde *Merger guide lines* uitgegeven door het *Department of Justice*, No. 2 *General Enforcement Policy*: „Within the overall scheme of the Department's antitrust enforcement activity, the primary role of section 7 enforcement is to preserve and to promote market structures conductive to competition. Market structure is the focus of the Department's merger policy chiefy because the conduct of the individual firm in a market, tends to be controlled by the structure of that market, i.e. by those market conditions which are fairly permanent or subject only to slow change (such as principally, the number of substantial firms selling in the market, the relative sizes of their respective market shares and the substantialty of barriers to the entry of new firms in the market)".

(2) BOK, D., *Section 7 of the Clayton Act and the merging of law and economics*, 74 *Harv. L. Rev.* 226 (1960).

aanzienlijk is, bewijs dat vrij gemakkelijk te leveren is op grond van een onderzoek van de economische structuur (1).

Het verleggen van de test van onwettelijkheid van de aantasting van de vrije mededinging naar de ontoelaatbare concentratie, gaat in tegen de uitdrukkelijke bewoordingen van de *Clayton Act*, maar is verdedigbaar in het licht van de allesoverheersende bekommernis van het Congres over het aanzwellende getij van economische concentratie (2). Deze test levert bovendien een praktisch hanteerbaar instrument op (3) om de toelaatbare van de ontoelaatbare fusies en combinaties te scheiden, terwijl de wettelijk voorgeschreven maatstaf zich binnen aannemelijke grenzen als onuitvoerbaar had gereveleerd.

D. U.S. *VS* VON'S GROCERY COMPANY, DE CONCENTRATIETEST

Deze test van onwettelijkheid werd verder gepreciseerd in U.S. *vs* Von's Grocery Company (4), waar het belang van de tendens tot en de graad van concentratie en de omvang van het marktaandeel nog sterker werden beklemtoond. Zonder onderzoek naar de feitelijke of waarschijnlijke anticoncurrentiële gevolgen besliste het Opperste Gerechtshof dat een fusie tussen Von's Grocery Company, de derde grootste supermarkt in Los Angeles en Shopping Bag's de zesde supermarkt in Los Angeles, die samen een marktaandeel hadden van 8,9 procent, een inbreuk betekende op de *Clayton Act*. De grondslag voor deze beslissing lag in wat het Hof beschouwde als de bedoeling van het Congres om te allen prijze een einde te stellen aan de economische concentratiebeweging door een groot aantal concurrenten te handhaven (5) : „Het (amendement) verruimde het toe-

(1) In U.S. *vs* Philadelphia National Bank waren deze structuurgegevens de volgende : 1) het aantal handelsbanken in de beschouwde markt was in twaalf jaar teruggelopen van 108 tot 42; 2) de twee grootste banken controleerden 59 procent van de markt en de vier grootsten 78 procent; 3) door de fusie ontstond een bank die alleen 36 procent van de markt controleerde.
De gevolgen van deze uitspraak werden althans voor fusies tussen banken gedeeltelijk teniet gedaan door de *Bank Merger Act* van 1966, waarin mits voorafgaande goedkeuring anticoncurrentiële fusies tussen banken worden toegestaan, wanneer het behoud van de dienstverlening aan cliënten meer gewicht heeft dan de schade toegebracht aan de vrije mededinging; — zie U.S. *vs* Third National Bank of Nashville 390 *U.S.* 171 (1968); — U.S. *vs* Phillipsburg National Bank and Trust Company, 38 *U.S. Law Week* 464 (1970).

(2) Brown Shoe Company *vs* U.S., 370 *U.S.* 294, 315 (1962).

(3) DEPARTEMENT OF JUSTICE, *Merger guidelines No.* 2 : „... an enforcement policy emphasizing a limited number of structural factors also facilitates both enforcement decision making and business planning...".

4) U.S. *vs* Von's Grocery Company, 384 *U.S.* 270 (1966).

(5) 384 *U.S.* 270, 276 : „In stating the purposes of this bill, both of its sponsors, Representative Celler and Senator Kefauver, emphasized this fear, widely shared by other members of Congress, that this concentration was rapidly driving the small businessman

passingsgebied (van artikel 7 van de *Clayton Act*) door niet alleen fusies te verbieden tussen concurrenten, wanneer als mogelijk gevolg daarvan de vrije mededinging aanzienlijk zou worden aangetast of een monopolie zou kunnen ontstaan, maar door alle fusies te verbieden die zulke gevolgen zouden hebben. Door het gebruik in artikel 7 van bewoordingen die niet alleen betrekking hebben op het feitelijke en onmiddellijke effect van een fusie maar die eveneens de gevolgen voor de vrije mededinging in de toekomst op het oog hebben, poogde het Congres de vrije mededinging tussen een groot aantal kleine handelaars te vrijwaren door een einde te stellen aan een tendens tot concentratie in het beginstadium vooraleer deze tendens volgroeid zou zijn tot het punt waar de markt werd overgelaten aan de greep van enkele grote vennootschappen" (1). „We staan hier voor een eenvoudig geval van twee sterke ondernemingen die fusioneren op een manier die ze nog machtiger maakt dan vroeger. Indien zo'n fusie ooit geen schending zou betekenen van artikel 7, dan vormt ze zeker een overtreding in een markt die gekenmerkt wordt door een lange en aanhoudende tendens naar minder en minder concurrenten eigenaars, wat precies de tendens uitmaakt waarvan het Congres verklaarde dat zij moest beëindigd worden" (2). „Het is voor ons voldoende dat het Congres vreesde dat een markt tezelfdertijd gekenmerkt door een aanhoudende daling van het aantal kleine handelszaken en een groot aantal fusies, langzaam maar onvermijdelijk zou veranderen van een markt met veel concurrenten van gelijke omvang naar een markt met enkele reuzen en dat de vrije mededinging hierdoor zou worden vernietigd. Het Congres heeft de *Celler-Kefauver Act* goedgekeurd om zulke vernietiging van vrije mededinging te voorkomen" (3).

Het Opperste Gerechtshof beroept zich op het vrijwaren van de

---

out of the market. The period from 1940 to 1947, which was at the center of attention throughout the hearings and debates on the Celler-Kefauver bill, had been characterized by a series of mergers between large corporations and their smaller competitors resulting in the steady erosion of the small independent business in our economy... The dominant theme pervading congressional consideration of the 1950 amendments was a fear of what was considered to be a rising tide of economic concentration in the American economy. To arrest this rising tide toward concentration into too few hands and to halt the gradual demise of the small businessman, Congress decided to clamp down with vigor on mergers"; — DEPARTEMENT OF JUSTICE, *Merger guidelines, No.* 2 : „... Thus for example, a concentrated market structure, where a few firms account for a large share of the sales, tends to discourage vigorous price competition by the firms in the market and to encourage other kinds of conduct, such as the use of inefficient methods of production or excessive promotional expenditures, of an economically undesirable nature".

(1) 384 *U.S.* 270, 277.

(2) 384 *U.S.* 270, 278.

(3) 384 *U.S.* 270, 278.

vrije mededinging in de toekomst (1), om in te grijpen in het heden tegen een fusie die plaats grijpt op een achtergrond van licht toenemende concentratie, omdat volgens het Hof een aanhoudende fusiebeweging één voor één de bestaande concurrenten zal uitschakelen, totdat er slechts enkele reuzenondernemingen overblijven en omdat vrije mededinging slechts kan bestaan tussen een groot aantal concurrenten van geringe omvang. De uitspraak in U.S. *vs* Von's Grocery Co, komt neer op een verbieden van een fusie tussen twee van de belangrijkste vennootschappen, die samen een marktaandeel van 8,9 procent verenigen in een markt met duizenden overblijvende concurrenten en een levendige mededinging, waarin de acht belangrijkste ondernemingen ongeveer 40 procent van de marktomzet controleren en waar er een tendens aanwezig is tot inkrimping van het aantal onafhankelijke concurrenten en een zeer lichte verhoging van het marktaandeel van de topondernemingen valt waar te nemen, zonder dat men onderzoekt of de fusie daadwerkelijk of potentieel een anticoncurrentieel effect heeft. Omdat de fusie zo'n afmetingen heeft, wordt zij uiteraard geacht de concurrentie aan te tasten, tenzij de verweerder het overtuigende bewijs zou leveren van het tegendeel (2).

De uitspraak in U.S. *vs* Von's Grocery Company is de bekroning van de *incipiency doctrine*, die iedere vorm van concentratie in de kiem wenst te smoren (3) en betekent een praktisch *per se* verbod tegen iedere fusie of combinatie van enig belang, die leidt tot horizontale integratie. Zij is het voorwerp geweest van scherpe en zeer ge-

(1) Brown Shoe Co. *vs* U.S., 370 *U.S.* 294, 332 : „It is true of course, that the statute prohibits a given merger only if the effect of that merger may be substantially to lessen competition. But the very wording of § 7 requires a prognosis of the probable future effect of the merger"; — HANDLER, M., ROBINSON, S., *o.c.*, 61 *Col. L. Rev.*, 629, 668.

(2) De feiten over concentratie en vrije mededinging in U.S. *vs* Von's Grocery Co. lagen als volgt : de twee fusionerende ondernemingen waren respectievelijk de derde (4,7 procent) en de zesde (4,2 procent) grootste onderneming in de markt; op het ogenblik van de fusie waren er in Los Angeles nog meer dan 3.900 (!) concurrenten; twee jaren voor de fusie hadden de vier belangrijkste supermarkten een gezamelijk marktaandeel van 24,4 procent en de twaalf grootste zaken hadden samen 48,8 procent; het aantal zaken met één winkel daalde van 1950 tot 1961 van 5.365 tot 3.818; het aantal zaken met meer dan één vestiging steeg evenwel in de periode van 1953 tot 1962 van 96 tot 150 en het aantal met slechts twee of drie vestigingen (kleine handelszaken) nam in dezelfde periode toe van 56 tot 104; het marktaandeel van de belangrijkste supermarkt *Safeway* daalde van 14 procent tot 8 procent van 1948 tot 1958; het marktaandeel van de twee grootste supermarkten daalde van 21 tot 14 procent; voor dezelfde periode steeg het marktaandeel van de twintig grootste supermarkten van 44 procent tot 57 procent; van deze twintig supermarkten waren zeven ondernemingen evenwel nieuwkomers die zich als nieuwe concurrenten hadden opgeworpen; — er werd niet betwist dat de fusie het niveau van de concurrentie niet onmiddellijk aantastte (zie 384 *U.S.* 270, 281).

(3) BOWMAN, W., *Incipiency, mergers and the size question*, 1 *A. T. Bull.* 533, 536 (1955); — KAHN, E., *Economic and legal approaches to antitrust, an attempt to clarify the issues*, 2 *A. T. Bull.* 267 (1957).

gronde kritiek met name vanwege de raadsheren Harlan en Stewart (1) en moet dan ook beschouwd worden als het eindpunt van het juridisch haalbare in de strijd tegen economische horizontale integratie (2). Een aanval op fusies van vennootschappen met nog kleinere marktaandelen zou stuiten op de toepassing van de *de minimis* regel die

(1) Raadsheer STEWART maakte bezwaar tegen de vereenvoudiging van de probleemstelling door het uitschakelen van ingewikkelde economische gegevens, eiste een volledig onderzoek van de economisch context van de industrie waarin de fusie zich had voorgedaan, en beklemtoonde dat de wet er niet was om bepaalde concurrenten maar wel om de concurrentie in het algemeen te beschermen : „First the standards of § 7 require that every corporate acquisition be judged in the light of the contemporary economic context of its industry. Second, the purpose of § 7 is to protect competition, not to protect competitors, and every § 7 case must be decided in the light of that clear statutory purpose" (384 *U.S.* 270, 282). De geldigheid van de theorie dat vrije mededinging gelijk staat met een gedeconcentreerde markt van talrijke kleine concurrenten werd eveneens in twijfel getrokken : „The Court makes no effort to appraise the competitive effects of this acquisition in terms of the contemporary economy of the retail food industry in the Los Angeles area. Instead through a simple exercise in sums, it finds that the number of individual competitors in the market has decreased over the years and, apparently on the theory that the degree of competition is invariably proportional to the number of competitors it holds that this historic reduction in the number of competing units is enough under § 7 to invalidate a merger within the market, with no need to examine the economic concentration of the market, the level of competition in the market, or the potential adverse effect of the merger on that competition" (384 *U.S.* 270, 282). Raadsheer Stewart vervolgde dan met een indrukwekkend nauwkeurige analyse van de markt, waarin hij overtuigend aantoonde dat van enige aantasting van vrije mededinging of zelfs van enige vorm van concentratie geen sprake kon zijn : „And most important of all, the record simply cries out that the numerical decline in the number of single-store owners is the result of transcending social and technological changes that positively preclude the inference that competition has suffered because of the attrition of competitors" (384 *U.S.* 270, 289). „The large number of separate competitors and the frequent price battels between them belie any suggestion that price competition in the area is even remotely threatened by a descent to the sort of consciously interdependent pricing that is characteristic of a market turning the corner toward oligopoly" (384 *U.S.* 270, 300). Zijn meest fundamentele kritiek was evenwel gericht tegen de verschuiving van de test van onwettelijkheid : „Under § 7 as amended, a merger can be invalidated if and only if, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly" (384 *U.S.* 270, 283). In weerwil van de nadruk die het Congres legde op de dreiging van de economische concentratie heeft het volgens raadsheer Stewart, de tendens tot concentratie zelf nooit tot de formeel wettelijke maatstaf van de overtreding verheven. „Untroubled by the language of § 7, its legislative history, and the cases construing either that section or any other provision of the antitrust laws, the Court grounds its conclusion solely on the impressionistic assertion that the Los Angeles retail food industry is becoming concentrated, because the number of single store concerns has declined". „Nothing in the present record indicates that there is more than an ephemeral possibility that the effect of this merger may substantially lessen competition. Section 7 clearly takes reasonable probability as its standard. That standard has not been met here" (384 *U.S.* 303, 304). Raadsheer Stewart wees erop dat deze uitspraak gevaren inhield voor de vrije mededinging die zij meende te bevorderen, omdat de succesvolle kleine en middelgrote ondernemingen waarvan een sterke concurrentiële stroming uitgaat juist door dit soort beslissingen worden afgeschrikt om samen te spannen en hun concurrentiële slagvaardigheid te vergroten.

(2) In de zaak Foremost Dairies (60 *F.T.C.* 944, 1067 (1966)) ging de *Federal Trade Commission* nog een stap verder met het argument dat zelfs wanneer de fusie plaats vond in een markt waar zich een tendens tot deconcentratie voordeed, zij nog buiten de wet kon worden gesteld omdat de deconcentratiebeweging nog sneller zou zijn doorgegaan, indien de fusie niet had plaats gevonden.

vastgegroeid is in alle geledingen van het Amerikaanse recht en die het principe huldigt dat beneden een bepaalde drempel het maatschappelijk belang van de betwisting geen rechtsvervolging rechtvaardigt volgens de rechtspreuk *de minimis non curat praetor*. Fusies of combinaties tussen vennootschappen die ieder één à twee procent van de markt vertegenwoordigen kunnen niet redelijkerwijs beschouwd worden als een bedreiging voor de vrije mededinging in een markt die concurrentieel is op het ogenblik van de fusie (1).

§ 2. De verticale integratie

De verticale integratie bestaat in een fusie of combinatie van twee ondernemingen die niet in een concurrentiële verhouding staan, waarbij de ene optreedt als aanbieder of producent van bepaalde produkten of diensten en de andere als vrager of consument van diezelfde produkten of diensten (2). Het gaat dus om ondernemingen waarvan de activiteiten kwalitatief verschillen en die ieder opeenvolgende stadia vertegenwoordigen in het produktie- of distributieproces. Een klassiek voorbeeld is de overname door een producent van ruw staal, van een onderneming voor metaalbouw en mechanische constructies waarin ruw staal wordt verwerkt.

A. DE MAATSTAVEN VOOR HET VASTSTELLEN VAN DE INBREUK

Bij het beoordelen van de verschillende vormen van verticale integratie valt het nog moeilijker aan te tonen, dan bij de horizontale integratie, dat de vrije mededinging door een bepaalde fusie of combinatie ernstig wordt aangetast. Omdat de fusionerende ondernemingen uiteraard geen concurrenten zijn kan men niet beweren dat er concurrenten worden uitgeschakeld, dat het marktaandeel van de fusionerende ondernemingen stijgt of dat de concentratie in de afzetmarkt toeneemt. Alhoewel de tendens tot, en de graad van concentratie, evenals het percentage van het marktaandeel een belangrijke rol blijven spelen bij het vaststellen van inbreuken, beperkt de beoordeling bij verticale integratie zich niet tot een economisch rekensommetje (3). Het behoud van de vrije mededinging wordt bij de

(1) DEPARTMENT OF JUSTICE, *Merger guidelines No. 7, Market with trend toward concentration* : „The Department will ordinarily challenge any acquisition by any firm in a grouping of such largest firm showing the requisite increase in market share, of any firm whose market share amounts to approximately 2% or more".

(2) TURNER, D., *Conglomerate mergers and Section 7 of the Clayton Act*, 78 *Harv. L. Rev* 1313, 1314 (1965).

(3) 384 *U.S.* 270, 282.

verticale integratie mede bepaald door een aantal andere factoren, zoals de aanwezigheid van potentiële concurrenten, de aanwezigheid van *toetredingsdrempels*, het afsluiten van de afzetmarkten en distributiekanalen (*market foreclosure*), het beschikken over belangrijke financiële reserves (*deep pocket doctrine*), onrechtstreekse bevoordeliging in koop- en verkoopcontracten door verplichte afneming (*reciprocity buying*), het verbeteren van de concurrentiële positie door het verwerven van vaste afzetmarkten en het concurrentieel herstel door fusie of combinatie van economisch verzwakte ondernemingen (*failing company defense*). Het hoeft geen betoog dat een aantal van deze factoren ook een rol spelen in de horizontale integratie en in de conglomeratie. Met name de theorieën over de *deep pocket* en *reciprocity buying* zullen besproken worden in verband met de conglomeratie, omdat zij vooral daar tot hun recht komen. De theorieën over de *failing company defense* en het verbeteren van de concurrentiële positie door fusie van kleinere ondernemingen worden buiten beschouwing gelaten, omdat zij slechts een zeer beperkte draagwijdte hebben (1). Het betrekken van al deze factoren in de beoordeling van de verticale integratie heeft geleid tot meer evenwichtige uitspraken die economisch en juridisch bevredigender zijn dan de laatste uitspraken over horizontale integratie. Brown Shoe, Inc. *vs* U.S. (2) de eerste uitspraak voor het Opperste Gerechtshof over een vorm van verticale integratie, evenwel gemengd met vormen van horizontale integratie, illustreert zeer goed deze evenwichtige beoordeling (3) waarin de tendens tot concentratie en het percentage van het marktaandeel wel een belangrijke maar niet de hoofdrol spelen : „Vermits de vermindering van de hevigheid van de mededinging die kan voortvloeien uit een verticale overeenkomst, in de eerste plaats het resultaat is van het afsluiten van een gedeelte van de markt dat anders zou openliggen voor concurrenten, is de omvang van het marktaandeel dat wordt afgesloten, een belangrijke factor in de vaststelling of een verticale overeenkomst een aanzienlijke vermindering van de vrije mededinging of het ontstaan van een monopolie inhoudt" (4). Nochtans zal deze factor op zichzelf zelden beslissend zijn : „In zulke gevallen wordt het een noodzaak

(1) International Shoe Company *vs* F.T.C., 280 *U.S.* 291 (1930); — Citizen Publishing Company *vs* U.S., 394 *U.S.* 131 (1969); — U.S. Steel Corporation *vs* F.T.C., 38 *U.S. Law Week* 2605 (1970); — Bok, D. C., *The failing company defense*, 74 *Harv. L. Rev.* 226 (1960).

(2) Brown Shoe Inc. *vs* U.S., 370 *U.S.* 294 (1962).

(3) Rahl, J. A., *Current antitrust developments in the merger field*, 8 *A.T. Bull.* 493 (1963); — Mueller, W. F., *The current merger movement and public policy*, 8 *A.T. Bull.* 629 (1963).

(4) 370 *U.S.* 294, 328.

verschillende economische en historische factoren na te gaan om vast te stellen of de overeenkomst die aan een onderzoek wordt onderworpen van het type is dat het Congres poogde te verbieden" (1). Het Hof onderzocht dan ook de aard en de doelstellingen van de fusie, de mogelijkheid dat de concurrentie zou worden verscherpt door een fusie van twee kleine ondernemingen of door een fusie met een economisch verzwakte onderneming en natuurlijk eveneens de tendens tot en de graad van economische concentratie (2).

B. HET AFSLUITEN VAN AFZETMARKTEN

Het hoofdargument tegen de verticale integratie in de fusie was evenwel dat Brown Shoe hierdoor Kinney definitief uitschakelde als een mogelijke afnemer voor andere schoenenfabrikanten, die zelf geen rechtstreekse distributiekanalen hadden (3). De redenering die hierbij gevolgd werd luidde als volgt : door de overname van een distributieonderneming voor zijn produkten is de producent in staat een gedeelte van zijn produkten af te zetten zonder bij de overdracht naar de distributiekanalen blootgesteld te zijn aan de concurrentiële druk van andere producenten. Door alle distributieondernemingen in een industrie onder zijn controle te brengen, zou een bepaalde producent alle andere concurrerende ondernemingen in de grond kunnen boren, niet wegens enige bijkomende concurrentiële verdienste, maar gewoon door de concurrerende producenten de toegang te ontzeggen tot de distributiekanalen die door een bepaalde

(1) 370 *U.S.* 294, 329.

(2) De cijfergegevens over de economische concentratie en de omvang van het marktaandeel lieten evenwel geen andere keuze dan te zoeken naar bijkomende anticoncurrentiële elementen. Net voor de fusie tussen Brown Shoe en Kinney waren er niet minder dan 970 onafhankelijke schoenfabrikanten en waren er ongeveer 70.000 zelfstandige distributiepunten voor schoenen, waarvan er 22.000 als gespecialiseerde schoenwinkels werden gecatalogeerd, een aantal dat iedere bewering over een geconcentreerde markt ontzenuwde. De opgeslorpte vennootschap G. R. Kinney Company Inc. had een marktaandeel van amper 1,2 procent van de nationale markt in de detailhandel van schoenen en een aandeel van 0,5 procent in de nationale produktie van schoenen. Alleen op het vlak van de horizontale integratie legden de cijfers van het marktaandeel van beide vennootschappen, als detailhandelaars in schoenen, meer gewicht in de schaal : Brown Shoe en Kinney samen controleerden 7,2 procent van alle gespecialiseerde schoenzaken in de Verenigde Staten, maar slechts 2,3 procent van alle distributiepunten voor schoenen. In 32 steden hadden zij een gecombineerd marktaandeel van meer dan twintig procent van de totale verkoop in damesschoenen.

(3) Zie eveneens : U.S. *vs* Kimberly Clark, *Trade Reg. Rep., CCH*, 72.018; — U.S. *vs* Aluminum Company of America, 233 *F. Supp.* 718 en 247 *F. Supp.* 308 (1964); — U.S. *vs* Standard Oil Company of New Jersey, 253 *F. Supp.* 196 (1966).

producent volledig worden gecontroleerd (1). Het afsluiten van de afzetmarkt is geen beslissend argument, omdat de doeltreffendheid van zulke afsluiting bepaald wordt door een aantal andere factoren zoals: 1) het doelbewust beleid van de producent om de distributiekanalen uitsluitend aan zijn eigen produkten voor te behouden; 2) de graad van concentratie in de distributie- en de produktiesector, en het bestaan van een tendens tot concentratie in beide sectoren; 3) het bestaan van een tendens tot verticale integratie van distributie- en produktiesectoren in de industrie als een geheel; 4) het marktaandeel van het afgesloten distributiekanaal in de distributiesector en het marktaandeel van de producent in de produktiesector; 5) het bestaan van hinderpalen of toetredingsdrempels op het niveau van de distributiekanalen.

C. DE POTENTIËLE CONCURRENTIE

De jurisprudentie heeft artikel 7 van de *Clayton Act* niet alleen gebruikt om de vrije mededinging in het heden en de toekomst te vrijwaren, maar ook om de zogenoemde potentiële concurrentie veilig te stellen door te beletten dat de toetredingsdrempels tot een bepaalde markt te hoog zouden komen te liggen, zodat van buiten uit geen nieuwe ondernemingen meer tot die markt zouden worden aangetrokken (2).

De potentiële concurrentie bestaat in de onrechtstreekse concurrentiële druk die wordt uitgeoefend op de feitelijke mededingers in de markt door ondernemingen in aanverwante markten en industrieën, die omwille van hun produktie of hun marktorganisatie, de gericht-

(1) 370 *U.S.* 294, 332, 334 : „The existence of a trend toward vertical integration, which the District Court found, is well substantiated by the record. Moreover, the court found a tendency of the acquired manufacturers to become increasingly important sources of supply for their acquired outlets. The necessary corollary of these trends is the foreclosure of independent manufacturers from markets otherwise open to them. And because these trends are not the product of accident but are rather the result of deliberate policies of Brown and other leading shoe manufacturers account must be taken of these facts in order to predict the probable future consequences of this merger". „... the shoe industry is being subjected to... a cumulative series of vertical mergers which if left unchecked, will be likely „substantially to lessen competition". We reach this conclusion because the trend toward vertical integration in the shoe industry, when combined with Brown's avowed policy of forcing its own shoes upon its retail subsidiaries, may foreclose competition from a substantial share of the market for men's, women's, and children's shoes, without producing any countervailing competitive, economic or social advantages".

(2) U.S. *vs* El Paso Natural Gas Co., 376 *U.S.* 651 (1964); — U.S. *vs* Penn-Olin Chemical Co., 378 *U.S.* 158 (1964); — U.S. *vs* Continental Can Co., 378 *U.S.* 441 (1964); — U.S. *vs* Standard Oil Company of New Jersey, 253 *F. Supp.* 196 (1966); — F.T.C. *vs* Procter & Gamble Co. 386 *U.S.* 568 (1967); — F.T.C. *vs* Bendix Corporation, 38 *U.S. Law Week* 2704 (1970); — *anders* : U.S. *vs* Wachovia Corporation, 38 *U.S. Law Week* 2694 (1970); — zie eveneens : RAHL, R. A., *Applicability of the Clayton Act tot potential competition*, 12 *A.B.A. Antitrust Section Report* 128 (1958).

heid van hun research, hun aanzienlijke financiële middelen of de gelijkenis van de door hen gebruikte technieken en *know how*, en in het algemeen omwille van hun ondernemingsstructuur in aanmerking komen om in actieve mededinging te treden zodra de winstmarges in de relevante markt voor hen aantrekkelijk zouden worden. Hierdoor worden de eigenlijke mededingers ervan weerhouden de prijzen onnodig op te drijven, of de dienstverlening aan de cliënten te verwaarlozen (1). Raadsheer Clark drukte dit uit als volgt : „De aanwezigheid van een agressieve, goed uitgeruste en goed gefinancierde onderneming in dezelfde of aanverwante lijnen van economische bedrijvigheid, die er verlangend naar uitziet om een oligopolistische markt binnen te dringen zou een belangrijke aansporing tot concurrentie zijn, die niet kan onderschat worden" (2). Het is duidelijk dat fabrikanten en producenten vaak de aangewezen potentiële concurrenten zullen zijn voor de ondernemingen die bedrijvig zijn in de distributiesector, zodat bij verticale integratie de uitschakeling van potentiële concurrenten een belangrijke rol zal spelen vanaf het ogenblik dat er belangrijke toetredingsdrempels tot de distributiesector bestaan. Het uitschakelen van een potentiële concurrent door fusie of combinatie vermindert het gevaar van een concurrentiële aanval op een bepaalde industrietak van buiten uit en geeft meer vrijheid van handelen aan de eigenlijke concurrenten, vooral wanneer deze bedrijvig zijn in een dicht geconcentreerde markt. De potentiële concurrentie heeft evenwel slechts betekenis wanneer er een toetredingsdrempel is van enig belang (3). Deze toetredingsdrempel kan allerlei vormen aannemen : schaarste aan financiële middelen, de noodzaak te beschikken over een uitgebreid distributienet of een volwaardige verkoopsorganisatie, het ontbreken van technische *know-how*, de beperking door octrooien opgelegd aan de industriële uitbating van uitvindingen, de noodzaak van grote reclamecampagnes,

(1) U.S. *vs* El Paso Natural Gas Co., 376 *U.S.* 651, 659, 660 : „The effect on competition in a particular market through acquisition of another company is determined by the nature or extent of that market and by the nearness of the absorbed company to it, that company's eagerness to enter that market, its resourcefulness and so on". „We would have to wear blinders not to see that the mere effects of Pacific Northwest to get into the California market, ..., though unsuccessful, had a powerful influence on El Paso's business attitudes within the State"; — U.S. *vs* Penn Olin Chemical Co., 378 *U.S.* 158, 174 : „Nevertheless, potential competition... as a substitute for... actual competition may restrain producers from overcharging those to whom they sell or underpaying those from whom they buy... Potential competition, insofar as the threat survives..., may compensate in fact for the imperfection characteristic of actual competition in the great majority of competitive markets" citing WILCOX, *Competition and monopoly in american industry, TNEC Monograph* No 21, 7-8, (1940).

(2) 378 *U.S.* 158, 174.

(3) ASCH, P., *o.c.*, 12 *A. T. Bull.* 865, 869.

de prijzenoorlog die wordt gevoerd tegen nieuwkomers in de industrie, enz. Wanneer men in een bepaalde industrietak een onderneming kan opzetten zonder te stuiten op hoge toetredingsdrempels, zullen de potentiële concurrenten zo talrijk zijn dat de uitschakeling van één van hen geen invloed zal uitoefenen op de vrije mededinging in de onderzochte markt (1).

De vraag die dan moet onderzocht worden in verband met de potentiële concurrentie is op grond van welke maatstaven een onderneming als potentiële concurrent in aanmerking wordt genomen. Men kan hierbij uitgaan van de werkelijke bedoeling van de onderneming om een bepaalde industrie binnen te dringen, zoals die bedoeling naar voren komt in documenten, die het inzicht van de leiding van de onderneming weerspiegelen om een nieuwe industrietak binnen te rukken (*subjectieve bewijsvoering*). Men kan ook afgaan op de aard van de produktie- en verkoopsorganisatie van de onderneming, de richting van de research, haar financiële mogelijkheden, de technische complementariteit van haar produkten en het feit dat de onderneming af en toe actief heeft deelgenomen aan de mededinging in de industrietak, elementen die het waarschijnlijk maken dat de onderneming *via* interne expansie die industrietak zou zijn binnengedrongen, ongeacht de bedoeling van haar leiding zoals die tot uiting komt in geschreven documenten en getuigenissen (*objectieve bewijsvoering*). In U.S. *vs* Penn Olin Chemical Company, besliste het Opperste Gerechtshof dat potentiële concurrentie niet aan een subjectieve test kan onderworpen worden (2). Alhoewel een speciaal rapport met een gunstig advies voor het starten van een nieuwe industrie door de leiding van Olin formeel werd verworpen (3), stoorde het Hof zich niet aan de beslissing van de ondernemingsleiding en achtte het voldoende objectieve omstandigheden aanwezig om te kunnen besluiten dat Olin als een potentiële concurrent moest worden beschouwd (4).

(1) BOWMAN, W., *o.c.*, 1 *A. T.* 533, 539.

(2) 378 *U.S.* 158, 174.

(3) 378 *U.S.* 158, 167.

(4) 378 *U.S.* 158, 175 : „Unless we are going to require subjective evidence, this array of (objective) probability certainly reaches the prima facie stage. As we have indicated, to require more would be to read the statutory requirement of reasonable probability into a requirement of certainty. This we will not do; — F.T.C. *vs* Procter & Gamble Company, 386 *U.S.* 568, 580 : „The Commission also found that the acquisition of Clorox by Procter & Gamble eliminated Procter as a potential competitor. The Court of Appeals declared that this finding was not supported by evidence because there was no evidence that Procter's management had ever intended to enter the industry independently and that Procter had never attempted to enter. The (objective) evidence, however clearly shows that Procter was the most likely entrant".

Het onderzoek naar de argumentatie in uitspraken over verticale integratie, toont aan dat deze argumentatie veel genuanceerder is en minder nadruk legt op de cijfergegevens over concentratie dan in de uitspraken over horizontale integratie. De vrije mededinging wordt evenmin nog exclusief beschouwd in functie van de prijsvorming in, en het aantal concurrenten op de markt. Elementen als potentiële concurrentie, werving door reclame en toegankelijkheid van afzetmarkten spelen eveneens een rol bij het afwegen van de beslissing. Deze tendens tot een terugkeer naar een meer uitvoerige economische motivering van de anticoncurrentiële gevolgen van fusies of combinaties komt nog sterker tot uiting in de beslissingen inzake zogenoemde conglomeraties.

§ 3. De conglomeratie

A. BEPALING VAN DE CONGLOMERATIE, HET VERBAND MET DE VRIJE MEDEDINGING

De conglomerate vorm van concentratie kan enkel negatief volledig omschreven worden als die fusies en combinaties die niet kunnen herleid worden tot een van de vormen van horizontale of verticale integratie (1). In principe bestaat de conglomeratie in een fusie of combinatie tussen twee ondernemingen die zowel wat de markt voor hun eindprodukt als de aard van hun bedrijvigheid betreft, geen enkel economisch functioneel verband vertonen, zoals bijvoorbeeld een fusie tussen een scheepswerf en een bloembollenkwekerij. De horizontale vormen en verticale vormen van economische integratie waarbij ondernemingen worden gefusioneerd die ofwel gelijkaardige produkten verkopen in dezelfde of overlappende markten, ofwel bedrijvig zijn in verschillende stadia van produktie of distributie van gelijkaardige produkten worden gekenmerkt door een groot aantal convergerende of parallelle bedrijfseconomische relaties. Bedrijfseconomisch kan men deze horizontaal of verticaal geïntegreerde ondernemingen met betrekkelijk weinig moeite ombouwen tot een gestroomlijnd geheel, omdat zij kunnen steunen op dezelfde ervaring voor een groot aantal elementen van hun bedrijfsactiviteit zoals *marketing* en produktietechniek, of omdat zij elkaar bedrijfsecono-

(1) *Note, Conglomerate mergers, the attack on diversification,* 25 *Pitt. L. Rev.* 683, 685 (1964); — TURNER, D., *o.c.,* 78 *Harv. L. Rev.* 1313, 1314; — MUELLER, W. F., *Mergers among large firms, hearings on economic concentration, Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Senate Committee on the Judiciary,* 89th. Cong. 1st. *Sess.* 515, 520 (1965); — DAVIDOW, J., *o.c.,* 68 *Col. L. Rev.* 1231, 1232.

misch aanvullen met bijvoorbeeld complementaire octrooien of licenties, complementaire marktorganisaties of produktieafdelingen.

Het uitbaten van de bedrijfseconomische relaties die fusionerende ondernemingen bezitten, verleent deze een relatief concurrentieel voordeel tegenover de andere ondernemingen op de markt. De aanwezigheid van bedrijfseconomische relaties laat toe in de conglomerate fusies nog een onderscheid te maken tussen :

- marktverruimende fusies (*market extension mergers*);
- produktieverruimende fusies (*product extension mergers*);
- zuiver conglomerate fusies (*pure conglomerate mergers*).

De marktverruimende en produktieverruimende fusies of combinaties bevatten in principe nog enkele mogelijke convergerende of parallellopende bedrijfseconomische relaties, terwijl er tussen ondernemingen die fusioneren tot een zuiver conglomeraat in principe geen enkele bedrijfseconomische relatie bestaat. Bij marktverruimende fusies gaat het om twee ondernemingen die eenzelfde of een gelijkaardig produkt op de markt brengen in twee geografisch verschillende markten, bijvoorbeeld een zuivelbedrijf dat Charleroi en omgeving van melk bedient en een zuivelbedrijf dat Groningen van melk bedient (1). Vermits beide ondernemingen in hetzelfde produkt handelen is er ruimte voor uitwisseling van ervaring in produktietechnieken, verkoopspromotie, distributieorganisatie, enz. Bij de produktieverruimende fusies gaat het om twee ondernemingen die goederen of diensten verhandelen die te sterk verschillen om tot eenzelfde relevante markt te behoren, maar die voldoende verband met elkaar houden om de toepassing mogelijk te maken van dezelfde produktie- en verdelingstechnieken, bijvoorbeeld een fusie tussen een fabrikant van zeeppoeder en een fabrikant van detergerende reinigingsmiddelen (2). Bij de zuiver conglomerate fusies of combinaties bestaan deze bedrijfseconomische relaties in principe niet en in talrijke conglomeraten worden de verschillende ondernemingen ondergebracht in afzonderlijke dochtervennootschappen die ieder een volledige zelfstandigheid bewaren in hun bedrijfseconomische beslissingen.

Bij zuivere conglomeraten hebben de fusionerende vennootschappen zo'n uiteenlopende bedrijvigheid dat er geen bedrijfseconomisch en

(1) LOESCHER, S., *Geographical market extension acquisitions, Hearings on Economic Concentration, Subcommittee on Antitrust and Monopoly, Senate Committee on the Judiciary*, 89th *Cong.*, 1st. *sess.* 830, 840; — *in the matter of National Tea Company, CCH Trade Cases*, 17463 (1966).

(2) F.T.C. *vs* Procter & Gamble Company, 386 *U.S.* 568 (1967).

dus ook geen concurrentieel verband tussen hen bestaat (1). Een antitrustwet waarvan de formele maatstaf voor inbreuken bestaat uit de aantasting van de vrije mededinging, kan moeilijk gebruikt worden om een fusie te verbieden die geen verband heeft met de vrije mededinging en die zowel het aantal concurrenten op de markt als de structuur van de industrie in het algemeen ongewijzigd laat. Deze moeilijkheid wordt nog versterkt omdat de meeste conglomeraten niet tot stand komen om een concurrentieel voordeel te halen, of om het economisch rendement te verhogen maar om zuiver financiële en fiscale redenen die met de vrije mededinging geen uitstaans hebben (2). Zowel in financiële kringen als in het Congres werd deze

(1) DAVIDOW, J., *o.c.*, 68 *Col. L. Rev.* 1231, 1237.

(2) BUTTERS, J. K., LINTNER, J., CARY, W., *Effects of taxation on corporate mergers*, Boston, 1951; — LINTNER, J., BUTTERS, J., *Effects of taxes on concentration*, in *Business Concentration and Price Policy* (1955); — BLAKE, M. F., *Taxes and mergers*, 102 *Jl. of Accy* 27 (1956); — HELLERSTEIN, J. R., *Mergers taxes and realism*, 71 *Harv. L. Rev.* 254 (1957); — BOSLAND, C. C., *Has estate taxation induced recent mergers?*, 16 *Nat. Tax. J.* 159 (1963); — RAY, M. R., *The corporate urge to merge, Business Planning and Tax Necessities*, 15 *Tul. Tax Inst.* 279 (1966); — DAVIDOW, J., *o.c.*, 68 *Col. L. Rev.* 1231, 1238; — COHEN, S. S., *Conglomerate mergers and taxation*, 55 *A.B.A.J.* 40 (1969). Fiscale en financiële redenen die een rol spelen zijn a) de verschillen in *price-earnings* ratios van de op de beurs verhandelde aandelen; b) de aftrekbaarheid van belastingen van interest-terugbetalingen; c) de technieken van *pooling accounting*.

a) De prijzen van de aandelen die op de beurs genoteerd zijn kunnen worden uitgedrukt door het bedrag van de jaarlijkse winst van de vennootschap per aandeel vermenigvuldigd met een coëfficiënt die bepaald wordt door de verhouding aandelenprijs — jaarlijks winstbedrag per aandeel (*price-earnings ratio*). De *price-earnings* ratio verschilt voor iedere vennootschap afzonderlijk. De winsten van vennootschappen die agressief optreden en gericht zijn op fusies en combinaties met een hoog potentieel voor economische groei en speculatiewinst worden door het beleggend publiek hoog gewaardeerd wat uitmondt in een hoge *price-earnings* ratio. Andere vennootschappen beklemtonen meer constante en relatief hoge dividendenopbrengst en hechten minder belang aan de economische groei. Omdat voor deze vennootschappen geen sterke groeiverwachtingen bestaan, worden hun winsten relatief laag gewaardeerd door het beleggend publiek wat uitmondt in lagere *price-earnings* ratio's. Het relatieve verschil in *price-earnings* ratio's stelt de groeigerichte vennootschappen in staat de aandelen van de dividendgerichte vennootschappen over te nemen aan zeer gunstige ruilvoeten; wanneer zij worden overgenomen genieten de aanzienlijke winsten van de dividendgerichte vennootschappen van de hoge *price-earnings* ratio van de groeigerichte vennootschappen, wat zich weer reflecteert in hogere beursprijzen voor de aandelen van deze laatsten. Dit is voor de groeigerichte vennootschap een stimulans om over te gaan tot verdere fusies en combinaties.

b) De overname van aandelen van een vennootschap gebeurt vaak in ruil voor obligaties met hoge rentevoeten uitgegeven door de overnemende vennootschap. De terugbetaling van de hoofdsom en de interesten van de obligatielening wordt gefinancierd met de winsten van de overgenomen vennootschap, zodat deze in feite haar eigen overname financiert. De interesten zijn voor de overnemende vennootschap bovendien aftrekbaar van de vennootschapsbelasting.

c) De fusie of combinatie van vennootschappen wordt boekhoudkundig weergegeven door *purchase* of *pooling accounting*. Bij *pooling accounting* worden de bestaande boekwaarden van de respectieve activa van beide bennootschappen samengevoegd, waardoor men het boeken van *good-will* en meerwaarden ter gelegenheid van de fusie of combinatie vermijdt. Hierdoor blijft het bedrag van de afschrijvingen laag, wat een hoger winstcijfer oplevert in de vennootschapsbalans, zodat de gefusioneerde vennootschap voor de beleggers economisch meer rendabel lijkt.

financiële en fiscale motivering voor de fusiebeweging onderkend en zocht men naar alternatieven, om buiten de antitrustwetgeving om, de conglomerate concentratie met fiscale of financiële maatregelen tot staan te brengen (1).

B. DOELTREFFENDHEID VAN DE BESTAANDE WETGEVING

De antitrust-afdeling van het Departement van justitie beschouwde de conglomeraties als een fusiebeweging die even goed als alle andere vormen van concentratie onder de toepassing viel van de *Clayton Act*. Het eigen karakter van de zuivere conglomerate fusies werd evenwel impliciet erkend door het feit dat het Departement van justitie rechtsvervolging beperkte tot gevallen van marktverruimende of produktieverruimende fusies. Algemeen werd aangenomen dat de opdracht, die bij de wijziging van artikel 7 van de *Clayton Act* door het Congres werd verleend, te vaag was om zuivere conglomerate fusies aan te vallen op grond van hun vermeende aantasting van de vrije mededinging (2). Omdat de bestaande wetgeving formeel was gesteld in termen van monopolie en de aantasting van de vrije mededinging, termen die blijkbaar geen vat hadden op conglomerate fusies en combinaties, achtte men het invoeren van nieuwe wetgeving noodzakelijk om met succes een aanval op de zuivere conglomeraten te kunnen uitvoeren.

Begin 1969 heeft de antitrust-administratie haar afwachtende houding verlaten en is zonder de steun van nieuwe wetgeving toch tot de

(1) BUDGE, H. H., (*Chairman of the Securities and Exchange Commission*), *Hearings on Corporate Acquisitions and Concentration, House Ways and Means Committee*, 91st. *Cong.*, 1st. *sess.*, March 12, 1969; — MILLS, W., Voorzitter van het *House Ways and Means Committee*, diende in 1969 een wetsvoorstel in om de aftrekbaarheid van belastingen van interest betalingen op obligaties, die bij een overname waren aangeboden in ruil voor aandelen, te beperken; — zie : BITTKER, B. I., *Proposed legislative restrictions on acquisitions of stock by conglomerate corporations*, 30 *Jl. of Tax.* 354 (1969); — *Rep.* Wright PATMAN, *House Banking and currency committee, Cong. Rec. House*, Frebuary 17, 1969, *Vol.* 115 No. 27, 902, 903.

(2) BOWMAN, W. S., *o.c.*, 1 *A.T. Bull.* 533, 541; — CLARK, R. C., *o.c.*, 36 *Notre Dame L.* 255, 259; — DAVIDOW, J., *o.c.*, 68 *Col. L. Rev.*, 1231, 1239; — U.S. *vs* International Telephone and Telegraph Company, 38 *U.S. Law Week* 2245, 2246 (1969) : „The alleged adverse effects of economic concentration brought about by merger activity, especially merger activity of large diversified corporations such as ITT, arguably may be such that, as a matter of social and economic policy, the standard by which the legality of the merger should be measured under the antitrust laws is the degree to which it may increase economic concentration, not merely the degree to which it may lessen competition. If the standard is to be changed, however, in the opinion of this court it is fundamental under our system of government that that determination be made by the Congress and not by the courts"; — McLAREN, R., 50*th. Federal Bar Convention*, 39 *U.S.L. Week* 2173 (1970) : Het hoofd van de antitrust-administratie liet uitschijnen dat indien de rechtbanken de *Clayton Act* niet zouden interpreteren volgens de zienswijze die wordt voorgestaan door de antitrust-administratie, men een wijziging van de wet zou voorstellen die deze zienswijze zou sanctioneren.

aanval overgegaan (1). In een verklaring voor het *House Ways and Means Committee* zei administratiechef Richard McLaren : „Ik ben er niet van overtuigd dat artikel 7 niet toepasselijk zou zijn op zuiverdere types van conglomerate fusies, dan degene die de rechtbanken tot nu toe behandeld hebben". „Ik meen dat het vraagstuk te dringend is om te kunnen wachten en we zijn bereid het risico te lopen enkele rechtsgedingen te verliezen ten einde vast te stellen hoe ver artikel 7 ons zal brengen in het totstaanbrengen van de huidige versnelde concentratiebeweging door fusie en van de ernstige sociale ontwrichting die naar mijn mening daaraan verbonden is" (2). Volgens deze overtuiging is het niet uitgesloten dat zelfs zuivere conglomerate fusies en combinaties een nadelig gevolg kunnen hebben voor de vrije mededinging onder meer door het uitschakelen van potentiële concurrenten, het verhogen van de toetredingsdrempel, het versterken van de positie van de leidende onderneming in de industrie, het toenemen van de mogelijkheden voor verplichte afneming, het verstoren van het marktevenwicht door een verschil in schaal van de nieuwe onderneming en het ontwikkelen van een stilzwijgende belangengemeenschap tussen de conglomeraten waarbij ze vermijden de concurrentie te intensiveren uit vrees voor tegenmaatregelen door andere conglomeraten die ze ontmoeten als vrager en aanbieder in ver uiteenlopende markten en industrieën. Teneinde dit beleid evenwel met succes te kunnen voeren rekent de antitrust-administratie in niet geringe mate op „het vermogen van de basiswet, om zich aan te passen aan gewijzigde omstandigheden en mee te groeien met de zich wijzigende patronen van bedrijfsactiviteit en met het toenemende verfijnde inzicht in de concurrentiële implicaties van de krachten die werkzaam zijn in de markt" (3). Wij zullen thans onderzoeken of deze wetgeving voldoende juridisch houvast biedt om met succes te kunnen worden toegepast en welke richting voor de toekomst wordt aangegeven door de tot nu toe beschikbare uitspraken (4).

---

(1) Dit nieuwe beleid komt tot uiting in een aantal rechtsvervolgingen die werden ingesteld tegen verscheidene conglomeraten : tegen LingTemco-Vought, Inc. voor de overname van Jones & Laughlin Steel Corporation; — tegen Northwest Industries, Inc. voor de overname van B.F. Goodrich Company; — en drie vervolgingen tegen International Telegraph and Telephone Company, respectievelijk voor de overname van Hartford Insurance Company, Grinell Corporation en Canteen Corporation.

(2) McLaren, R., *Hearings on corporate acquisitions and combinations, House Ways and Means Committee*, 91st. *Cong.*, 1st. *sess.*, March 12, 1969, blz. 8.

(3) McLaren, R., *o.c.*, blz. 9.

(4) De laatste resultaten op dit stuk zijn niet erg bemoedigend : U.S. *vs* I.T.T. Company 38 *U.S.L aw Week* 2245 (1969); — U.S. *vs* I.T.T. Company, 39 *U.S. Law Week*, 2366 (1971).

C. CONGLOMERATIE, CONCENTRATIE VAN ECONOMISCHE BESLISSINGSMACHT EN VRIJE MEDEDINGING

In de traditionele analyse van de anticoncurrentiële gevolgen van de concentratie, werd concentratie opgevat als een vermindering van het aantal concurrenten in dezelfde markt met een geleidelijke toename van het marktaandeel van de leidende ondernemingen (*horizontale integratie*), of als een combinatie van vragers en aanbieders in dezelfde industrietak, waarbij de distributiekanalen van die industrietak worden afgesloten voor concurrentiële stromingen (*verticale integratie*). Deze vormen van concentratie werden beschouwd als anticoncurrentieel omdat men ervan uitging dat de vrije mededinging het best was gewaarborgd wanneer men een groot aantal zelfstandige mededingers had zonder enige beslissende invloed op de markt of de industrie. Omdat ze zich beperkten tot een welomlijnde markt of industrietak, passen zuivere conglomerate fusies of combinaties niet in deze traditionele analyse (1). Zuivere conglomerate fusies of combinaties verminderen immers niet het aantal concurrenten op de markt, noch verhogen zij het marktaandeel van de leidende ondernemingen, noch sluiten zij distributiekanalen af voor concurrentiële stromingen. Conglomerate fusies en combinaties bevorderen evenwel onmiskenbaar de economische concentratie in het algemeen : zelfstandige ondernemingen verdwijnen en maatschappelijke vermogens van steeds grotere omvang komen onder controle van een steeds kleiner aantal personen (2). Net zoals bij de horizontale en verticale integratie vermindert de conglomeratie uiteindelijk het aantal centra van onafhankelijke economische beslissingsmacht. Het verhoogt de economische machtspositie van een steeds kleiner aantal ondernemingen en gaat als zodanig in tegen het streven van het Congres en het Opperste Gerechtshof om het voortbestaan van de kleine en zelfstandige zakenman te vrijwaren (3). Hoewel de vrees voor een stijgende vloedgolf van industriële concentratie een van de hoofdbekommernissen vormde van het Congres werd tijdens de besprekingen van het *Celler-Kefauver* amendement niet zoveel tijd aan de conglomeraten besteed, omdat deze vorm van concentratie in de periode onmiddellijk na de tweede wereldoorlog niet zo belangrijk

(1) MUELLER, W. F., *o.c.*, 8 *A.T. Bull.* 629, 641, 643.

(2) *Note, o.c.*, 25 *Pitt. L. Rev.* 683, 688; — BICKS, R. A., *Conglomerates and diversification under section 7 of the Clayton Act*, 2 *A.T. Bull.* 175, 178 (1957).

(3) Senator KEFAUVER : „Shall we permit the economy of the country to gravitate into the hands of a few corporations...? Or on the other hand are we going to preserve small business, local operations and free enterprise? *Cong. Rec. Sen.*, *Vol.* 96, blz. 16450; — U.S. *vs* Von's Grocery Co., 384 *v.S.* 270, 278.

was en zeker niet het scherpste probleem vormde van economische concentratie in het algemeen. Uit deze geringere belangstelling van het Congres voor een concentratievorm waarmee het minder vertrouwd was, mag men voor de juridische interpretatie nog niet afleiden dat het in de bedoeling van de wetgever lag de conglomeraten van de toepassing van de bestaande wettekst uit te sluiten. Zulke interpretatie zou juridisch nog meer aanvechtbaar zijn dan de uitspraak in U.S. *vs* Western Meat Company (1) waarbij de rechtstreekse overname van activa van de toepassing van de *Clayton Act* werd uitgeschakeld, omdat deze vorm van overname niet formeel buiten de wet was gesteld. Evenmin als de wetgever in 1914 kon voorzien dat de rechtstreekse overname van activa zich later tot een belangrijke weg van economische concentratie zou ontwikkelen, kon de wetgever in 1950 vermoeden dat de conglomeratie eens de krachtigste stroming zou worden tot economische concentratie. Men moet aannemen dat de *Clayton Act* ook in zijn huidige vorm een opdracht inhoudt tegen conglomeraten, indien men op economisch wetenschappelijke gronden kan aantonen dat zij de vrije mededinging rechtstreeks of onrechtstreeks in gevaar brengen. Dit gevaar moet niet met een duidelijk oorzakelijk verband worden blootgelegd. De evolutie op het vlak van de horizontale integratie heeft reeds aangetoond dat goede rechtsbedeling een uitputtend economisch wetenschappelijk onderzoek niet toelaat. Het volstaat dat men gegronde economische aanwijzingen vindt, eventueel gesteund door cijfermateriaal, die aanduiden dat conglomeraten de vrije mededinging negatief beïnvloeden. Deze stelling is des te sterker omdat de wetgever in 1950 er zich van heeft onthouden om bepaalde specifieke vormen van economische concentratie buiten de wet de stellen en enkel met klem formeel de nadruk heeft gelegd op het vrijwaren van de mededinging tegen elke vorm van concentratie.

De cruciale vraag die dan moet worden opgelost is of de conglomerate fusies of combinaties aanleiding geven tot een aantasting van de vrije mededinging. Op grond van de hierna ontwikkelde argumentatie zal op deze vraag bevestigend worden geantwoord. Het is niet omdat de fusionerende partijen geen concurrenten zijn, of omdat zij niet in een verhouding van vrager tot aanbieder staan, of nog omdat het anticoncurrentiële effect zich niet tot een bepaalde markt of industrie beperkt, maar de ganse economie treft, dat er geen anticoncurrentiële effecten bij een conglomerate fusie of combinatie zouden bestaan. De anticoncurrentiële gevolgen van een conglomeratie liggen niet

(1) Zie boven, noten (2) en (3), blz. 31.

zozeer in een toename van de economische machtspositie door een aangroei van het marktaandeel of door een grotere concentratie in een industrietak, maar in het feit dat de onderneming kan optreden los van de concurrentiële druk die binnen een bepaalde markt of in-industrie wordt uitgeoefend, door haar omvorming van een één-dimensionale naar een multidimensionale onderneming.

De essentie van een conglomeraat is, dat het bedrijvig is in verschillende markten en industrietakken tegelijk en de markt- en industrie-indelingen als zodanig overschrijdt. In tegenstelling tot de eendimensionale onderneming is het conglomeraat in staat zijn economische hulpbronnen van de ene industrie naar de andere over te schakelen. Met name is het in staat om een concurrentieel zwakke positie in een bepaalde markt te subsidiëren met de inkomsten uit een markt waar het financieel sterk staat (1).

Het is wel zo dat er tussen de verschillende ondernemingen van een zuiver conglomeraat geen bedrijfseconomische banden bestaan, maar hoe uiteenlopend die ondernemingen ook mogen zijn, zij zijn altijd onderling verbonden door een gemeenschappelijke financiële structuur die hen toelaat financiële middelen van de ene industrie naar de andere over te brengen om het hoofd te bieden aan buitengewone concurrentiële druk (2). Het achter de hand hebben van een extra-financiële reserve die uit ondernemingen van andere industrietakken kan overgepompt worden, biedt een niet te onderschatten concurrentieel voordeel.

D. DE „DEEP POCKET" DOCTRINE

Dit wordt geïllustreerd door de zogenoemde *deep pocket doctrine* die wordt toegepast in typische gevallen waarin een reuzenonderneming een veel kleinere onderneming in een andere industrietak overneemt. De omvang van de financiële hulpbronnen van de moedervennootschap verleent aan de dochtervennootschap een aantal rechtstreekse concurrentiële voordelen zoals; a) de mogelijkheid om een onbeperkte prijzenoorlog te voeren; b) over te gaan tot reusachtige reclamecampagnes; c) bijkomende produktiecapaciteit te bouwen of een overschot aan productiecapaciteit in reserve te houden; d) grote bedragen te besteden aan research ten einde een technische voorsprong te verwerven. De bescherming door de financieel machtige moedervennootschap verschaft de kleinere dochtervennootschap immers een vrij doeltreffende immuniteit tegen opgelopen verliezen, zodat de

(1) *Comment, o.c.*, 72 *Yale L. Rev.* 1265, 1266.
(2) DAVIDOW, J., *o.c.*, 1231, 1253.

economische rentabiliteit en de concurrentiële druk gedeeltelijk worden uitgeschakeld als richtsnoer voor haar operaties. Bij afnemende economische activiteit zal de dochtervennootschap verliezen kunnen opstapelen terwijl haar concurrenten over de kop gaan. Wanneer de bedrijvigheid herneemt, ontmoet de dochtervennootschap dan een zwakkere concurrentiële weerstand door een vermindering van het aantal concurrenten (1).

E. DE VERPLICHTE AFNEMING

Naast de mogelijkheid om financiële middelen over te hevelen van de ene industrie naar de andere, laten algemene economische verhoudingen binnen een conglomeraat toe de machtspositie die het heeft in een bepaalde industrie aan te wenden in een andere industrie, waar haar concurrentiële positie zwakker is. Een van de vormen van deze machtsoverdracht is *reciprocity buying*, waarvan het anticoncurrentiële effect reeds in de rechtspraak werd erkend (2). *Reciprocity buying* bestaat erin dat een vennootschap omwille van haar belangrijke positie als bevoorrader of afnemer van een tweede vennootschap deze laatste ertoe verplicht haar bestellingen te plaatsen bij een derde vennootschap, waarin de eerste vennootschap belangrijke economische belangen heeft (*verplichte afneming*) (3). Het is een techniek waarbij een vennootschap haar aanzienlijke koopkracht of leveranciers positie aanwendt als een drukkingsmiddel op haar leveranciers of afnemers, niet om een onmiddellijk voordeel te verwerven, maar om onrechtsreeks winst te maken door de leveranciers te dwingen van een van haar dochtervennootschappen af te nemen : „Ik koop van u, indien u van mijn filialen koopt", of omgekeerd „Ik zal u bevoorraden op voorwaarde dat u van een van mijn filialen koopt".

(1) TURNER, D., *o.c.*, 78 *Harv. L. ev.* 1313, 1346; — SINGER, E., *o.c.*, 50 *A.B.A.J.* 555, 558; — Reynolds Metals Company *vs* F.T.C., 309 *F2d* 223, 230; — F.T.C. *vs* Procter & Gamble Company, 386 *U.S.* 568, 579, zie voetnoot PUREX; — U.S. *vs* Aluminum Company of America, 233 F. *Supp.* 718, 727; — in the matter of National Tea Company, F.T.C., *CCH. Trade Reg. Rep.* 17463 (1966); — in the matter of General Foods Corporation, F.T.C., *CCH. Trade Reg. Rep.* 17465 (1966). Hierbij dient men eveneens het zogenoemde *chill price effect* te vermelden waarbij de intrede van een ecomische reus te midden van de dwergen op zichzelf zo'n vrees inboezemt, dat de dwergen vermijden een al te actieve concurrentie te voeren om hun marktaandeel te verhogen, zodat het prijspeil in de industrie bevroren wordt, uit vrees door de reus in een prijzenoorlog vernietigd te worden.

(2) U.S. *vs* E. I. Du Pont de Nemours & Co., 353 *U.S.* 586, 606 (1956); — F.T.C. *vs* Consolidated Foods Corporation, 380 *U.S.* 592, 594 (1956); — U.S. *vs* General Dynamics Corporation, *CCH Trade Cases* 71870 (1966); — Allis Chalmers Manufacturing Company *vs* White Consolidated Industries, Inc., 38 *U.S. Law Week* 2057 (1969); — *anders* U.S. *vs* Northwest Industries, Inc., 301 *F. Supp.* 1066 (1969); — U.S. *vs* Wachovia Corporation, 38 *U.S. Law Week* 2694 (1970); — MUELLER, W. F., *o.c.*, 8 *A.T. Bull.* 629, 648.

(3) TURNER, D., *o.c.*, 78 *Harv. L. Rev.* 1313, 1386.

Indien het conglomeraat een overheersende positie inneemt bij de bestellingen, hetzij als leverancier, hetzij als afnemer, is de druk die aldus wordt uitgeoefend werkelijk doeltreffend en zal de tegenpartij vrij snel toegeven en haar bestellingen overplaatsen van een onafhankelijke concurrent naar een vennootschap die deel uitmaakt van het conglomeraat.

Deze praktijk werkt uiteraard even anticoncurrentieel als een prijsafspraak en moet dan ook zonder meer veroordeeld worden, omdat de beslissing bij welke onderneming men bestellingen plaatst, niet wordt bepaald door concurrentiële verhoudingen, maar door economische chantage (1).

Het probleem met het argument van verplichte afneming en met de overdracht van economische macht in het algemeen is, waar men de drempel van de inbreuk op de wet gaat leggen. Volstaat het te wijzen op de structuren van het conglomeraat die zulke economische machtsoverdracht mogelijk en zelfs waarschijnlijk maken, of is het vereist dat men de vinger kan leggen op bepaalde misbruiken die zich reeds hebben voorgedaan, of op de subjectieve bedoeling om van de economische machtspositie gebruik te maken. Vermits de *Clayton Act* reeds fusies en combinaties treft die de vrije mededinging aanzienlijk zouden kunnen aantasten, is het bewijs van bestaande misbruiken niet vereist. Naar analogie met de redenering die door het Opperste Gerechtshof werd gevolgd inzake de uitschakeling van potentiële concurrentie (2) kan men zeggen dat de subjectieve bedoeling van het conglomeraat om zijn machtspositie uit te buiten niet hoeft bewezen te worden indien de objectieve economische omstandigheden op de mogelijkheid van zulke uitbuiting wijzen.

Het bestaan zelf van de mogelijkheid voor het conglomeraat om zijn economische machtspositie in een industrie te laten wegen op de

(1) EDWARDS, C., *Conglomerate ligness as source of power in business concentration and price policy* (*National Bureau of Economic Research*) 331, 342 (1955) : „Where large and powerful concerns encounter each other as seller and buyer, there is sometimes a reciprocal exchange of favors, by which each of the graet enterprises strengthens the other". „The most common form of such a relationship is probably reciprocal buying. A reciprocal buying arrangement may arise either through formal contract or through an informal understanding that may be scarcely distinguishable from a mere policy of cultivating the good will of a large customer. The essence of the arrangement is the willingness of each company to buy from the other, conditioned upon the expectation that the other company will make reciprocal purchases... Where such relationship is well established, it prevents the competitors of each company from selling to the other company, and affords to each company whatever increase of size and strength can be derived from an assured place as supplier of the other" (STOCKING, G., MUELLER, W. F., *Business reciprocity and the size of firms*, 30 *J. Bus. U. Chi.* 73, 75, (1957).

(2) U.S. *vs* Penn Olin Chemical Co., 378 *U.S.* 158, 174; — F.T.C. *vs* Procter & Gamble Co., 386 *U.S.* 568, 580.

concurrentie in een andere industrie werkt concurrentieverlammend, ongeacht het bestaan van misbruiken of subjectieve bedoelingen (1).

F. VOORWAARDEN TOT MACHTSOVERDRACHT

Het zich werkelijk voordoen van anticoncurrentiële effecten door het overhevelen van financiële middelen, verplichte afneming en in het algemeen de overdracht van de druk uitgaande van de economische machtspositie van de ene industrie naar de andere is afhankelijk van het bestaan van zulke economische machtspositie en de relatieve omvang van de fusionerende ondernemingen en de respectieve industrieën waarin zij bedrijvig zijn. Indien een conglomeraat enkel zou bedrijvig zijn in zeer concurrentiële industrietakken, is de mogelijkheid om zijn economische hulpbronnen van de ene naar de andere industrietak over te schakelen praktisch onbestaande, vermits iedere onderneming van het conglomeraat in de eigen industrie reeds alle middelen moet inzetten om het hoofd te bieden aan de concurrentiële druk. De meeste conglomeraten bevinden zich evenwel niet in zulke dwangpositie, maar beheersen enkele ondernemingen in oligopolistische of sterk geconcentreerde industrieën, waar de concurrentiële druk gering is. De prijzen en ook de winsten van deze ondernemingen die deel uitmaken van het conglomeraat liggen boven het concurrentiële niveau en stellen het conglomeraat in staat om financiële reserves op te bouwen die in concurrentiële industrietakken kunnen aangewend worden in de strijd tegen de ééndimensionale ondernemingen, die niet beschikken over deze extra-reserves om aan deze uitdaging het hoofd te bieden. Dit betekent dat de economische macht van een conglomeraat in zulke industrietak niet uitsluitend wordt bepaald door concurrentiële verhoudingen, maar gedeeltelijk is bepaald door een macht die steunt op anticoncurrentiële verhoudingen die heersen in een andere sector van de economie.

Deze economische macht kan slechts met succes worden aangewend indien er een zeker verschil is in grootte of schaal tussen de ondernemingen in het conglomeraat en de ondernemingen in de industrie waarin de fusie plaats vindt. Het is duidelijk dat een conglomeraat dat enkele monopolieondernemingen bezit met een jaaromzet van 1.000.000 dollar geen enkele invloed kan uitoefenen in een industrie waar de jaaromzet van de gemiddelde onderneming ongeveer 10.000.000 dollar bedraagt. In werkelijkheid vertonen juist heel wat fusies door conglomeraten het patroon van een reuzenonderneming

(1) U.S. *vs* Wilson Sporting Goods Co., *CCH Trade Cases* 72514, 85772 en 85773 (1968); — *anders* : U.S. *vs* I.T.T., 39 *U.S.Law Week* 2366, 2367 (1971).

die binnentreedt in het rijk der dwergen (1), zodat schaal- en grootteverschillen aanwezig zijn die een anticoncurrentieel gevolg hebben.

G. DEFENSIEVE FUSIES

Conglomeraten kunnen nog op een andere manier de vrije mededinging aantasten. Het binnentreden van een conglomeraat in een industrie die hoofdzakelijk uit eendimensionale ondernemingen bestaat kan deze ondernemingen ertoe bewegen aansluiting te zoeken bij andere sterkere eendimensionale ondernemingen of conglomeraten, ten einde een tegengewicht te vormen voor de economische macht die het conglomeraat zou kunnen uitoefenen. Deze zogenoemde defensieve fusies versterken nog het strakke patroon van de industrietak, omdat na een reeks van zulke defensieve fusies enkele reuzenondernemingen de ganse industrietak kunnen beheersen (2). Men kan hiertegen aanvoeren dat het conglomeraat ook bij middel van interne expansie, zonder fusie een bepaalde industrie kan binnendringen waarbij het dan eveneens zijn economische machtspositie kan aanwenden om druk uit te oefenen op zijn concurrenten en aldus geleidelijk zijn marktaandeel te verhogen. Hierop moet geantwoord worden dat indien het bestaan van de economische machtspositie van conglomeraten anticoncurrentieel werkt, de conglomerate fusies en combinaties die deze anticoncurrentiële gevolgen kunnen hebben door de *Clayton Act* formeel verboden worden. Wanneer het conglomeraat *via* interne expansie een industrie binnendringt moet het overigens de toetredingsdrempel overwinnen die vaak zeer belangrijk kan zijn. Het moet octrooien of licenties en *know how* verwerven, een distributienet organiseren, werkhuizen bouwen, uitrusting aanwerven, een eigen cliënteel opbouwen en dit alles terwijl het blootstaat aan de concurrentie van de gevestigde ondernemingen in de industrie. Hierdoor zal het vestigen van een bruggehoofd in een industrietak, zelfs voor een conglomeraat, veel langzamer verlopen en de uitbreiding van zijn marktaandeel zal aanzienlijk worden vertraagd zodat het effect van de economische machtspositie voor enige tijd wordt gecompenseerd door de moeilijkheden ondervonden bij de intrede in de industrie.

(1) F.T.C. *vs* Consolidated Foods Corporation, 380 *U.S.* 592; — in the matter of General Foods Corporation, *CCH Trade Reg. Rep.* 17465; — in the matter of National Tea Company, *CCH Trade Reg. Rep.* 17463 F.T.C.; — F.T.C. *vs* Procter & Gamble Company, 386 *U.S.* 568.

(2) U.S. *vs* Wilson Sporting Goods Company, *CCH Trade Cases*, 72514, 85775.

H. DE UNIVERSELE MARKTONTMOETING VAN CONGLOMERATEN

Tenslotte kan de conglomeratiebeweging in haar eindstadium uitmonden in een toestand waarin iedere vorm van vrije mededinging wordt verstikt. Naarmate de conglomeratiebeweging zich voortzet worden meer en meer ondernemingen samengebracht in een beperkt aantal multidimensionale vennootschappen. Op een bepaald punt in deze ontwikkeling naar concentratie zullen conglomeraten elkaar als concurrenten ontmoeten in een of meer industrieën. Een conglomeraat kan wel bereid zijn om zijn economische machtspositie aan te wenden tegen zwakkere concurrenten, maar zal aarzelen al zijn gewicht in de schaal te leggen tegen een ander conglomeraat, wanneer de afloop van een genadeloze concurrentiestrijd die in verschillende markten en industrieën wordt gevoerd, onzeker is. Precies zoals in een sterk geconcentreerde oligopoliemarkt zal in het eindstadium van de conglomerate concentratiebeweging een gering aantal conglomeraten de prijzen en winstmarges stabiliseren niet in één markt of industrie maar in de ganse economie. Het eindresultaat van deze *universele marktontmoeting van conglomeraten* is een algemeen verlammend effect op de vrije mededinging. Het valt natuurlijk zeer moeilijk te bewijzen dat met deze of gene bepaalde conglomeratie dit eindresultaat is bereikt of in het verschiet ligt, maar iedere conglomeratie van enig belang is een stap in de richting waarvan het uiteindelijk resultaat een ingrijpen in het beginstadium rechtvaardigt.

HOOFDSTUK IV

FUSIES EN COMBINATIES IN HET E.E.G.-VERDRAG

§ 1. De beteugeling van het marktgedrag

Thans voltrekt zich in Europa en meer bepaald binnen de Gemeenschappelijke Markt een concentratiebeweging die de economische structuur op beslissende wijze zal beïnvloeden voor de volgende generaties, op dezelfde wijze als de huidige structuren van de Amerikaanse economie in belangrijke mate werden gevormd door de concentratiebewegingen die zich voordeden rond de eeuwwisseling en na de tweede wereldoorlog (1). De nationale wetgevingen van de

(1) Voor cijfergegevens betreffende de concentratie in de Gemeenschappelijke Markt, zie; CANELLOS, P.C., and SILBER, H. S., *Concentration in the Common Market*, 7 *C.M.L. Rev.* 5, 17 e.v. (1970).

lid-Staten, die gericht zijn tegen kartels en economische machtsposities kunnen geen oplossing bieden voor een verschijnsel waarvan de draagwijdte de nationale grenzen ver overstijgt. Op het niveau van het Europees kartelrecht vinden we artikel 86 E.E.G.-Verdrag waarvan de toepasselijkheid op fusies en combinaties hevig wordt betwist. De meerderheid van de auteurs is het er over eens dat artikel 86 E.E.G.-Verdrag ook bedoelt wat het op het eerste gezicht zegt, namelijk dat misbruiken van economische machtspositie binnen de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel ervan buiten de wet worden gesteld, wanneer de handel tussen de lid-Staten hierdoor ongunstig wordt beïnvloed en dat het ontstaan of de vorming zelf van zulke machtspositie door een beweging van economische concentratie niet kan worden aangevallen op grond van artikel 86 (1). De redenen

(1) VON DER GROEBEN, H., *Das Kartellrecht der Europaischen Wirtschaftsgemeinschaft im Lichte Zweieinhalbjähriger Erfahrung, Kartelle und Monopole im Modernen Recht*, I, blz. 47, 55 (1961) : „Wie ich schon darlegte, können wir nach den geltenden Bestimmungen des Vertrages Konzentrationen, auch wenn sie die Marktform zu andern drohen, nicht verhindern"; — SAMKALDEN, I., *Juridische problemen met betrekking tot artikel 86 van het E.E.G. Verdrag*, *R.W.*, 1964-65, 2097, 2103 : „Nogmaals artikel 85 beoogt structurele wijzigingen in de markt aan te brengen respectievelijk ongewenste wijzigingen te voorkomen, terwijl artikel 86 zich beperkt tot de wijze van functioneren van een economische machtspositie". „Artikel 85 beoogt de handhaving en de bevordering van het marktmechanisme als zodanig; artikel 86 heeft als doel de handhaving van een feitelijk gedrag dat grotendeels overeenkomt met hetgeen bij een andere marktstruktuur door het marktmechanisme wordt gewaarborgd"; — VAN GERVEN, W., *Overzicht van de wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer, Europees Recht*, *T.P.R.*, 1964, 589, 671 : „Terwijl artikel 85 het verbodsprincipe als uitgangspunt kiest, ligt aan artikel 86 het misbruikbeginsel ten grondslag. Ten aanzien van marktbeheersende ondernemingen kan men verschillende houdingen aannemen : ofwel kan men preventieve maatregelen treffen ten einde het ontstaan van machtsconcentraties te voorkomen door bv. zoals in artikel 66 van het E.G.K.S.-Verdrag wordt voorgeschreven, voorgenomen fusies of concentraties van ondernemingen aan een voorafgaande toelating van de overheid te onderwerpen; ofwel kan men repressief tewerk gaan door ontstane machtsconcentraties te ontmantelen, ofwel kan men alleen misbruiken van economische machtsposities verbieden. Dit laatste alternatief vindt zijn weerslag in artikel 86"; — ELLIS, J. J. A., *Enkele aantekeningen bij artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag*, S.E.W., 1965, 317, 328, 329; — HEFERMEHL, W., *Marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlüsse im Lichte der Artikel 85 und 86 EWG Vertrag, Europees Kartelrecht*, Postdoctorale Leergang, Leuven, 1968, 161, 168 : „Bei der Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, dass Artikel 86 EWG Vertrag scharf differenziert zwischen der beherrschende Stellung die ein Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt einnimmt, und dem Marktverhalten dieses Unternehmens. Nur dieses Verhalten kann, wenn es sich als eine missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt darstellt, verboten sein. Die Quelle des Misbrauchs (*La source de l'abus*), die beherrschende Stellung als solche, die durch ihr Dasein den Wettbewerb beschränkt, ist dagegen erlaubt und bleibt als solche unberührt; — *Verslag namens de Economische Commissie van het Europees Parlement nopens de mededingingsregels en de positie van de Europese ondernemingen in de gemeenschappelijke markt en de wereldeconomie* (*Verslag* BERKHOUWER), *E.P. Doc.* 1969/1970, 197, *Handboek voor de Europese Gemeenschappen*, III, 1970, blz. 1021, 1039; — JOLIET, R., *Monopolisation et abus de position dominante, Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome, Rev. trim. c. d. Eur.*, 1969, 645, 688; — MARKERT, K., *Concurrence et politique économique dans la C.E.E.* (vertaling), *Cinquième Colloque sur la Fusion des Communautés Européennes, Le problème de la constitution économique européenne dans la perspective de la fusion des Communautés*, décembre 1970, Institut d'Etudes Juridiques Européennes, Liège, blz. 23 (gestencilde uitgave).

waarop deze stelling is gegrondvest, lopen uiteen. Volgens W. Hefermehl (1) moet men een onderscheid maken tussen de marktpositie van de onderneming enerzijds en het marktgedrag anderzijds, waarbij artikel 86 ervan uitgaat dat een onderneming met een overheersende marktpositie verschillende handelingsalternatieven heeft, waarvan er sommigen een misbruik uitmaken en andere weer niet. Een van deze handelsalternatieven is een marktgedrag dat vrije mededinging simuleert, d.w.z. dat de onderneming optreedt alsof ze in een concurrentiële verhouding staat (2). Volgens R. Joliet (3) is artikel 86 niet doeltreffend in het bestrijden van de economische concentratie, omdat in artikel 86 een fundamentele optie werd genomen voor een economische ordening die onverschillig is aan de vrije mededinging en het ontstaan van economische machtsposities. Uit de voorbeelden van misbruiken die in artikel 86 worden gegeven leidt Joliet af dat dit artikel in de eerste plaats gericht is, op het beschermen van de belangen van de verbruikers. Om deze belangen te beschermen heeft men geopteerd voor een stelsel van beteugeling van misbruiken door toezicht en controle en niet voor een stelsel van vrije mededinging.

§ 2. De aanval op de structuren

Tegen deze interpretatie bestaat evenwel een genuanceerde oppositie gedeeltelijk van de Commissie zelf (4) en gedeeltelijk van eminente

(1) HEFERMEHL, W., *o.c.*, blz. 161, 168.

(2) Hrb. Antwerpen, 6 juli 1964, *R.W.* 1964-65, 314. Een interessant voorbeeld van deze stelling is de hogervernoemde uitspraak. Union de Remorquage et de Sauvetage N.V. bezat een feitelijk monopolie voor de sleepdiensten in de haven van Antwerpen op het ogenblik dat zich een concurrent aandiende onder de naam van N.V. Schelde Sleepvaartbedrijf. U.R.S. trachtte S.S.B. uit te schakelen door kortingen en getrouwheidspremies aan te bieden aan zijn cliënten en door langlopende contracten te sluiten. De rechtbank oordeelde dat de praktijken van U.R.S. daden van onrechtmatige mededinging waren die verboden waren op grond van artikel 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag. Dit illustreert een nogal veel voorkomende verwarring tussen misbruik van economische machtspositie en daden van onrechtmatige mededinging en doet de vraag rijzen naar het onderscheid tussen beide. In haar beschikking liet de rechtbank het bestaande monopolie ongemoeid en liet zich dus niet in met het herstellen van concurrentiële verhoudingen, maar beperkte zich tot een reeks maatregelen die een einde, moesten stellen aan de misbruiken (controle en toezicht op misbruiken).

(3) JOLIET, R., *o.c.*, 688, 696, verwijzend naar Corwin EDWARDS, *International aspects of antitrust*, blz. 311.

(4) Een bewijs hiervan is het onderzoek dat door de commissie werd ingesteld inzake de overname door Continental Can Company van Thomassen en Drijver-Verblifa N.V., waardoor Continental Can dank zij een vroegere overname van Schmalbach Lubeca A.G. een overheersende positie zou verwerven in de Gemeenschappelijke Markt in de sector van verpakkingen en emballage; — zie : geschreven vraag 490/69, *J.O. des C.E.* No. C 89/1 14 juli 1970.

rechtsgeleerden (1). Een radicale stelling wordt verdedigd door P. Verloren van Themaat, die poneert dat verregaande concurrentiebeperkende veranderingen van de marktstructuur (door fusie of combinatie) als een misbruik van economische machtspositie kunnen beschouwd worden. Iedere fusie of combinatie die in de zin van artikel 85, derde lid, b de mogelijkheid geeft om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit te schakelen moet veroordeeld worden (2). Ter verdediging van deze stelling gaat professor Verloren van Themaat uit van het standpunt dat een economische machtspositie aanwezig is, wanneer een onderneming met succes strijdmiddelen toepast die de concurrentie uitschakelen. Een fusie of combinatie die het systeem van de effectieve en onvervalste mededinging uitschakelt, kan dan ook in principe beschouwd worden als een uiting van een economische machtspositie (3). Er wordt hiervoor verwezen naar artikel 3 f E.E.G.-Verdrag dat voorziet in de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de Gemeenschappelijke Markt niet wordt vervalst en daaruit wordt geconcludeerd : „Ik kan dus niet aannemen dat artikel 86 het tot stand komen van iedere graad van marktbeheersing, dus zelfs van monopolies en daarmede de uitschakeling van de markt als coördinatie-instrument zou aanvaarden en zich tevreden zou stellen met een toezicht op het gebruik van deze onder omstandigheden absolute marktbeheersing" (4). Een monopolie of dicht oligopolie schakelt de concurrentie immers uit als ordenend principe voor het marktgedrag, zodat er voor de Commissie niets anders zou opzitten dan ter vervanging van de concurrentiestructuur over te gaan tot strenge controle en toezicht die een concurrentieel marktgedrag zouden stimuleren. Dit zou leiden tot een groeiend economisch dirigisme dat totaal onverenigbaar is met de instelling van een regime van vrije mededinging zoals in artikel 3 f wordt vooropgesteld. Vandaar dat fusies of combinaties die de vrije mededinging zouden uitschakelen, als misbruik van economische machtspositie worden beschouwd binnen het raam van de algemene doelstelling van het Verdrag om een regime van onvervalste mededinging te vestigen.

---

(1) FIKENTSCHER, W., *Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift Franz Böhm*, 1965, blz. 261; — STEINDORFF, E., *Behindern Artikel 85 und 86 EWG Vertrag Konzentrationen im Gemeinsamen Markt*, Rapport voor het Colloquium over ondernemingsconcentratie in de E.E.G., Parijs, 1967; — VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Grensoverschrijdende fusies binnen de E.E.G.*, *S.E.W.*, 1968, 162.

(2) VERLOREN VAN THEMAAT, P., *o.c.*, blz. 162, 178, 179.

(3) *Idem*, blz. 176.

(4) *Idem.*, blz. 177.

Hiertegen kan evenwel worden ingebracht dat de vrije mededinging niet een van de fundamentele doelstellingen (art. 2) is van het Verdrag, maar wel door artikel 3 wordt vooropgesteld als een activiteit van de gemeenschap om binnen de voorwaarden en het *ritme* nader bepaald in het Verdrag, de doelstellingen ervan na te streven (1). Die voorwaarden worden nader omschreven in artikel 86 dat zegt dat misbruik van economische machtspositie onverenigbaar is met het Verdrag. Artikel 86 spreekt niet over mededinging, terwijl artikel 85 uitdrukkelijk het vervalsen, verhinderen of beperken van de vrije mededinging door overeenkomsten wel verbied indien daardoor de tussenstaatse handel wordt getroffen. Dit verschil in tekst duidt aan dat de vrije mededinging als zodanig geen bekommernis is van artikel 86. Uit de gegevens die over de voorbereiding van de Verdragstekst voor handen zijn, blijkt dat men er helemaal niet aan dacht bestaande economische machtsposities te ontmantelen, maar dat men uitging van een onderscheid tussen *ententes* die de bestaande concurrentiële verhoudingen aantastten en monopolies of economische machtsposities die helemaal geen concurrentie toelieten en die enkel in hun uitwerking moesten worden gecorrigeerd (2).

§ 3. Misbruik van machtspositie en onrechtmatige mededinging

De kern van de interpretatiemoeilijkheid van artikel 86 ligt in de draagwijdte die men geeft aan het woordje misbruik. Een aantal voorbeelden die gegeven worden van misbruiken van economische machtspositie zoals boycott, prijzendiscriminatie en ruïneuze prijzenonderbieding (3) zijn tevens handelingen van onrechtmatige mededinging. Om tot een duidelijk begrip van het machtsmisbruik te komen moet men van meet af aan stellen dat er bepaalde misbruiken zijn die handelingen van onrechtmatige mededinging zijn, maar dat het misbruik van economische machtspositie zoals omschreven in artikel 86 E.E.G.-Verdrag zich niet tot onrechtmatige mededinging beperkt. Misbruiken die bestaan in daden van onrechtmatige mededinging kunnen door om het even welke onderneming gepleegd worden ongeacht of zij een economische machtspositie bekleedt of niet. Vermits dit soort misbruiken erin bestaat in de markt op een ontoelaatbare manier op te treden tegenover de andere concurrenten en uitsluitend wordt ingegeven door de keuze van het marktgedrag die de

(1) JOLIET, R., *o.c.*, blz. 645, 696.

(2) ELLIS, J. J. A., *o.c.*, blz. 317, 325 e.v.

(3) VERLOREN VAN THEMAAT, P., *o.c.*, blz. 162, 180, 181; — HEFERMEHL, W., *o.c.*, blz. 161, 168, 169.

overtreder maakt tussen de verschillende handelingsalternatieven die hem gegeven zijn, kunnen deze misbruiken enkel door een beteugeling van het marktgedrag bestreden worden. Uit de voorbereiding van het Verdrag (1) kan men evenwel afleiden dat men de regeling over de onrechtmatige mededinging wenste te scheiden van de regeling betreffende de *ententes* en monopolies. Uit de tekst van het Verdrag zelf blijkt dat bepaalde geciteerde *objectieve misbruiken* van economische machtspositie geen betrekking hebben op de onrechtmatige mededinging (2). Eens men de trap van de onrechtmatige mededinging overschrijdt, komt men evenwel voor verbijsterende interpretatiemoeilijkheden te staan voor het woordje misbruik, omdat in tegenstelling tot de *Sherman Act* en de *Clayton Act*, artikel 86 niet toelaat te refereren naar een bestaande economische structuur (monopolie, oligopolie of concurrentie) om de inbreuk vast te stellen en men uit de voorbereiding van het Verdrag geen uitdrukkelijke opdracht voor de Commissie of de nationale rechter in de richting van een bepaalde economische ordening kan afleiden.
Bij het onderzoek naar de inhoud van het *objectieve misbruik* van economische machtspositie en het zoeken naar een maatstaf om de inbreuk vast te stellen kan men niet ontsnappen aan een structuuranalyse en komt men tot de onvermijdelijke conclusie dat marktgedrag en marktstructuur vanaf een bepaald punt niet te scheiden zijn.

§ 4. Misbruiken tegenover concurrenten

Bij het doorvoeren van dit onderzoek moet men een onderscheid maken tussen enerzijds misbruiken die de concurrenten treffen en de concurrentiële verhoudingen op de markt verwringen en anderzijds misbruiken die de verbruikers treffen. De in artikel 86 gegeven voorbeelden van misbruiken, die niet limitatief zijn (3), weerleggen de stelling als zou de beteugeling van misbruiken van economische machtspositie enkel gericht zijn op het vrijwaren van de belangen van de verbruiker (4). Artikel 86 is niet alleen gericht op het beschermen van de verbruiker tegen een ontoelaatbaar marktgedrag, ongeacht de economische structuren waarin dit marktgedrag zich ontwikkelt. Artikel 86 is eveneens gericht tegen misbruiken die de concurrentiële verhoudingen schreef trekken en die dus rechtstreeks de markstructuur aantasten. Deze laatste misbruiken kunnen op

(1) Ellis, J. J. A., *o.c.*, blz. 317, 326.
(2) Artikel 86b E.E.G.-Verdrag.
(3) Hefermehl, W., *o.c.*, blz. 161, 170.
(4) Joliet, R., *o.c.*, blz. 645, 696.

twee manieren beteugeld worden, ofwel door het marktgedrag van de overtreder te corrigeren ofwel door de marktstructuur zodanig te wijzigen dat de economische machtspositie zelf verdwijnt en een misbruik ervan onmogelijk wordt. Het corrigeren van het marktgedrag is een methode die wordt verdedigd op grond van het stelsel van economische ordening waarvoor men onder artikel 86 heeft geopteerd, namelijk een stelsel van controle en toezicht. Deze methode is weinig doeltreffend omdat correctie van het marktgedrag slechts *post factum* kan gebeuren en de oorzaak van het misbruik namelijk de economische machtspositie zelf onaangeroerd wordt gelaten. Het herstel van de concurrentiële marktstructuur is een drastische en meer doeltreffende methode, omdat zij de machtspositie zelf uitschakelt, maar hiertegen wordt opgeworpen dat deze methode steunt op een zwakke juridische fundering in het Verdrag. Het Verdrag houdt wel een preambule in over de vestiging van een stelsel van onvervalste mededinging maar artikel 3 onderwerpt deze vestiging aan de voorwaarden verder gesteld in het Verdrag en waar artikel 85 uitdrukkelijk verwijst naar onvervalste mededinging, wordt daar in artikel 86 met geen woord over gerept en bij de voorbereiding van het verdrag was er geen sprake van de bestaande economische machtsposities te vernietigen om concurrentiële marktstructuren in het leven te roepen (1). In tegenstelling tot de *Sherman Act* en de *Clayton Act* houdt het Verdrag geen formele veroordeling in van bepaalde economische structuren (monopolie), noch een nadrukkelijke intentieverklaring over zulke structuren (concurrentie en deconcentratie). Dit maakt het voor de jurist moeilijk aanvaardbaar om de structuur die de bron is van het verboden gedrag rechtstreeks te treffen.

§ 5. Misbruik van machtspositie tegenover de verbruiker

Naast misbruiken van machtspositie die de concurrentieverhoudingen treffen bestaan er misbruiken die de belangen van de verbruikers miskennen, zoals onbillijke verkoopprijzen, vermindering van dienstbetoon en vertraging in het doorspelen van het voordeel van technische verbeteringen naar de verbruiker. De moeilijkheid ligt in het vaststellen wanneer een marktgedrag een misbruik uitmaakt en welk het marktgedrag is dat geen misbruik uitmaakt, m.a.w. waar ligt de maatstaf die moet beslissen over de toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van een bepaald marktgedrag? Hierbij kan men twee redeneringen volgen. Het misbruik van economische machtspositie

(1) Zie boven, noot (2), blz. 2.

ten opzichte van de verbruiker doet zich per definitie niet voor in een stelsel van vrije mededinging, waar zulk misbruik door de economische krachten die werkzaam zijn in de markt onmiddellijk zou worden afgestraft. Ofwel neemt men aan dat er binnen de bestaande structuren van monopolie of oligopolie een maatstaf kan gevonden worden om toelaatbaar van ontoelaatbaar martgedrag te scheiden, ofwel neemt men aan dat de maatstaf moet gezocht worden in het marktgedrag zoals het zich voordoet in een andere economische structuur namelijk in een stelsel van vrije mededinging. Deze laatste stelling wordt aanvaard in het memorandum van de experten waarin men voor het vaststellen van het misbruik verwijst naar de vrije mededinging : het misbruik bestaat erin dat de houder van de economische machtspositie voordelen verwerft die hij niet zou verkrijgen bij een werkzame en doeltreffende mededinging (1). De referentie naar het stelsel van werkzame en doeltreffende mededinging om tot een aanvaardbaar marktgedrag te komen voor een onderneming met een economische machtspositie, valt te rechtvaardigen op de hiernavolgende gronden :

1) Wanneer men spreekt over billijke of onbillijke prijzen, remmingen in investeringen en het doorgeven van de voordelen van technische verbeteringen heeft men een marktgedrag op het oog dat aanvaardbaar moet zijn voor de verbruiker. Het consumptiepatroon van de verbruiker houdt geen rekening met de economische structuur waarin de onderneming werkt, die hem haar goederen en diensten aanbiedt. Bij het beoordelen van een billijk of onbillijk marktgedrag is het voor de verbruiker onverschillig of hij met een monopolist, een oligopolist of een zuivere concurrent te maken heeft. Hij oordeelt enkel of de prijs waaraan hij zich goederen en diensten kan aanschaffen, verenigbaar is met de middelen van zijn budget en of deze goederen en diensten van voldoende kwaliteit zijn. Welnu afgezien van bepaalde schaalvoordelen voor grote ondernemingen in een min of meer geconcentreerde markt, zal het prijsniveau in het algemeen lager liggen en de kwaliteit beter voldoen in een stelsel van vrije mededinging dan in een stelsel van oligopolie of monopolie, zodat men kan zeggen dat het marktgedrag van monopolistische of oligopolistische ondernemingen altijd op een misbruik tegenover de verbruiker neerkomt. Het enige middel om daaraan te verhelpen bestaat in het opdringen van een marktgedrag dat conform is met het gedrag zoals het zich voordoet in een stelsel van vrije mededinging.

---

(1) *Memorandum sur la concentration*, **blz. 22**; — CANELLOS, C., and SILBER, M.S., *o.c.*, 7 *C.M.L.R.* 138, 139 (1970).

2) Wanneer men binnen de structuren van monopolie of oligopolie naar een marktgedrag zoekt dat tegenover de verbruiker geen misbruik van economische machtspositie zou uitmaken, komt men tot de vaststelling dat er binnen zulke structuren geen praktisch hanteerbare maatstaven zijn om misbruik van toelaatbaar marktgedrag te scheiden. De referentiepunten waarop men zich moet richten zijn zo veelvuldig, zo complex en dikwijls zo vaag, dat zij niet bruikbaar zijn om een oordeel te vormen in een juridische procedure. De controle en het toezicht, vereist om een misbruikvrij marktgedrag op te leggen aan een onderneming met een economische machtspositie, zouden niet alleen leiden tot economisch dirigisme, maar zouden binnen de bestaande structuur eenvoudig geen aanknopingspunt vinden met de economische werkelijkheid en, ofwel ontaarden in een soort theoretische *Spielerei*, ofwel leiden tot een topzwaar model waarin een ganse reeks economische en sociale variabelen zouden betrokken worden ter vervanging van de vrij eenvoudige werking van het marktmechanisme bij de vrije mededinging.

3) De beperking die artikel 3 van het Verdrag oplegt aan het beginsel van de vrije en onvervalste concurrentie en het ontbreken van een duidelijke opdracht tot mededinging in artikel 86 zijn geen redenen om te vervallen in een stelsel van economisch dirigisme alleen maar om de letter van het Verdrag te respecteren, die zich beperkt tot beteugeling van misbruiken en zich niet uitstrekt tot een omvorming van de economische structuur. Misbruiken van economische machtspositie tegenover de verbruiker kunnen op een eenvoudige manier vastgesteld en beteugeld worden door te verwijzen naar het marktgedrag bij vrije en onvervalste mededinging. Dit marktgedrag kan niet door controle of toezicht gesimuleerd worden in een economische structuur waar de markt niet of nauwelijks functioneert, maar enkel bereikt worden door het instellen van die marktstructuur die dit gedrag als een normaal gevolg heeft, d.w.z. door het instellen van een regime van vrije en onvervalste mededinging. De omvorming van de economische structuur als middel om het machtsmisbruik tegenover de verbruiker te bestrijden betekent niet het doorbreken van de beperking aan de opdracht tot vrije mededinging opgelegd in het Verdrag, wanneer men vaststelt dat het alternatieve bestrijdingsmiddel, controle en toezicht, neerkomt, niet op een ondoeltreffende beteugeling, maar op helemaal geen beteugeling van het misbruik.

BESLUIT

Dit brengt ons tot een drievoudige, zij het weinig bevredigende conclusie.

1) Deze misbruiken van economische machtspositie die de concurrentie treffen en de concurrentiële verhoudingen verwringen, kunnen (zij het praktisch weinig doeltreffend) bestreden worden door correcties van het marktgedrag. Alhoewel een herstel van de concurrentiële verhoudingen een veel doeltreffender remedie zou zijn, die het kwaad in de wortel aanpakt laat de letter van het Verdrag zulke benadering niet toe.

2) Deze misbruiken van economische machtspositie die de verbruiker treffen kunnen niet door een correctie van het marktgedrag worden bestreden, omdat met uitzondering van het beginsel van de vrije en onvervalste mededinging, er geen hanteerbare maatstaven voorhanden zijn om de misbruiken vast te stellen en een billijke gedragsnorm voor te stellen. Het stellen van het beginsel van de vrije mededinging in artikel 3 enerzijds en het buitengewoon ingewikkelde en zelfs problematische karakter van een beteugeling die zich zou beperken tot het marktgedrag anderzijds, rechtvaardigen een rechtstreekse ingreep in de marktstructuur om een correctie van het marktgedrag op een juridisch haalbare manier te bewerkstelligen.

3) Misbruiken van economische machtspositie kunnen slechts *post factum* bestreden worden volgens de letter van het Verdrag. Dit betekent dat fusies of combinaties niet onder artikel 86 kunnen worden aangevallen, tenzij zij gebruikt worden als een rechtsreeks strijdmiddel in het begaan van machtsmisbruik. De concentratiebeweging op zichzelf valt dus buiten de greep van de letter van artikel 86.

HOOFDSTUK V

SLOTBESCHOUWINGEN : DE LESSEN VAN DE AMERIKAANSE ERVARING (1)

Het grondprobleem dat rijst voor iedere wetgeving die een fundamentele economische ordening voorschrijft kan als volgt geformuleerd worden : „Het praktische probleem voor de wetgeving en de toepassing ervan is een evenwicht te zoeken tussen, klaarheid, snel-

(1) Zie hierover : RAHL, J. A., *Competition and antitrust in american economic policy : are there useful lessons for Europe?, Rapport, Cinquième Colloque sur la fusion des Communautés Européennes,* décembre 1970, Institut d'Etudes Juridiques Européennes, Liège (gestencilde uitgave).

heid en doeltreffendheid, die het resultaat zijn van *per se* regels en relevantie, die bekomen moeten worden door het volledig toetsen van effecten; en de gedragstest te gebruiken wanneer gedragscorrecties mogelijk en doeltreffend zijn, maar de structuurtest te gebruiken waar hij alleen kan afrekenen met de subtiele en verscheiden manipulaties van monopoliemacht" (1). Dit evenwicht is onmiskenbaar beter bereikt in de Amerikaanse wetgeving en jurisprudentie dan in de wetgeving en jurisprudentie onder het E.E.G.-Verdrag. De Amerikaanse wetgeving heeft het probleem van de vrije mededinging onmiddellijk onderkend als een gedragsprobleem dat evenwel niet te scheiden viel van de structuur waarin het gedrag zich afspeelt. De *Sherman Act* veroordeelde bepaalde overeenkomsten die belemmeringen oplegden aan het vrije handelsverkeer, maar veroordeelde tevens een bepaalde economische structuur namelijk het monopolie. Artikel 7 van de *Clayton Act* veroordeelde fusies en combinaties die rechtstreeks de concurrentiële verhouding konden aantasten.

Het E.E.G.-Verdrag veroordeelde eveneens overeenkomsten die het vrije handelsverkeer tussen de lid-Staten belemmerden, maar hield zich in artikel 86 afzijdig van economische structuren en veroordeelde enkel de misbruiken van economische machtspositie. Dit gebrek aan aandacht voor de vrije en onvervalste mededinging als economische structuur valt niet zo moeilijk te verklaren. Het E.E.G.-Verdrag zelf sloopte een aantal formidabele structurele hinderpalen tot de vrije mededinging binnen de Gemeenschappelijke Markt, zodat de economische structuur door de inwerkingtreding van het Verdrag zelf op concurrentiële leest werd geschoeid. De belangrijkste bedreiging voor de vrije mededinging binnen de Gemeenschappelijke Markt ging niet uit van een concentratiebeweging door internationale fusies en combinaties, maar wel van de bestaande marktafspraken, de economische machtsposities op de nationale markten en de overblijfselen van nationale grenzen en beperkingen aan het tussenstaatse handelsverkeer. Bovendien achtte men een bepaalde graad van economische concentratie wenselijk, ten einde de Europese ondernemingen een omvang te verlenen, die hen in staat zou stellen het hoofd te bieden aan concurrentie van buiten af (2). Deze optiek leidde evenwel tot een betreurenswaardig onevenwicht

(1) SHEEHY, J. E., *The test of illegality under section 7 of the Clayton Act*, 3 *A.T. Bull.*, 491, 498 (1958).

(2) SWANN, D., and MCLACHLAN, D. L., *Concentration or competition : a european dilemma*, London, 1967.

in de formele opbouw van het Europese mededingingsrecht. Juridisch gezien zou dit onevenwicht op de meest bevredigende manier weggewerkt worden door een wijziging van de verdragstekst die formeel fusies en combinaties, strijdig met het handhaven van de vrije mededinging, zou veroordelen. Hierdoor zou een vast juridisch fundament gelegd worden voor een aanval op overmatige concentratie. Deze oplossing is evenwel utopisch omdat een wijziging van de verdragstekst op dit punt wellicht nog moeilijker te bereiken valt dan een wijziging van de Belgische Grondwet. Zij is trouwens niet noodzakelijk.

De Verdragstekst is de basistekst voor de fundamentele economische ordening van de Gemeenschappelijke Markt. Deze fundamentele economische ordening ligt meer in de richting van een stelsel van vrije mededinging dan in de richting van een stelsel van controle en toezicht. In een materie die zo snel evolueert als economische gedragingen en structuren, is het niet verantwoord in de letter van de basiswet de nauwkeurige maatstaf te zoeken voor de oplossing van concrete juridische betwistingen. De ontwikkeling van de jurisprudentie onder de *Sherman Act* en de *Clayton Act* toont aan dat het vasthouden aan de letter van de wet voor het opleggen van economische normen, leidt tot beslissingen die wellicht juridisch steekhoudend zijn, maar die de wet minder en minder relevant maken ten opzichte van de economische werkelijkheid en die zijn functie als werkzaam economisch ordeningsbeginsel gaandeweg ondergraven. Achteraf moet deze groeiende leemte dan bijgevuld worden door wijzigingen die de wettekst in zijn oorspronkelijke functie van economisch ordeningsbeginsel herstellen. In de tussentijd werd er evenwel een ganse economische structuur opgebouwd zonder wettelijke controle, structuur die praktisch onmogelijk teniet kan worden gedaan, eens zij gevestigd is. Dit wil niet zeggen dat de Commissie of de rechtbanken de Verdragstekst naar eigen inzicht zouden kunnen herschrijven, maar het betekent wel dat zij binnen het raam van de algemene aanduidingen over de economische ordening die in het Verdrag over het mededingingsrecht voorkomen, dit mededingingsrecht zouden kunnen aanpassen aan, en terug werkzaam maken in, gewijzigde economische omstandigheden.

Artikel 87, eerste lid van het Verdrag bepaalt dat de Commissie belast is met het indienen van voorstellen en het opstellen van richtlijnen, die dienstig zijn voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en het tweede lid voorziet met name voorschriften die voor de verschillende bedrijfstakken de werkingssfeer van artikel 85 en 86 vaststellen. Binnen het raam

van deze bevoegdheid zou het voor de Commissie mogelijk moeten zijn om per economische sector, richtlijnen uit te werken in de zin van de *Merger guidelines*, om het marktgedrag en de marktstructuur te bepalen, die onverenigbaar zijn met een stelsel van vrije mededinging binnen de Gemeenschappelijke Markt (1). Bij de uitwerking van deze richtlijnen zou men moeten denken aan een nieuwe interpretatie van artikel 85 van het Verdrag, die de toepassing ervan op fusies en combinaties niet uitsluit. Tevens zou men moeten rekening houden met het verschijnsel van de conglomeratie dat een sectoriële analyse overschrijdt. De Amerikaanse ervaring tussen 1914 en 1950 suggereert, dat indien niet spoedig maatregelen worden getroffen die leiden naar een duidelijk beleid onder artikel 86, en een effectieve toepassing ervan, de toepassing van artikel 85 in zijn traditionele interpretatie wel eens dode letter zou kunnen worden, omdat de ondernemingen door hun grote concentratie, op structureel vlak alle gewenste concurrentiebeperkingen kunnen doorvoeren, die hen onder de vorm van overeenkomsten en akkoorden door artikel 85 verboden worden.

SOMMAIRE

La loi „Celler-Kefauver", vingt ans de lutte contre la concentration économique

Au moment où au sein de la Commission européenne se déroule le débat sur la politique à suivre en matière de fusions et de concentrations de sociétés commerciales dans le Marché commun, le vingtième anniversaire du *Celler-Kefauver Act* offre une excellente occasion pour donner un aperçu de l'évolution du droit antitrust américain pendant une période de concentration économique accélérée, et d'en tirer des enseignements pour canaliser le mouvement de concentration économique bouleversant le Marché commun.

Bref aperçu historique

Les articles 1 et 2 du *Sherman Act* et l'article 7 du *Clayton Act* ont toujours constitué les piliers traditionnels du droit antitrust américain, dans sa lutte contre la concentration économique. L'article 1er du *Sherman Act* interdit les contrats, accords et conspirations portant atteinte au libre commerce, l'article 2 condamne les monopoles, tandis que l'article 7 du *Clayton Act* frappe les prises de participations d'actions dans le capital social de sociétés concurrentes. Déjà en 1904 la Cour suprême décida que la constitution d'une société holding détenant une participation majoritaire dans deux sociétés ferroviaires concurrentes pouvait mettre en danger la libre concurrence. (Northern Securities *vs* U.S., 193 *U.S.* 197). Cette décision ouvrit en principe la voie pour une attaque contre

(1) Canellos, P. C., Silber, H. S., *o.c.*, 7 *C.M.L.R.* 138, 154 e.v.

les fusions et autres formes de concentration qui limitaient la libre concurrence. Elle fut en effet confirmée par les *Railroad Cases* dans lesquels il fut décidé que les prises de participations en diverses sociétés minières et ferroviaires concurrentes, constituaient une atteinte au libre commerce et partant une infraction au *Sherman Act.*

Cependant, dans U.S. *vs* U.S. Steel Corporation (251 *U.S.* 417), la Cour suprême prit la position que toute une série de fusions aboutissant à la formation de la plus puissante société métallurgique, dominant largement toute l'industrie, ne constituait pas une infraction, parce que, quoique géant industriel, la société ne constituait pas un monopole, n'avait pas abusé de sa position dominante et n'était point en mesure de contrôler les prix sur le marché sans le secours des autres sociétés métallurgiques. Ce point de vue se développa graduellement comme la théorie dominante en matière de fusions et de concentrations. Elle laissa le chemin libre pour toutes les formes de concentration n'aboutissant pas au monopole et dans lesquelles les sociétés constituantes s'abstenaient d'abuser de leur position dominante.

L'efficacité du *Clayton Act* en tant qu'instrument préventif à la conservation de la libre concurrence fut sérieusement entravée par la décision prise dans F.T.C. *vs* Western Meat Company (272 *U.S.*554). Par cette décision les acquisitions directes de l'avoir social d'une société concurrente furent écartées du champ d'application de l'article 7 du *Clayton Act,* parce que le texte de cet article ne concernait que les prises de participations d'actions dans le capital social de sociétés concurrentes. Ainsi une des deux voies d'accès à la concentration échappa au contrôle du *Clayton Act,* laissant le soin de la protection de la libre concurrence au seul *Sherman Act.* La faiblesse de celui-ci fut mise en évidence par la décision prise dans U.S. *vs* Columbia Steel Corporation (334 *U.S.* 495), dans laquelle la Cour suprême estima que la plupart des industries aux Etats-Unis ne présentaient pas la forme d'un oligopole et que c'était au Congrès et non aux tribunaux de prescrire des règles plus sévères pour la protection efficace de la libre concurrence, limitant les possibilités de fusion et de concentration.

Le „Celler-Kefauver Act" au Congrès

L'amendement à l'article 7 du *Clayton Act,* qui fut proposé par le député Emmanuel Celler et le sénateur Estes Kefauver, tendait à inclure dans le champ d'application de la loi les acquisitions directes de l'avoir social, de sorte que toutes les formes de fusion et de concentration, dans lesquelles une entreprise abandonnait son indépendance économique, furent désormais assujetties à la règle du maintien de la libre concurrence. Cet amendement dont la portée originelle fut de *boucher la fuite,* fut défendu par les représentants de tendances politiques diverses pour des motifs très variés, ce qui a contribué considérablement à la confusion au moment où les tribunaux entreprenaient de scruter l'intention du législateur pour arriver à trancher un litige.

Les thèmes principaux figurant dans le débat furent les suivants :

- l'abolition de la distinction arbitraire entre les acquisitions directes de l'avoir social d'une société, et les acquisitions indirectes par le biais de prises de participations d'actions dans le capital social suivies de la dissolution de la société acquise et l'intégration de son avoir social dans la société acquérante;
- le blocage du mouvement de concentration et la prévention de la constitution de monopoles, par la destruction dès le début de toute tendance au monopole;

- L'accroissement de la rentabilité économique par la distribution de la production parmi un grand nombre de petites entreprises, au lieu de la concentration de la production dans un nombre réduit de sociétés géantes;
- la protection du petit commerçant indépendant, comme une institution sociale de valeur, garantissant l'autonomie locale politique et économique;
- la préservation du système politique démocratique par la protection des forces économiques modestes;
- la prévention de restrictions à la libre concurrence par voi d'acquisitions, qui par d'autres textes étaient défendues par voie de contrat ou accord.

Il ressort clairement du déroulement des débats au Congrès, que les protagonistes de la réforme estimaient les critères existants dans le *Sherman Act* comme insuffisants pour terminer et prévenir le mouvement de concentration, et qu'ils souhaitaient les remplacer par des critères plus sévères visant chaque mouvement de concentration dès son amorcement. Cependant ce point de vue ne conduisit pas à une condamnation formelle dans le texte de la loi, des fusions et autres formes de concentration mais se manifesta uniquement dans une déclaration d'intention ferme que le meilleur moyen de sauver la libre concurrence était d'attaquer chaque mouvement de concentration économique dès son début. On craignait qu'une condamnation formelle de certaines formes de fusion ne fût une méthode trop rigide et excluant des fusions qui au point de vue compétitif méritaient d'être réalisées. Ainsi le critère formel de la contravention resta inchangé dans le texte de l'article 7, ce qui prêta une certaine flexibilité à l'application de la loi, mais laissa les tribunaux avec des problèmes d'interprétation considérables.

L'application du „Celler-Kefauver Act"

La diversité des problèmes qui se posaient à l'occasion de l'interprétation du *Celler-Kefauver Act*, amena les tribunaux à développer des arguments plus ou moins spécifiques selon qu'il s'agissait de concentrations horizontales, verticales ou des conglomérations.

L'*intégration horizontale* consiste à la fusion ou la concentration de deux entreprises produisant des produits identiques ou similaires, qui sont distribués dans des marchés partiellement ou totalement identiques. Les tribunaux ont traité cette forme de concentration par une analyse minutieuse du marché. D'abord le groupe des produits concurrents est déterminé (*relevant product market*), puis le territoire sur lequel se déroule la concurrence est délimité (*relevant geographic market*) et ensuite l'importance de la position de la société sur le marché et le degré de concentration de celui-ci sont examinés.

Le *Cellophane Case* (U.S. *vs* E.I. Dupont de Nemours & Company, 351 *U.S.* 377) établit que le marché matériel des produits en concurrence est déterminé par l'élasticité croisée de la demande, c'est-à-dire par la variation de la demande d'un produit par rapport à la variation de prix d'un autre produit. A cause de sa complexité dans une procédure juridique, ce critère n'a pas toujours été appliqué rigoureusement et plusieurs fois les tribunaux se sont bornés à baser leurs décisions sur des comparaisons entre les différences en qualité, en prix et en usage des produits.

Le marché territorial ou géographique est depuis la décision dans U.S. *vs* Pabst Brewing Company (384 *U.S.* 546) défini comme toute zone territoriale dans laquelle se déroule une concurrence effective entre les sociétés prenant part

à la fusion. La démarcation de ce marché est subordonnée à la question à savoir si la fusion affecte les relations concurrentielles quelque part aux Etats-Unis. Cette décision a eu de lourdes conséquences pour la définition de la position dominante d'une entreprise dans le marché, parce que cette position dépend directement de l'extension que l'on accorde aux limites territoriales du marché. Plus les limites territoriales du marché sont rétrécies, plus la concentration du marché sera grande et le pourcentage de chaque entreprise dans le chiffre d'affaires global du marché élevé. Un marché réduit n'est pas capable de soutenir toute une série de concurrents viables et est inévitablement en proie à un degré de concentration élevé.

Le critère primordial utilisé dans les décisions judiciaires sous le *Clayton Act* fut le pourcentage que les sociétés, prenant part à la fusion, contrôlaient dans le chiffre d'affaires global du marché. Ce pourcentage fut apprécié en concordance avec le degré de concentration du marché et avec l'intention de bloquer chaque mouvement de concentration dès le début. En plus des critères mentionnés ci-dessus il y a encore beaucoup d'autres critères qui doivent être soumis à une analyse économique minutieuse afin de pouvoir établir la preuve de l'effet d'une fusion sur les relations concurrentielles dans le marché. La multitude des éléments à prendre en considération rend cette analyse extrêmement complexe et laborieuse au cours d'une procédure juridique. La difficulté de pouvoir établir de façon convaincante l'effet négatif d'une fusion sur la libre concurrence, fut reconnue par la Cour suprême dans U.S. *vs* Philadelphia National Bank (374 *U.S.* 321). Dans cette décision la Cour renversa la charge de la preuve en faveur de l'administration et établit une présomption que certaines fusions combinant des sociétés contrôlant un pourcentage assez important du chiffre d'affaires total du marché, constituaient en soi une menace à la libre concurrence et dispensait l'administration de prouver l'effet nuisible de la fusion, à moins que le défenseur puisse établir de façon convaincante la preuve du contraire. Considérant la complexité et la difficulté de la preuve à fournir par le défenseur cette présomption équivala à une condamnation absolue de toutes les fusions ou autres formes de concentration importantes au niveau horizontal.

Il resta à la Cour à déterminer à partir de quel point elle estimait la concurrence lésée, de sorte que la présomption entrait en action. Ceci fut fait dans U.S. *vs* Von's Grocery Company (384 *U.S.* 270), décision dans laquelle la Cour interdit une fusion de deux supermarchés dans la banlieue de Los Angeles, contrôlant ensemble 8,9 % de la totalité des ventes du marché. Le marché comptait au moment de la fusion encore plus que 3.900 entreprises indépendantes, la concurrence y était très vive et la tendance à la concentration peu prononcée. Cette décision fut basée principalement sur le fait que le nombre de concurrents indépendants avait diminué continuellement et l'argument que le Congrès avait en 1950 exprimé son intention de bloquer chaque mouvement de concentration qui pouvait conduire à un marché concentré et anticoncurrentiel. Elle fut l'objet d'une critique très vive de la part du conseiller Stewart qui reprochait à la Cour d'abandonner le seul critère d'infraction reconnu par la loi, à savoir l'effet nuisible de la fusion sur la libre concurrence et qui démontrait dans une analyse serrée des facteurs économiques dans le marché que l'effet sur la concurrence était négligeable. Dans U.S. *vs* Von's Grocery Company la jurisprudence a atteint les limites de ses possibilités dans le domaine de l'intégration horizontale. Un pas plus loin amènerait les tribunaux à prendre en considération des fusions sans aucune importance économique.

L'*intégration verticale* consiste en la fusion ou la concentration de deux sociétés ne se trouvant pas dans une relation concurrentielle, mais dans une relation de producteur et d'utilisateur. Cette forme de concentration a été jugée de façon plus flexible et équilibrée quant à l'argumentation juridique et économique.

Quoique le degré de concentration et le pourcentage du contrôle du marché continuent à jouer un rôle important comme critères, le maintien de la libre concurrence dans l'intégration verticale, dépend encore d'autres facteurs économiques tels que la concurrence potentielle venant d'autres industries, les barrières d'accès au marché, le blocage des accès aux débouchés pour la distribution des produits (*market foreclosure*), l'existence de réserves financières importantes (*deep pocket doctrine*), l'existence d'avantages indirects par des contrats de livraison ou d'approvisionnement imposés (*reciprocity buying*) et l'amélioration de la position concurrentielle par une fusion d'entreprises faibles (*failing company defense*).

Cet équilibre de jugement fut illustré par la décision dans Brown Shoe Company *vs* U.S. (370 *U.S.* 294), le premier cas d'intégration verticale à atteindre la Cour suprême sous le *Clayton Act* modifié. La fusion entre Brown Shoe et Kinney, deux producteurs et distributeurs de chaussures, fut interdite, non seulement à cause du pourcentage de contrôle des ventes dans le marché national, mais également à cause de l'intention indéniable de Brown d'imposer ses produits aux distributeurs absorbés, la tendance générale à l'intégration verticale dans l'industrie et à cause du pourcentage assez élevé dans la vente de chaussures dans des marchés locaux bien déterminés.

La concurrence potentielle a joué également un rôle important dans les litiges d'intégration verticale. Elle consiste en la pression concurrentielle indirecte exercée sur un marché par des entreprises situées dans des industries avoisinantes, candidats éventuels à une entrée en compétition directe. Le problème est de savoir quelles entreprises doivent être considérées comme concurrents potentiels pour une branche d'industrie déterminée. La preuve de la probabilité d'entrée peut être établie par des éléments objectifs, tels que la similarité entre les produits et les méthodes de production et de distribution, la direction principale des recherches scientifiques, et l'existence de moyens d'investissement-importants (*preuve objective*). La preuve de la probabilité de l'entrée en coms pétition active peut également être établie à l'aide de documents écrits et de témoins, indiquant l'intention de la direction de l'entreprise d'entrer en compétition (*preuve subjective*).

Dans U.S. *vs* Penn-Olin Chemical Company (378 *U.S.* 158) la Cour suprême trancha la question en faveurs des preuves objectives. L'existence de facteurs économiques objectifs indiquant l'entrée probable d'une entreprise dans une industrie est suffisante pour considérer cette entreprise comme un concurrent potentiel, même s'il n'y a aucune indication que la direction de l'entreprise avait des projets pour entrer en compétition directe dans ladite industrie, ou même si la direction avait clairement exprimé sa désapprobation sur l'idée d'entrée.

Une définition complète de la *conglomération* n'est possible que d'une façon négative, c'est-à-dire que la conglomération englobe toutes les formes de fusion et de concentration autres que les formes de concentration horizontale et verticale. En principe les entreprises qui font part d'une conglomération ne maintiennent pas de relations concurrentielles et même pas de relations économiques; elles

appartiennent à des industries différentes et même disparates, comme par exemple une fusion entre un chantier naval et une entreprise cultivatrice de fleurs. Le fait que les entreprises faisant part d'une conglomération ne se trouvent dans aucun lien de concurrence, rend particulièrement difficile l'application d'une loi dont la violation est formulée en termes d'atteinte à la libre concurrence. A première vue il est impossible qu'une fusion entre sociétés aussi disparates puisse influencer l'intensité de la libre concurrence. Ce point de vue est confirmé par le fait que de nombreuses conglomérations se produisent non pas pour des raisons concurrentielles mais principalement pour des raisons financières et fiscales. Quoique l'administration fut d'avis que les conglomérations étaient des formes de fusions ou de concentration soumises à l'application du *Clayton Act*, la difficulté d'appliquer le critère de la libre concurrence se reflêta dans la politique de la poursuite des violations. Les poursuites contre les conglomérations furent peu nombreuses et dirigées uniquement contre des cas où l'on pouvait démontrer des effets sérieux sur la libre concurrence. Les auteurs estimèrent en général qu'il fallait une modification à la loi pour atteindre les conglomérations de façon efficace. En 1969 l'administration antitrust changea d'avis et institua plusieurs poursuites contre des conglomérations. Cette politique nouvelle fut inspirée par l'urgence du problème qui forçait l'administration de prendre le risque de perdre quelques litiges afin de pouvoir établir les limites d'application du *Clayton Act* en matière de conglomération et par la conviction que l'interprétation flexible de la loi par les tribunaux étendrait l'application de celle-ci à des conditions économiques constamment changeantes.

Quoique les conglomérations furent moins mises en évidence lors des débats au Congrès en 1950, parce qu'à cette époque elles ne constituaient pas le courant central de la concentration économique, elles furent expressément nommées comme faisant part du mouvement de concentration. Il est impossible d'exclure les conglomérations du champ d'application de l'article 7, en raison du fait que les conglomérations n'ont été envisagées par le législateur en 1950. Par conséquent la question fondamentale qui se présente est de savoir si la concentration par voie de conglomération peut avoir des effets concurrentiels justifiant sa répression sous l'article 7 du *Clayton Act*. L'atteinte à la libre concurrence ne doit pas être prouvée par un lien causal pour chaque conglomération particulière. La jurisprudence en matière de concentration horizontale a démontré qu'il est pratiquement impossible de fournir une preuve économique convaincante qu'une fusion déterminée a un effet nuisible pour la libre concurrence. Il suffit de trouver des arguments économiques fondés, indiquant qu'une conglomération peut porter atteinte à la libre concurrence. Plusieurs arguments ont été développés pour soutenir cette thèse.

Quoiqu'une conglomération n'affecte pas directement les relations concurrentielles entre les entreprises participantes et n'augmente guère le degré de concentration dans les marchés ou les industries concernées, il est indéniable que la conglomération diminue le nombre d'entités indépendantes dans l'économie en général, et qu'un mouvement soutenu de conglomération finira par concentrer davantage des capitaux toujours croissants, entre les mains d'un nombre de personnes de plus en plus restreint et qu'elle contribuera considérablement à la diminution des centres indépendants de pouvoir économique. En tant que tel la conglomération est contraire à la thèse de la préservation du petit commerçant indépendant que le Congrès et la Cour suprême ont soutenu.

Chaque conglomération est caractérisée par le fait qu'elle consiste d'une ou de plusieurs entreprises actives dans des marchés ou des secteurs industriels différents. Quoique au sein de la conglomération les relations concurrentielles sont faibles ou inexistantes et les relations économiques en général réduites, toute la conglomération est soutenue par une structure financière commune. Cette structure financière commune permet à la conglomération d'exercer une pression concurrentielle supplémentaire par le transfert de la puissance économique qu'elle possède dans les marchés où elle a une position forte ou dominante, vers d'autres marchés ou industries où sa position concurrentielle est faible. Par ce transfert de puissance économique les relations concurrentielles dans un marché sont faussées par le rapport entre les forces économiques dans un marché ou une industrie différente.

Ce transfert de puissance économique est réalisé dans la *deep pocket doctrine* qui met l'accent sur l'importance de la disponibilité de réserves financières importantes. Lorsqu'un géant industriel fait son entrée dans une industrie par voie d'acquisition, l'étendue de ses réserves financières constituera un avantage concurrentiel pour la filiale ainsi acquise, en matière de 1° guerre illimitée des prix, 2° campagnes publicitaires massives, 3° construction et maintien d'un excédent de capacité de production, 4° dépenses illimitées dans le domaine de la recherche scientifique afin de réaliser une percée technique décisive au détriment des concurrents. La puissance financière de la société-mère protège la filiale contre les pressions concurrentielles et fait disparaître la rentabilité économique comme facteur décisif, dominant l'activité de l'entreprise.

Un autre transfert de puissance économique limitant la libre concurrence consiste dans l'imposition de commandes ou de livraisons auprès d'une société affiliée (*reciprocity buying*). Une société qui occupe une position prédominante dans l'approvisionnement ou les ventes d'une autre société, oblige cette dernière à placer ses commandes chez une société avec laquelle elle est affiliée dans le cadre de la conglomération. Cette technique est une atteinte directe au jeu de la libre concurrence, parce que les décisions en matière de placement de commandes ne sont pas inspirées par des considérations de mérite compétitif, mais par des considérations de chantage économique.

Ce transfert de puissance économique d'un marché à l'autre ne pourra fonctionner de façon efficace, si dans quelques marchés la conglomération bénéficie réellement d'une position dominante et s'il y a une disparité en ordre de grandeur entre l'industrie où la conglomération se trouve en position dominante, et celle où elle se trouve en position concurrentielle. En effet si les entreprises de la conglomération doivent faire face à une concurrence intensive dans tous les marchés où elles se sont engagées, elles ne seront pas en mesure de transférer des ressources économiques d'un marché à l'autre, parce que chaque entreprise dans son industrie aura besoin de toutes les ressources disponibles. Toutefois très peu de conglomérations se trouvent dans une situation pareille. La plupart d'entre elles consistent d'une part de quelques entreprises ayant une position dominante dans un marché relativement concentré et d'autre part d'entreprises actives dans des marchés concurrentiels. Les prix et les bénéfices relativement élevés obtenus grâce à la domination dans un marché concentré, donnent à la conglomération la possibilité d'accumuler des réserves financières supplémentaires, qui ne sont point accessibles pour des entreprises se limitant à un seul marché ou industrie. Si une conglomération possède un monopole dans plusieurs marchés totalisant un chiffre d'affaires de 5.000.000 de dollars, il est évident

qu'elle ne pourra influencer la concurrence dans une industrie où le chiffre d'affaires d'une entreprise moyenne se situe à environ 10.000.000 de dollars. En réalité nous constatons que le mouvement de conglomération est mené non pas par de petites entreprises mais par les géants industriels.

L'entrée d'un géant industriel dans un marché constitué d'entreprises moyennes forcera ces dernières à chercher un appui et de s'allier par mesure de défense à des entreprises plus puissantes dans le même marché ou à des conglomérations. Ce mouvement de fusions défensives accélère le mouvement de concentration et de liquidation des entreprises indépendantes et la formation d'un marché à une structure excessivement rigide.

Enfin le mouvement de conglomération atteindra un point où plusieurs conglomérations se rencontreront comme concurrents à travers des marchés et des industries les plus divers. A l'occasion d'une telle rencontre les conglomérations hésiteront à pousser la pression concurrentielle, par crainte de représailles dans d'autres marchés et d'autres industries. Le mouvement de conglomération résultera donc finalement dans une situation qui est analogue à celle de l'oligopole, où un nombre réduit d'entreprises pourra stabiliser les prix et la marge des bénéfices non pas dans un seul marché mais à travers toute l'économie.

Fusions et concentrations dans le Traité C.E.E.

En ce moment les pays du Marché commun sont en proie à un mouvement de concentration économique qui transformera définitivement la structure économique pour les générations à venir. Les législations nationales des Etats membres sont insuffisantes pour traiter un phénomène qui dépasse largement les frontières nationales, ce qui nous laisse seulement l'article 86 du Traité C.E.E. pour trouver une solution.

La majorité des auteurs interprètent l'article 86, comme interdisant les abus de puissance économique, sans toucher à la position dominante même, ou au mouvement de fusion et de concentration établissant pareille position dominante. Cette thèse a rencontré quelque opposition de la part de la Commission et de la part de quelques auteurs éminents tels que le professeur P. Verloren van Themaat. Celui-ci défend la thèse que les fusions et autres combinaisons qui aboutissent à d'importantes modifications structurelles du marché peuvent être considérées comme des abus de puissance économique. L'argument principal de cette thèse peut être résumé comme suit : la correction des abus de puissance économique, se limitant à la conduite répréhensible d'une société dominante, requiert des mesures de contrôle tellement étendues et complexes, qu'un système pareil s'il se voudrait effectif finirait dans un dirigisme économique excessif qui est incompatible avec le principe de la libre concurrence proposé comme objectif du Traité à l'article 3. C'est pourquoi les fusions et combinaisons qui amènent à de pareilles positions dominantes sont incompatibles avec le traité.

La question de l'application de l'article 86 sur les fusions et autres formes de concentration est étroitement liée à l'interprétation du mot abus. L'article 86 donne plusieurs exemples d'abus d'une position économique dominante. Ces exemples peuvent être rangés en trois catégories : 1° les abus qui constituent des actes de concurrence déloyale, 2° les abus envers les concurrents qui ne constituent pas des actes de concurrence déloyale, mais qui affectent la structure concurrentielle du marché, et 3° les abus envers les utilisateurs.

Les actes de concurrence déloyale ne sont point des abus résultant de la position

dominante de l'entreprise commettant l'infraction. N'importe quelle entreprise forte ou faible est en mesure de perpétrer des actes de concurrence déloyale, la seule différence résidant dans l'effet de l'abus commis. Ces abus sont interdits par les législations nationales, et le rôle de l'article 86 n'est pas de combattre la concurrence déloyale. D'ailleurs il ressort des documents préparatoires du traité qui sont à notre disposition que l'on souhaitait de séparer clairement les règles sur la concurrence déloyale et celles régissant les ententes et les monopoles.

Dès que l'on quitte le domaine de la concurrence déloyale la notion d'abus de puissance économique donne lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation, parce qu'à l'encontre du *Sherman Act* et du *Clayton Act*, l'article 86 ne permet pas de se baser sur des structures économiques afin de pouvoir constater la violation de la loi. L'exploration de la notion *abus d'une position économique dominante* conduit inévitablement à la conclusion qu'à partir d'un certain point la distinction entre conduite économique et structure économique est artificielle et inutile à l'analyse économique.

Les abus dirigés contre les autres concurrents et qui affectent la structure concurrentielle du marché, peuvent être contenus (quoique de façon peu efficace) par la correction de la conduite économique de l'entreprise commettant l'infraction. La restauration ou la conservation des relations concurrentielles dans le marché est évidemment un moyen de combat supérieur, en ôtant la base même de l'abus : la position économique dominante. Cependant le fondement juridique pour une action directe contre les structures économiques nous paraît faible, parce que l'article 86 lui-même ne mentionne pas le maintien de la structure concurrentielle du marché et parce que, lors de la préparation du traité, il n'y avait clairement aucune intention de toucher aux positions des entreprises dominantes.

En ce qui concerne les abus dirigés contre les utilisateurs, la correction de la conduite abusive ne se révèle pas seulement inefficace, mais résulte en une absence complète de toute répression d'abus. Les mesures de contrôle et de répression à instaurer par la Commission pour combattre ces abus n'aboutiraient non seulement à un dirigisme économique excessif, mais ne correspondraient à aucune réalité économique. En effet la notion de conduite abusive sous-entend l'existence d'une conduite normale comme critère. Il est impossible dans le système monopole ou oligopole d'établir la conduite normale vis-à-vis de l'utilisateur sans se référer au système de la libre concurrence. Puisqu'en général les monopoles et oligopoles résultent dans des prix plus élevés et de la qualité inférieure, que dans le système de la libre concurrence, la conduite des monopolistes et oligopolistes peut toujours être considérée comme une conduite abusive à l'égard de l'utilisateur. L'abus ne peut être corrigé qu'en imposant une conduite similaire à celle du concurrent libre. Or il est impossible d'imposer la conduite concurrentielle par des mesures de contrôle et de répression. Puisque ces mesures de contrôle et de répression doivent pour leur conduite modèle se référer au système de la libre concurrence, l'unique moyen d'imposer cette conduite modèle aux entreprises consiste à rétablir la structure concurrentielle du marché. La position limitée du système de la libre concurrence dans le Traité de la C.E.E. en général et dans l'article 86 en particulier, ne justifie pas de recourir à l'autre extrême et de tomber dans le piège du dirigisme économique qui est encore moins compatible avec l'esprit du traité, qu'une action directe rétablissant des structures concurrentielles.

L'application de l'expérience américaine

Le problème fondamental de chaque législation imposant des principes d'ordre économique consiste à établir un équilibre entre l'utilisation de critères de conduite là où ces critères sont utiles et efficaces et l'utilisation de critères de structures où seules ces critères sont efficaces dans la lutte contre les manipulations subtiles de la puissance du monopole. Cet équilibre se trouve indéniablement mieux réalisé dans la législation et la jurisprudence américaines qu'européennes. L'hésitation de la législation européenne devant les réformes de structure peut être expliquée de plusieurs façons : 1. le Traité C.E.E. par son instauration abolit plusieurs barrières structurelles formidables de sorte que la structure économique du Marché commun fut renouvelée dans le sens de la libre concurrence sans que d'autres mesures de structure semblaient s'imposer; 2. la libre concurrence n'était pas menacée par un mouvement de concentration d'entreprises, mais bien par des ententes existantes, les positions dominantes des entreprises sur leur marché national et par les vestiges des barrières nationales à la libre circulation du commerce entre les Etats membres. En outre, on estimait qu'un certain degré de concentration était souhaitable afin que les entreprises européennes puissent former un contrepoids contre la concurrence croissante provenant de pays tiers.

Ces motifs conduisirent malheureusement à un déséquilibre dans le texte du traité, au détriment d'une intervention directe dans les structures économiques. L'expérience américaine nous enseigne que l'interprétation juridique qui se limite au sens litéral de la loi, conduit à des décisions justifiables du point de vue juridique, mais de moins en moins efficaces dans la réalité économique qu'elles sont censées de régler. Cet écart croissant entre la réalité économique fluide et changeante et l'interprétation stricte des textes destinés à régler cette réalité, est après-coup réduit par l'introduction d'une loi qui établit de façon formelle les nouvelles infractions à l'ordre économique voulu par le législateur. Le Traité C.E.E. n'est qu'un texte de base et les juristes doivent résister à la tentation de trouver des solutions précises pour chaque problème concret dans la lettre du Traité. L'article 87 prévoit que la Commission a le pouvoir de proposer des mesures détaillées afin de préciser et de réaliser les principes généraux inscrits dans le Traité. Il est temps que la Commission utilise de ce pouvoir pour développer une stratégie commune face au problème de la concentration économique, par exemple en rédigeant par secteur économique des critères pour les fusions et autres formes de concentration qu'elle considère être en harmonie avec le système de la libre concurrence.

ZUSAMMENFASSUNG

Das „Celler-Kefauver" gesetz, zwanzig jahren streit gegen wirtschaftliche konzentration

Im Augenblick wo die Europäische Kommission die Diskussion über die Fusionen und Zusammenschlüsse von Handelsgesellschaften im Rahmen des Gemeinsamen Marktes aufgegriffen hat, bietet der zwanzigste Jahrestag des *Celler-Kefauver* Gesetzes in den Vereinigten Staaten, eine ausgezeichnete Gelegenheit zu einem Überblick der Entwicklung des Amerikanischen Antitrust-

rechtes während einem durch eine beschleunigte wirtschaftliche Konzentration bezeichneten Zeitabschnitt. Zugleich können wir aus dieser Analyse einige Anregungen holen zur Orientierung der wirtschaftlichen Zusammenschlußbewegung, die zur Zeit den Gemeinsamen Markt umzuwandeln droht.

Kurzer historischer Überblick

Die Paragraphen 1 und 2 des *Sherman*-Gesetzes sowie Paragraph 7 des *Clayton*-Gesetzes bildeten seit jeher die traditionelle Grundlage des Amerikanischen Antitrustrechtes in dessen Kampf gegen die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse. Der Paragraph 1 des *Sherman*-Gesetzes verbietet solche Verträge, Abmachungen bezw. Verschwörungen, wodurch der freie Handelsverkehr behindert wird, der Paragraph 2 lehnt Monopole ab, während der Paragraph 7 des *Clayton*-Gesetzes sich auf die Aufnahme von Teilnahmen am Aktienkapital von mit dem eigenen Unternehmen im Wettbewerb stehenden Gesellschaften bezieht.

Schon in 1904 urteilte der Höchste Gerichtshof (*Supreme Court*) daß die Errichtung einer Holding-Gesellschaft, die einen Mehrheitsanteil in zwei miteinander im Wettbewerb stehenden Eisenbahn-Gesellschaften hatte, dem freien Wettbewerb gefährden könnte (Northern Securities *vs* U.S., 193 *U.S.* 197). Diese Entscheidung ermöglichte grundsätzlich den Angriff auf die den freien Wettbewerb einschränkenden Fusionen und andere Formen des Zusammenschlusses und wurde durch die sogenannten *Railroad Cases* bestätigt. In diesen Fällen wurde beschlossen, daß eine Teilnahme am Kapital verschiedener mit einander im Wettbewerb stehenden Eisenbahn- und Bergbaugesellschaften einen Verstoß gegen den freien Wettbewerb und deshalb gegen das *Sherman*-Gesetz darstellte.

In dem Fall U.S. *vs* U.S. Steel Corporation (251 *U.S.* 417) jedoch entschied der Höchste Gerichtshof daß eine Reihe von Fusionen, die zur Bildung des mächtigsten, den gesammten betreffenden Industriezweig weitgehend beherrschenden Metallkonzerns geführt hatten, dennoch kein Verstoß gegen die Antitrustgesetze waren, weil die neugebildete Gesellschaft, obgleich sie ein industrieller Riesen sei, jedoch kein Monopol innehatte, und weder ihre beherrschende Lage mißbrauchte, noch im Stande war, ohne Mithilfe anderer Metallgesellschaften, die Marktpreise zu bestimmen. Dieser Standpunkt hat sich allmählich als die herrschende Theorie bezüglich Fusionen und Zusammenschlüsse durchgesetzt. Sie ließ die Tür für alle solchen Formen des Zusammenschlusses offen, die nicht zu einer Monopolstellung führten und in denen die Gründungsgesellschaften sich eines Mißbrauches ihrer beherrschenden Stellung enthielten. Die Zweckmäßigkeit des *Clayton*-Gesetzes als ein präventives Werkzeug zur Gewähr des freien Wettbewerbs wurde durch das Urteil in F.T.C. *vs* Western Meat Company (272 *U.S.* 554) bedeutend geschwächt. Diese Entscheidung schloß die direkte Übernahme des gesellschaftlichen Patrimoniums einer sich im Wettbewerb befindeten Gesellschaft aus dem Kompetenzbereich des Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes aus, weil der Text dieses Paragraphen nur die Anteilnahme am Gesellschaftskapital von im Wettbewerb stehenden Gesellschaften verbot. Dadurch wurde fortan einer der zwei nach Zusammenschlüssen führenden Wege der Sperre des *Clayton*-Gesetzes entzogen und blieb das *Sherman*-Gesetz in der Praxis als einziger Schutz des freien Wettbewerbs übrig.

Die Schwäche dieses Gesetzes aber kam in dem Fall U.S. *vs* Columbia Steel

Company (334 *U.S.* 495) deutlich zum Ausdrück. In diesem Falle urteilte der Höchste Gerichtshof daß die Industriegesellschaften in den Vereinigten Staaten, in ihrer Mehrzahl nicht die Form eines Oligopols darboten und daß es dem Congress und nicht den Gerichtshöfen obliegt strengere Regel für den zweckmäßigen Schutz des freien Wettbewerbs, die zugleich die Möglichkeiten zu Fusionen und Zusammenschlüssen begrenzen, festzustellen.

Das „Celler-Kefauver" Gesetz im Congress

Die Abänderung vom Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes die vom Abgeordneten Emmanuel Celler und vom Senator Estes Kefauver vorgeschlagen wurde, hatte zum Zweck den unmittelbaren Erwerb des gesellschaftlichen Patrimoniums diesem Gesetz zu unterziehen so daß alle Formen einer Fusion bezw. eines Zusammenschlusses, die zur Aufhebung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit eines Unternehmen führten, fortan dem Maßstab der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs unterworfen waren. Dieser Abänderungsvorschlag der eigentlich nur die Löcher zu dichten beabsichtigt, wurde durch Abgeordneten verschiedenster politischer Tendenzen und aus den verschiedensten Gründen unterstützt, so daß eine große Verwirrung entstand, so bald als die Richter, zur Schlichtung eines Prozesses die Absichten des Gesetzgebers zu definieren versuchten.

Die wichtigsten Punkte der Congress-Debatte waren :

- die Aufhebung des willkürlichen Unterschiedes zwischen unmittelbaren Erwerb des gesellschaftlichen Patrimoniums und dem indirekten Erwerb über den Weg einer Teilnahme am Aktienkapital, wonach die so erworbene Gesellschaft aufgehoben und ihr Patrimonium in die andere Gesellschaft überführt wird;
- das Abbremsen von Konzentrationsbewegungen und das Vorbeugen von Monopolen, dadurch daß jegliche monopolistische Tendenz von vornherein vernichtet wird;
- die Hebung der wirtschaftlichen Rentabilität durch die Aufteilung der Produktion auf eine große Zahl von kleineren Unternehmen, an Statt der Konzentration der Produktion in einer kleinen Zahl von Riesenbetrieben;
- der Schutz des kleinen, mittelständigen, unabhängigen Handlers, als eine hochwertige soziale Einrichtung zur Gewähr der politischen und wirtschaftlichen Eigenständigkeit auf örtlicher Ebene;
- die Sicherung der freien und demokratischen politischen Ordnung, durch den Schutz des kleinen Handlers;
- die Vorbeugung von Beschränkungen des freien Handelsverkehrs durch Fusionen und Zusammenschlüsse, wenn solche Beschränkungen durch Verträge, Abkommen bezw. Verschwörungen, schon verboten sind.

Die Dokumente der Debatte im Congress lassen keinen Zweifel darüber bestehen dass die Vorkämpfer der Reform der Meinung waren, daß die unter dem *Sherman*-Gesetz bestehenden Maßstäbe nicht ausreichten um die wirtschaftliche Zusammenschlußbewegung effektiv zum Stillstand zu bringen, und daß sie neue und strengere Maßstäbe einzuführen wünschten um diese Bewegung im Knopf zu ersticken. Dieser Standpunkt fand nicht seinen Niederschlage in einer formellen Gesetzabänderung, sondern wurde formuliert in einer ausdrücklichen Erklärung über die Absicht des Gesetzgebers, die beste Methode zur Gewähr des freien Wettbewerbs sei die Zusammenschlußbewegungen vom Anfang ab zum Stillstand zu bringen. Der Congress schreckte vor einem voll-

ständigen Verbot aller Fusionen und Zusammenschlüsse zurück, weil eine solche unbiegsame Regel hindernde Folgen mit sich bringen konnte, zum Beispiel im Falle eines Zusammenschlusses, wobei die Wettbewerbsfähigkeit zweier schwächer Gesellschaften gestärkt wurde. Der formelle Maßstab für eine Verletzung des Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes blieb deswegen ungeändert. Dies ermöglichte eine lockerere Handhabung des Gesetzes, aber überließ den Gerichtshöfen ungeheuere Interpretationsschwierigkeiten.

Die Interpretation des „Celler-Kefauver" Gesetzes

Die Mannigfaltigkeit der Probleme bei der Interpretation des *Celler-Kefauver*-Gesetzes bracht die Gerichtshöfe dazu, einen Unterschied zu machen zwischen bestimmten Typen von Unternehmenszusammenschlüssen und verschiedenen für jeden Typ insbesonder geeignete Maßstäbe, wie zum Beispiel für horizontale und vertikale Integration sowie für Konglomeraten zu entwicklen.

Die *horizontale Integration* besteht aus einem Zusammenschluß zweier Gesellschaften die identische oder ähnliche Produkte erzeugen oder Dienste leisten für identische oder sich überlappenden Märkte. Die Gerichtshöfe haben diese Konzentrationsform durch eine sorgfaltige Marktanalyse, wobei die Strukturelemente des Marktes betont wurden beurteilt. Bei dieser Marktanalyse wurden die am Markt beteiligten Produkte (*relevant product market*) sowie die geographische Ausdehnung des Marktes festgestellt; weiter wurde der Marktanteil der an der Fusion beteiligten Gesellschaften berechnet und als Maßstab derer marktbeherrschenden Stellung verwendet.

Im *Cellophane Case* (U.S. *vs* E.I. Dupont de Nemours & Company, 351 *U.S.* 377) wurde entschieden daß der relevante Produktenmarkt bestimmt wird durch die Preis-Kreuzelastizität von Substitutprodukten. Wegen der eingewickelten Art dieses Maßstabes in einem gerichtlichen Verfahren, ist er nicht immer genau so verwendet worden und in manchen Fällen haben die Gerichtshöfe ihre Entscheidungen auf Unterschiede in Preis, Qualität und Gebrauch der beteiligten Produkte und Dienste begründet.

In U.S. *vs* Pabst Brewing Company (384 *U.S.* 546) wurde der relevante geographische Markt als die Zone effektiven Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Gesellschaften bestimmt. Die Abgrenzung des geographischen Marktes wurde der Frage unterstellt ob eine bestimmte Fusion der freien Wettbewerb irgendwo in den Vereinigten Staaten beeinflüssen würde. Diese Entscheidung war sehr wichtig, weil die marktbeherrschende Stellung und der Marktanteil eines Unternehmens, unmittelbar von der Frage wo die Grenzlinie des Marktes gezogen wird abhängen. In beschränkte geographischen Markten gibt es öffensichtlich für eine ganze Reihe wettbewerbsfähiger Unternehmen keinen Platz, und unvermeidlich wird der Marktanteil der wenigen Konkurrenten ziemlich hoch liegen.

Der wichtigste Maßstab der in Fällen horizontaler Integration verwendet wurde ist jedoch der Marktanteil der fusionierenden Unternehmen im relevanten Markt, beurteilt im Lichte einer Tendenz zur wirtschaftlichen Konzentration und der ausdrücklichen Absicht des Congresses die Zusammenschlußbewegung vom Anfang ab ein kräftiges Halt zuzurufen. Neben diesen erwähnten Maßstaben gibt es noch manche andere Teste und Kriterien, die man untersuchen soll, um den Beweis zu liefern daß eine bestimmte Fusion tatsächlich einen Angriff auf den freien Wettbewerb im relevanten Markt darstelt. Die Vielheit und die

Mannigfaltigkeit der zu verwendenden Maßstäbe, macht eine vollständige Analyse des Marktes zu einer außerordentlich komplexen und schwierigen Aufgabe in einem Gerichtsverfahren.

Die Schwierigkeit den Beweis zu liefern wurde vom Höchsten Gerichtshof in U.S. *vs* Philadelphia National Bank (374 *U.S.* 321) anerkannt. In dieser Entscheidung verlegte der Höchste Gerichtshof die Beweislast von der Antitrustverwaltung auf den Angeklagten und prägte die Regel daß bestimmte Fusionen und Zusammenschlüsse, an sich so anti-konkurrenziell wirkten daß die Vermutung bestehen muß sie würden den freien Wettbewerb angreifen, es sei denn der Angeklagte könne das Gegenteil beweisen. Wegen Beweisschwierigkeiten bezüglich Fusionen und Zusammenschlüssen und ihren Folgen für den freien Wettbewerb, bedeutete diese Entscheidung ein allgemeines Verbot jeder Fusion die an sich anti-konkurrenziell wirkt. Welche Fusionen an sich als anti-konkurrenziell zu betrachten waren wurde in U.S. *vs* Von's Grocery Company (384 *U.S.* 270) entschieden. In dieser Entscheidung verbot der Höchste Gerichtshof eine Fusion von zwei Supermarkten, die zusammen 8,9 % des Gesammtumsatzes in Groß-Los Angeles für sich in Anspruch nahmen. Im Augenblick wo diese Fusion statt fand, blieben noch mehr als 3.900 selbständige Konkurrenten übrig, der Wettbewerb war sehr lebhaft und die Tendenz zur Konzentration nur sehr schwach. Die Entscheidung war hauptsächlich in der Tatsache begründet, daß die Zahl der unabhängigen Konkurrenten abgenommen hatte sowie in dem Argument daß der Congress in 1950 klar die Absicht hatte jede Konzentration vom Anfang ab abzubremsen, auch wenn der bestehende Wettbewerb noch ziemlich kräftig war.

Gerichtsrat Stewart war sehr kritisch über diese Entscheidung und behauptete der Hof hätte den einzigen formellen und gesetzlichen Maßstab für einen Verstoß gegen Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes, nähmlich die schädlichen Folgen einer Fusion oder eines Zusammenschlusses für den freien Wettbewerb, verlassen. In einer sehr genauen und beeindruckenden Analyse aller wichtigen wirtschaftlichen Faktoren, zeigte der Gerichtsrat an, daß die Wahrscheinlichkeit nachteiliger Folgen für den freien Wettbewerb nur imaginär sei. In U.S. *vs* Von's Grocery Company erreichte die Jurisprudenz die äußerste Grenze ihrer Möglichkeiten in der Beseitigung der horizontalen Integration; wenn sie einen Schritt weiter getan hätte wäre sie zur Behandlung sogenanter *de minimis* Fälle gekommen.

Vertikale Integration besteht aus einer Fusion oder einem Zusammenschluß zweier Gesellschaften, die nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu einander stehen, die sich aber als Lieferanten und Abnehmer auf den Markt begegnen. Die Entscheidungen über solche Formen der Konzentration kennzeichnen sich durch ihre größere Flexibilität und durch ein besseres Gleichgewicht der juristischen und ökonomischen Argumenten. Obschon der Marktanteil und der Grad der Konzentration wichtige Maßstäbe bleiben, würde das Bestehen des freien Wettbewerbs in Fällen vertikaler Integration nicht nur von ihnen sondern auch von Faktoren wie die Existenz potentieller Konkurrenten und von Hindernissen zum freien Markteintritt, der Abschließung von Absatzkanalen vor der Konkurrenz (*market foreclosure*), der Möglichkeit von Zwangsabnahme (*reciprocity buying*) und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit durch eine Fusion zweier schwächer Unternehmen (*failing company defense*) bestimmt.

Dieser Ausgleich im Urteil wurde klar dargestellt in Brown Shoe Company *vs*

U.S. (370 *U.S.* 294), das erste Verfahren daß den Höchsten Gerichtshof unter dem abgeänderten *Clayton*-Gesetz erreichte. Der Hof verbot die Übernahme von Kinney durch Brown Shoe, nicht nur aus dem Grund des prozentuellen Marktanteils im nationalen Markt, sondern hauptsächlich wegen der klaren Absicht von Brown seine Erzeugnisse den übernommenen Verteilern aufzuzwingen, wie auch wegen der Tendenz zur vertikalen Integration in ganz der Schuhindustrie und der ziemlich hohen prozentuellen Marktanteilen von Brown Shoe und Kinney zusammen in bestimmten Städtezonen in den Vereinigten Staaten.

Die potentielle Konkurrenz spielte auch in Fällen vertikaler Integration eine erhebliche Rolle. Sie besteht aus dem indirekten konkurrenziellen Druck die in einem bestimmten Markt von Unternehmen die in ähnlichen Industriezweigen tätig sind, ausgeht. Diese Unternehmen würden wahrscheinlich in aktiven Wettbewerb treten, sobald die Preise und Gewinnquoten sich in der beteiligten Industrie genügsam steigern würden. Es kommt grundsätzlich darauf an festzustellen welche Gesellschaften als potentielle Konkurrenten angezeichnet werden können.

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts kann festgestellt werden auf Grund schriftlicher Beweisstücke und Zeugnisse die die Absicht des betreffenden Managements in direkten Wettbewerb treten zu wollen anzeigen (subjektive Beweisführung). Diese Wahrscheinlichkeit kann ebenfalls bewiesen werden auf Grund objektiver Faktoren wie die Ähnlichkeit der Produkte der Produktionsmethoden und Verteilungsvorgehen, sowie die Ausrichtung der wissenschaftlichen Forschung, die Verfügung über beträchtlichen finanziellen Reserven für Ausrüstungsausgaben, u.s.w. (*objektive Beweisführung*). In U.S. *vs* Penn-Olin Chemical Company (378 *U.S.* 158) entschied der Höchste Gerichtshof zugunsten der objektiven Beweisführung. Die Existenz objektiver wirtschaftlicher Faktoren die auf einen wahrscheinlichen Eintritt in eine bestimmte Industrie deuten genügt an sich um diese Gesellschaft als potentiellen Konkurrenten zu betrachten, selbst dann wenn die schriftlichen Beweisstücke und Zeugnisse darauf hinweisen daß der Management einem Eintritt der Gesellschaft in den aktiven Wettbewerb unwohlwollend gegenüber stand.

Ein *Konglomerat* kann definiert werden als jede Form von Fusion oder Zusammenschluß die nicht zum Bereich der horizontalen oder der vertikalen Integration gehört. Die Gesellschaften die sich an einem Konglomerat beteiligen, stehen prinzipiell nicht im Wettbewerbsverhältnis zu einander und haben sogar kaum allgemeine wirtschaftliche Beziehungen miteinander. Die Unternehmen gehören den meist verschiedenen Industriezweigen, wie zum Beispiel eine Schiffwerft und eine Blumengärtnerei an. Die Tatsache daß die verschiedenen Unternehmen eines Konglomerates mit einander nicht im Wettbewerb stehen macht es schwierig sie einem Gesetz dessen Verletzungen in Termen der Handhabung des freien Wettbewerbs gestellt sind, zu unterstellen. Auf ersten Blick scheint es so gar unmöglich daß eine Fusion zwischen so verschiedenen Unternehmen, auch nur die geringste Auswirkung auf den freien Wettbewerb haben könnte. Diese These wird durch die Tatsache daß manche Konglomeratsfusionen nicht aus konkurenziellen Überwegungen sondern aus rein finanziellen und steuerlichen Gründen verwirklicht werden, bestätigt.

Obschon die Antitrustverwaltung der Meinung war daß Konglomerate wie anderen Zusammenschlußformen, den Regeln des *Clayton*-Gesetzes untergestellt

waren, wurde die besondere Art der Konglomerate doch stillschweigend anerkannt, wenn man bedenkt daß nur eine beschränkte Zahl von Gerichtsverfahren gegen Konglomerate eingeleitet wurde, und dann nur wenn die Möglichkeit zur Benachteiligung des freien Wettbewerbs ziemlich klar war. Die meisten Schriftsteller waren der Meinung, daß zur zweckmäßigen Bekämpfung der Konglomerate eine Abänderung des Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes unentbehrlich sei. In 1969 nahm die Antitrustverwaltung jedoch eine andere Haltung ein und stellte Gerichtsverfahren gegen mehrere Konglomerate ein. Die Dringlichkeit der Probleme hatte die Verwaltung dazu gebracht das Risiko einige Prozesse zu verlieren einzugehen damit der Kompetenzbereich des *Clayton*-Gesetzes klargestellt würde. Diese neue Haltung erfolgte zwar auch aus der Überzeugung daß eine flexibele Interpretation des Paragraphen 7 eine zweckmäßige Beseitigung der Konglomerate ermöglichen würde.

Während der Debatte im Congress, wurden die Konglomeratsfusionen nicht stark benachdrückt, weil sie zu jener Zeit nicht die größte Bedrohung für den freien Wettbewerb darstellten. Sie wurden jedoch ausdrücklich erwähnt als Teilphänomen der Konzentrationsbewegung und es ist deshalb unmöglich die Konglomerate aus dem Bereich des Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes auszuschließen unter der Behauptung der Congress kümmerte sich zur Zeit nicht um die Konglomerate.

Die Grundfrage ist festzustellen ob Konglomeratsfusionen eine solche negative Einwirkung auf den freien Wettbewerb mit sich bringen könnten, daß dies die Handhabung des Paragraphen 7 des *Clayton*-Gesetzes rechtfertigen würde. Die negative Einwirkung soll nicht im Sinne eines Kausal-Verhältnis bewiesen werden; die Jurisprudenz in Fällen horizontaler Integration hatte schon gezeigt daß es in der Praxis unmöglich war auf Grund ökonomischer Faktoren und Tatsachen den überzeugenden Beweis daß eine bestimmte Fusion bestimmte Folgen hatte für den freien Wettbewerb, zu liefern. Es genügt feste wirtschaftliche Beweisgründe dafür zu finden daß aus Konglomeratsfusionen im allgemeinen schädlichen Folgen für den freien Wettbewerb hervorgehen und daß in einem bestimmten Fall die Fakten zeigen daß solche Folgen bewahrheit sein dürften.

Verschiedene Argumenten wurden aufgebaut um anzuzeigen daß Konglomerate eine negative Auswirkung auf den freien Wettbewerb haben könnten. Obschon es schwierig ist anzuführen daß Konglomeratsfusionen den freien Wettbewerb unmittelbar angreifen bezw. den Grad der wirtschaftlichen Konzentration steigern, weil die Parteien zur Fusion nicht miteinander im Wettbewerb stehen und nicht demselben Industriezweig angehören, kann man nicht leugnen daß Konglomeratsfusionen den Grad der wirtschaftlichen Konzentration im allgemeinen im Sinne einer Abnahme der Zahl der unabhängigen *decision making* wirtschaftlichen Einheiten steigern.

Ohne gesetzlichen Beschränkungen würde die Zusammenschlußbewegung der Konglomerate zu einem Zustand führen wobei immer größere Patrimonia unter der Beherrschung von immer weniger Personen geraten. In diesem Sinne widerstrebt das Konglomerat der klaren Absicht des Congresses und des Höchsten Gerichtshofes, nähmlich dem Schutz des kleineren Handlers als Grundlage für wirtschaftliche Macht auf örtlicher Ebene.

Es gehört zum Wesen des Konglomerats gleichzeitig in verschiedenen Industriezweigen tätig zu sein. Obwohl die Gliederungen eines Konglomerats nicht oft miteinander im unmittelbaren Wettbewerb stehen und nur wenige Unternehmen

des Konglomerats wirtschaftliche Beziehungen miteinander haben, wird das gesamte Konglomerat von einer einheitlichen finanziellen Struktur, die die Grundlage für den Konglomeratszusammenhang schafft, getragen. Diese gemeinsame finanzielle Struktur, stellt das Konglomerat in der Lage einen zusätzlichen konkurrenziellen Drück auszuüben durch die Übertragung wirtschaftlicher Macht von Industriezweigen wo es eine marktbeherrschende Stellung besitzt zu anderen Industriezweigen wo es sich in einer Stellung reinen Wettbewerbs befindet. Eine solche Übertragung wirtschaftlicher Macht steht solchen Gesellschaften die ihre Tätigkeit auf einen einzelnen Industriezweig beschränken nicht zur Verfügung und verzerrt dadurch die Wettbewerbsbedingungen, weil diese nicht mehr von der Wettbewerbsleistung der Unternehmen die in einer bestimmten Industrie tätig sind, sondern von den wirtschaftlichen Machtsverhältnissen in volständig verschiedenen Industriezweigen, bestimmt werden. Ein Beispiel solcher Übertragung wirtschaftlicher Macht ist die sogenannte *deep pocket doctrine*. Diese Theorie benachdruckt das Gewicht von extra finanziellen Reserven. Wenn ein Riesenbetrieb via eine Übernahme seinen Eintritt in einen Industriezweig macht, wird seine finanzielle Stärke von der übernommenen Tochtergesellschaft als einen Konkurrenzvorteil eingeschätzt, zum Beispiel 1. für die Führung unbeschränkter Preisekonkurrenz, 2. für die Führung massiver Reklamekampagnen, 3. für den Aufbau und die Instandhaltung überflüßiger Produktionskapazität und 4. für die Aufrechterhaltung eines Programs von massiven Forschungsausgaben in der Hoffnung entscheidenden Fortschritt zum Nachteil der Konkurrenten zu erzielen. Die finanzielle Macht der Muttergesellschaft schützt die Tochtergesellschaft vor dem Wettbewerbsdruck und den Folgen anschleppender Verlüste, so daß die Rentabilität nicht länger der ökonomische Kompaß für den Betriebskurs des Unternehmens darstellt.

Eine andere Form der Übertragung wirtschaftlicher Macht von einem Industriezweig zum anderen besteht aus der gegenseitige Zwangsabnahme (*reciprocity buying*). Diese ist eine Praxis wobei eine Gesellschaft mit einer beherrschenden Stellung als Abnehmer oder Lieferanten einer anderen Gesellschaft, diese letzte dazu zwingt die Bestellungen ihres Restbedarfs bei einer Schwestergesellschaft, die Mitglied desselben Konglomerats ist, zu machen. Diese Handlungsweise bildet einen unmittelbaren Angriff gegen das Spiel der Kräfte des freien Wettbewerbs, weil die Entscheidung wo die Bestellungen gemacht werden nicht mehr von Betrachtungen konkurenzieller Leistungsfähigkeit, sondern aus Furcht vor einem ökonomischen Boykott bestimmt werden.

Die Übertragung wirtschaftlicher Macht von einem Industriezweig zum anderen hat nur dann Effekt, wenn das Konglomerat eine beherrschende Marktstellung in einigen Industriezweigen besitzt und wenn es einen Größenunterschied gibt zwischen die dem Konglomerat angehörenden Gesellschaften mit einer marktbeherrschenden Stellung und jene Gesellschaften die dem Druck des freien Wettbewerbs unterstellt bleiben. Wenn alle Unternehmen des Konglomerats sich gleichzeitig in jedem Industriezweig in einem Wettbewerbsverhältnis befinden, wird das Konglomerat nicht mehr im Stande sein zusätzliche wirtschaftlichen Hilfsmittel von einem Industriezweig auf den anderen überzuschalten, denn jedes Unternehmen würde alle zur Verfügung stehenden Hilfsmittel brauchen um die Konkurrenz im eigenem Industriezweig zu bekämpfen. Die meisten Konglomerate befinden sich aber nicht in einer solchen unbequemen Lage; sie bestehen im allgemeinen teilweise aus Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung und teilweise aus Unternehmen die miteinander im

Wettbewerbsverhältnis stehen. Die relativ hohen Preise und Gewinne, die aus einer beherrschenden Stellung in einem konzentrierten Markt hervorgehen, stellen das Konglomerat in der Lage extra finanzielle Reserven aufzubauen, die anderen auf einen einzelnen Industriezweig beschränkten Konkurrenten nicht zur Verfügung stehen. Ein Konglomerat das in verschiedenen Markten mit einem Jahresumsatz von ungefähr 5.000.000 Dollar Monopole besitzt, ist sicherlich nicht im Stande seine Konkurrenten in einem Markt wo der Jahresumsatz des gemittelten Betriebes um die 10.000.000 Dollar beträgt, zu beeinflussen. Der Größenunterschied ist unentbehrlich um die wirtschaftliche Machtsübertragung effektiv zu machen. Die meisten Konglomerate zeigen diese Größendifferenz auf, denn die Fusionsbewegung wird hauptsächlich von den Riesenbetrieben und nicht von den kleineren Handelsgeschäften getragen. Der Eintritt eines Riesenbetriebes in einen Markt der aus Unternehmen relativ geringen Umfangs besteht, wird diese Unternehmen dazu zwingen sich nach einem wirtschaftlichen Gegengewicht gegen die Macht des Riesenbetriebes in der Form defensiver Fusionen mit größeren Betriebseinheiten derselben Industrie oder mit anderen Konglomeraten umzuschauen. Diese defensive Fusionen beschleunigen die Konzentrationsbewegung und die Liquidation der selbständigen Unternehmen, so daß eine wachsende, anti-konkurrenzielle Struktur entsteht.

Schließlich würde die Konzentrationsbewegung der Konglomerate zu einer Lage führen können, wobei mehrere Konglomerate sich in verschiedenen Märkten und Industrien als Konkurrenten begegnen. Wenn die Konglomerate sich als Konkurrenten begegnen, werden sie sich aus Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen in anderen Märkten und Industrien hüten den vollen konkurrenziellen Druck auf die andere Konglomerate auszuüben. Diese Haltung wird, ähnlich dem dichten Oligopol, zu einer Lage führen, wobei Preise und Gewinne durch gleichlaufendes Marktverhalten der wenigen übrigen Konkurrenten stabilisiert werden, so daß die Wettbewerbsverhältnisse nicht nur im einzelnen Industriezweig sondern in der ganzen Wirtschaft gelähmt werden.

Fusionen und Konzentration im EWG-Vertrag

Zur Zeit werden die Staaten des Gemeinsamen Marktes von einer wirtschaftlichen Zusammenschlußbewegung überschwemmt, die die industrielle Struktur für die kommenden Generationen entscheidend umwandeln wird. Die bestehenden nationalen Gesetzgebungen sind nicht in der Lage ein Phänomen zu umfassen, daß weit über die nationalen Grenzen hinausreicht, so daß nur der EWG-Vertrag als einziger Schutz des freien Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt übrig bleibt.

Die Mehrheit der Schriftsteller betrachten Artikel 86 des EWG-Vertrages als ein Verbot gegen die mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, ohne die marktbeherrschende Struktur selbst, oder jene Fusionen oder Zusammenschlüße die zu solcher beherrschenden Stellung führen, zu berühren. Diese Theorie begegnete einigen Widerspruch von der Kommission und von führenden Schriftstellern, wie zum Beispiel Professor Dr. Verloren van Themaat. Dieser ist der Auffaßung daß Fusionen und Zusammenschlüsse die wichtige Änderungen zu Folge haben in der wirtschaftlichen Struktur des Marktes als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stelle betrachtet werden sollten. Das Hauptargument dieser Theorie lautet wie folgt : eine Beseitigung der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die sich auf die Berichtigung des gesetzwidrigen Marktverhaltens beschränkt, fordert solche

umfassenden und komplexen Kontrollmaßnahmen, daß diese Maßnahmen in ein System der außerordentlichen wirtschaftlichen Plannung und des Dirigismus ausmünden wurden. Ein solches System ist unvereinbar mit dem Prinzip des freien Wettbewerbs dargelegt in Artikel 3 des EWG-Vertrages. Darum sollten Fusionen und Zusammenschlüsse die zu solchen marktbeherrschenden Stellungen führen, als streitig mit dem Vertrag verboten werden.

Die Anwendung des Artikels 86 auf Fusionen und Zusammenschlüsse, ist eng mit der Interpretation des Konzepts *Mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung* verbunden. Die Beispiele des Artikel 86 kann man in drei Kategorien aufteilen : 1. Mißbräuche unlauteren Wettbewerbs, 2. Mißbräuche die die Marktstruktur ändern ohne unlauteren Wettbewerb gegen andere Konkurrenten, und 3. Mißbräuche die die Verbräucher treffen.

Unlauterer Wettbewerb ist kein Mißbrauch der allein aus einer marktbeherrschenden Stellung hervorgeht. Jedes Unternehmen, ob groß oder klein, ist in der Lage unlauteren Wettbewerb zu betreiben. Unlauterer Wettbewerb ist durch die nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten verboten, und es ist nicht die Aufgabe des Artikels 86 unlauteren Wettbewerb zu beseitigen. Aus den vorbereitenden Dokumenten des Vertrages, in so weit diese zur Verfügung stehen, geht ganz klar hervor daß die vertragsschließende Parteien einen Unterschied zwischen der Regelung des unlauteren Wettbewerbs und der Regelung der Ententen und Monopole zu machen wünschten. Sobald die Deutung des Mißbrauchskonzepts über den unlauteren Wettbewerb hinaussteigt, stößt man auf betrachtlichen Interpretationsschwierigkeiten, weil im Gegenteil zum *Sherman*-Gesetz und zum *Clayton*-Gesetz, Artikel 86 nicht an eine bestimmte Marktstruktur verweist um das gesetzwidrige Marktverhalten festzustellen. Eine genaue Analyse des Mißbrauchskonzepts führt unvermeidlich zu dem Beschluß, daß von einem bestimmten Punkt ab der Unterschied zwischen Marktverhältnis und Marktstruktur sich nicht mehr rechtfertigt.

Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung die die Marktstruktur zum Nachteil der Konkurrenten angreift, kann (obschon nicht sehr effektiv) durch die Berichtigung des gesetzwidrigen Marktverhaltens beseitigt werden. Die Wiederherstellung der konkurrenziellen Marktstruktur würde, durch die Vernichtigung der Ursache des mißbräuchlichen Verhaltens, nähmlich die marktbeherrschende Stellung, selbstverständlich eine bessere Form der Beseitigung darstellen. Jedoch die juristische Grundlage für eine solche Interpretation des Artikels 86, ist ziemlich schwach, weil der Artikel nicht an irgendeine wirtschaftliche Struktur verweist und weil während der Vorbereitung des Vertrages, die klare Absicht bestand die Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung nicht abzubauen.

Im Falle der mißbräuchlichen Ausnutzung gegen die Verbräucher würde eine Beseitigung die sich auf das Marktverhalten beschränkt, nicht nur eine unzweckmäßige sondern eine vollständig unbestehende Beseitigung darstellen. Die einzuführenden Kontrollmaßnahmen würden nicht nur in wirtschaftlichen Dirigismus ausmünden, sondern sie würden die wirtschaftliche Realität, die sie zu regeln behaupten, nicht einmal berühren. Das Konzept des mißbräuchlichen Marktverhaltens setzt das Dasein eines normalen oder redlichen Marktverhaltens als Maßstab der Gesetzesverletzung voraus. In einem von Monopolen und Oligopolen gebildeten wirtschaftlichen System ist es durchaus unmöglich dem Verbraucher gegenüber den Maßstab eines redlichen Marktverhaltens ohne

Verweisung an den freien Wettbewerb, zu handhaben. Im allgemeinen führt ein System von Monopolen und Oligopolen zu höheren Preisen und niedriger Qualität als in einem System von freiem Wettbewerb der Fall ist. Ein Marktverhalten daß hohe Preise und niedrige Qualität auferzwingt ist allerdings für den Verbraucher als eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung zu betrachten. Dieses mißbräuchliche Verhalten kann nur dann beseitigt werden, wenn man das Unternehmen ein Verhalten auferlegt ähnlich dem von Konkurrenten im freien Wettbewerb. Man kann dies nicht durch die Berichtigung des Verhaltens allein auferzwingen, sondern nur durch eine Wiederherstellung der konkurrenziellen Marktstrukturen. Die Beschränkungen die im EWG-Vertrag im allgemeinen und besonders im Artikel 86 dem Prinzip des freien Wettbewerbs gesetzt sind, können nicht die Einführung eines ökonomischen Dirigismus rechtfertigen, der in noch stärkerem Maße als ein unmittelbarer Angriff auf die antikonkurrenzielle Marktstrukturen dem EWG-Vertrag widerstrebt.

Lehre aus der Amerikanischen Erfahrung

Die Grundaufgabe jeder Gesetzgebung für eine wirtschaftliche Ordnung ist das Erreichen eines Gleichgewichtes zwischen dem Gebrauch der Maßstäbe begründet im wirtschaftlichen Verhalten einerseits, und dem Gebrauch der Maßstäbe begründet in den wirtschaftlichen Strukturen anderseits. Dieses Gleichgewicht wird ohne Zweifel besser erreicht im Amerikanischen Antitrustrecht als im Europäischen Vertragsantitrustrecht. Die Ablehnung im Artikel 86 des Vertrages von Maßnahmen gegen die marktbeherrschenden Stellungen, kann aus verschiedenen Gründen erklärt werden : 1. die Einführung des EWG-Vertrages bracht den Abbau beträchtlicher Hindernisse gegen den freien Wettbewerb mit sich und änderte grundsätzlich die Marktstrukture im Sinne des freien Wettbewerbs, so daß weitere Strukturmaßnahmen als überflüßig erschienen; 2. das Fortbestehen des freien Wettbewerbs wurde zur Zeit nicht so sehr von einer Konzentrationsbewegung als von bereits bestehenden Kartellen und Marktbeherrschenden Stellungen auf den nationalen Märkten sowie von den übrigen nationalen Hindernissen zum freien interstaatlichen Handelsverkehr, bedroht. Außerdem wurde ein bestimmtes Maß an wirtschaftliche Konzentration als Gegengewicht gegen den wachsenden konkurrenziellen Druck aus nicht Mitgliedstaaten als erwünscht betrachtet.

Diese Betrachtungen haben unglücklicherweise zu einem Zögern vor direkten Strukturmaßnahmen geführt. Die Amerikanische Erfahrung zeigt daß eine wörtliche Interpretation des Gesetzes, zu gerichtlichen Entscheidungen führt, die juristisch zu rechtfertigen sein dürften, die sich aber in zunehmendem Maße als unzweckmäßige Werkzeuge für die Ordnung eines wirtschaftlichen Systems erweisen. Diese wachsende Kluft zwischen einer wörtlichen Interpretation des Gesetzes und der sich schnell ändernden ökonomischen Realität, fordert nach Jahren von Diskussion ein neues Gesetz daß diese Kluft überbrückt und die juristische Grundlage für weitere Maßnahmen gegen die sich neu entwickelnden Verletzungen der Wirtschaftsordnung schafft.

Der EWG-Vertrag ist nur ein Grundgesetz, und die Juristen sollten sich nicht dazu verführen lassen, im wörtlichen Texte präzise Antworte für jedes besondere Problem das sie quält zu suchen. Artikel 87 trägt der Kommission die Befugnis und die Aufgabe auf, zur Verwirklichung der allgemeinen Prinzipien des Vertrages genaue Maßnahmen vorzuschlagen. Es ist höchste Zeit daß die Kom-

mission diese Befugnisse zum Entwurf und zur Verwirklichung einer gemeinsamen Politik, der Herausforderung der wirtschaftlichen Konzentration gegenüber aufgreift.

SUMMARY

THE „CELLER-KEFAUVER" ACT, TWENTY YEARS OF STRUGGLE AGAINST ECONOMIC CONCENTRATION

While the European Commission is reviewing its policy in the field of company mergers and economic concentration within the Common Market, the twentieth anniversary of the *Celler-Kefauver* Act offers an excellent opportunity for an apparaisal of the development of American antitrust law during a period of increasing economic concentration. It is also an occasion to draw some lessons from the American experience for the movement of economic concentration that is reshaping the industrial landscape in the Common Market.

A short historical review

Section 1 and 2 of the *Sherman* Act and section 7 of the *Clayton* Act have always been the pillars of American antitrust law in its drive against economic concentration. Section 1 of the *Sherman* Act prohibited every contract, agreement or conspiracy in restraint of trade, section 2 prohibited monopolies and attempts to monopolize, while section 7 of the *Clayton* Act prohibited the acquisition of stock or all or part of the share capital of a competing company.

In 1904 the Supreme Court decided that the constitution of a holding company with a majority interest in two competing railroad companies could constitute a restraint of trade and a threat to free competition (Northern Securities vs U.S., 193 *U.S.* 197). This decision cleared the way for further interventions against mergers and other forms of concentration threatening the continuing existence of free competition. It was confirmed in the so called *Railroad Cases* in which it was decided that acquisitions of stock or all or part of the share capital in competing mining and railroad companies, could constitute a restraint of trade and a violation of the *Sherman* Act.

However, in U.S. vs U.S. Steel Corporation (251 *U.S.* 417), the Supreme Court took the position that a series of mergers resulting in the formation of the largest steel company, easily dominating all other companies in the industry, did not constitute a violation of the *Sherman* Act, because in spite of its impressive size, U.S. Steel was not a monopoly, had not abused its dominant position in the market, and was not able to control prices without the help of its competitors. This decision gradually developed into the leading theory on mergers and economic concentration. It allowed all forms of concentration which stopped short of complete monopoly and in which the participating companies did not abuse their dominant market position.

The efficiency of the *Clayton* Act as an instrument in safeguarding free competition was seriously impaired by the decision in F.T.C. vs Western Meat Company (272 *U.S.* 554). Herein it was decided that a direct acquisition of assets of a competing company, was not subject to the prohibition of section 7 of the *Clayton* Act, because the text of the statute was limited to acquisitions of stock and all or part of the share capital of a company.

Consequently one of the two ways toward economic concentration by acquisition was cleared and the protection of free competition against direct asset acquisitions was left to the *Sherman* Act. The weakness of this statute in dealing with economic concentration was emphasized again in U.S. vs Columbia Steel Corporation (334 *U.S.* 495). In this decision the Supreme Court was of the opinion that most of the industries in the United States did not approach a cartellized form and that it was for the Congress and not for the courts to establish new rules against the entry of a company by way of acquisition into new markets or into new or related fields of economic activity.

The „Celler-Kefauver" Act in Congress

The amendment of section 7 of the *Clayton* Act as proposed by representative Emmanuel Celler and senator Estes Kefauver, originally only intended to plug the loophole and to extend the application of the statute to direct asset acquisitions so as to subject all forms of mergers and concentration to the test of the maintenance of competitive market conditions. The amendment was supported by various politicians for very different reasons, resulting in considerable confusion of interpretation when afterwards the courts tried in order to reach a judicial decision to determine the intent of Congress in voting the amendment.
The principal arguments emerging from the Congressional debate were the following :

- the abolition of the arbitrary distinction between direct asset acquisitions and stock acquisitions, in order to bring both forms of concentration within the reach of the statute;
- the stopping of the movement of economic concentration in its incipiency, and the prevention of monopoly by prohibiting mergers and other combinations;
- the improvement of economic efficiency by spreading the production among a great number of small business entreprises in stead of concentrating it in a small number of economic giants;
- the protection of the small businessman as a valuable social institution guaranteeing local political and economic independence;
- the conservation of a free and democratic political system through the protection of small business;
- the prevention by way of acquisitions, of restraints to free competition, that were already prohibited by way of contract, agreement or conspiracy.

The record of the Congressional debates clearly shows that the supporters of reform thought the existing criteria under the *Sherman* Act to be insufficient in order to stop the movement toward economic concentration, and that they wanted to introduce new and more severe criteria in order to nip the concentration movement in the bud. This view was not reflected in a formal amendment of the statute, but in a strong declaration of intent, that the best method of maintaining free competition is to stop the concentration movement in its early beginnings. Congress shied away from an outright prohibition of mergers because such a rigid rule could have been inadequate for example for mergers improving the competitive position of its weak participants. The formal criterion for a violation of section 7 of the *Clayton* Act remained unchanged, increasing thereby the flexibility of the statute in its application but leaving the courts with staggering difficulties of legal interpretation.

The „Celler-Kefauver" Act and its application

The diversity of problems arising under the *Celler-Kefauver* Act led the courts to make a distinction between different types of concentration, and to develop specific criteria and arguments for each type i.e. for the horizontal or vertical integration and for the conglomerates.

The *horizontal integration* consists in a merger or combination of two companies producing identical or similar products or services for identical or overlapping markets. The courts have dealt with this form of concentration by a meticulous market analysis, emphasizing the structural elements of the market. This analysis required to define the relevant product market, the relevant geographic market and the computation of the market shares of the companies involved to be used as a measure of their dominance in the relevant market.

The *Cellophane Case* (U.S. vs E.I. Dupont de Nemours & Company, 351 *U.S.* 377) established that the relevant product market is determined by the price cross-elasticity of substitution products. Because of the complexity of its use in trial procedures, this criterion has not always been strictly applied in determining the relevant product market, and in several cases the courts have limited themselves to base their decisions on differences in price, quality and enduses of the products or services involved.

In U.S. vs Pabst Brewing Company (384 *U.S.* 546) the relevant geographic market was determined as the area of effective competition between the two merging or combining companies. The definition of the geographic market was subordinated to the question whether the particular merger or combination affected free competition anywhere in the United States. This decision was important because the dominant position and the market share of a company in a particular market depend directly on where the borderline of that market is drawn. In a small geographic market there is obviously no room for a whole series of viable competitors and inevitably the market share of the few companies active in such market will be quite substantial.

The most important test however applied in cases of horizontal integration is the market share of the merging or combining companies in the relevant market, appraised against the background of the tendency toward economic concentration in that market, and the intent expressed by Congress to stop concentration in its incipiency. In addition to the elements mentioned above, there are many other tests and criteria to be examined in order to establish adequate proof that a particular merger or combination did indeed harm free competition in the relevant market. The multitude and the variety of the data to be taken into account, makes an exhaustive market analysis an extremely complex and difficult exercise in a trial procedure. This difficulty of proof was recognized by the Supreme Court in U.S. vs Philadelphia National Bank (374 *U.S.* 321). In this decision the Supreme Court reversed the burden of proof from the administration to the defendant and established the rule that particular mergers or combinations are so inherently anticompetitive that they are presumed to harm free competition unless the defendant can clearly establish proof to the contrary.

In view of the difficulties of proof with respect to mergers and their effect on competition, this decision amounted to a per se prohibition against any merger that was inherently likely to hurt free competition. Which mergers were inherently anticompetitive was decided in U.S. vs Von's Grocery Company (384

U.S. 270). In that decision the Supreme Court prohibited a merger between two supermarkets controling 8.9 % of the sales in the Los Angeles metropolitan area. At the time of the merger there were still more than 3,900 independent competitors left in existence, competition was very lively, and the tendency toward concentration was quite feeble. The decision was based mainly on the fact that the number of independent competitors had been declining and that Congress in 1950 had expressed its intention to stop concentration in its incipiency, even if existing competition was still very strong. Justice Stewart was highly critical of this decision, claiming that the court was abandoning the only formal and legal test for any violation of section 7 of the *Clayton* Act, to wit the harmful effect of the merger or combination on free competition. In a meticulous and impressive analysis of the relevant economic data involved, the justice demonstrated that the probability of the merger having any effect on competition was merely ephemeral. In U.S. vs Von's Grocery Company, jurisprudence reached the limits of enforcement against horizontal integration. One step further would lead the courts to consider *de minimis* cases.

Vertical integration consists in a merger or combination of two companies that are not in a competitive relationship, but that meet each other as customer and supplier. Generally this form of concentration has been treated by the courts in a more flexible way with better balanced arguments in law and economics. Although the market share and the degree of concentration remain important criteria, the maintenance of free competition in cases of vertical integration has also been appraised in the light of other factors like the existence of potential competition and barriers to entry, market foreclosure, the existence of large financial reserves (*deep pocket doctrine*), the existence of opportunities for reciprocity buying and the improvement of competitive conditions by the merger of two weak or failing companies (*failing company defense*).

This balance in judgment is well illustrated in Brown Shoe Company vs U.S. (370 *U.S.* 294) the first case of vertical integration to reach the Supreme Court under the amended *Clayton* Act. The Court prohibited the acquisition of Kinney by Brown Shoe, not only on the ground of the market shares involved on a national scale, but mainly on the grounds of the avowed intention of Brown to force its products upon the acquired distributors, the existence of a tendency toward vertical integration throughout the shoe industry and the quite important market share of Brown Shoe and Kinney combined in particular metropolitan areas throughout the United States.

Potential competition also played a considerable role in cases of vertical integration. It consists in the indirect competitive pressure exercised in a particular market by companies active in related industries, which would be likely entrants if prices and profit margins in the industry involved became attractive. The problem is to determine which companies are to be considered as likely entrants in a given industry.

The probability of entry can be established on the basis of documentary evidence and testimony, indicating the intention of the company's management to enter as a direct competitor in a particular market (*subjective evidence*). This probability can also be established on the basis of objective elements like the similarity between the products and the methods of production and distribution in both industries, the areas covered by important research projects in the company, the existence of large financial reserves available for direct investment, etc. (*objective evidence*).

In U.S. vs Penn-Olin Chemical Company (378 U.S. 158) the Supreme Court decided in favor of objective evidence. The existence of objective economic data pointing toward probable entry by a company in an given industry is in itself sufficient to consider this company as a potential competitor, even if documentary evidence and testimony show that the company's management was rather opposed to the idea of entry.

A *conglomerate* can be defined as any form of merger or combination that does not come within the pattern of horizontal or vertical integration. The companies taking part in a conglomerate have in principle no competitive relationship and even business relationships in general are not strongly developed. The companies involved belong to completely different industries, like for example a ship-yard and a flower growing company. The fact that the various companies belonging to the conglomerate are not in competition with each other makes it rather difficult to apply a legal text, the violation of which is cast in terms of harmful effects on competition. At first glance it is impossible that a merger between so different companies may have any negative impact on the level of competition. This position is confirmed by the fact that many conglomerate mergers are not entered into for competitive reasons but for purely financial or tax reasons.

Although the antitrust administration was of the opinion that conglomerate mergers like any other type of merger were subject to the rules of the *Clayton* Act, the peculiar nature of conglomerate mergers was tacitly recognized by the fact that suits were brought only against a limited number of conglomerate mergers, where a possibility of harmful effects to competition was present. Most authors were of the opinion that in order to contain the conglomerate merger movement efficiently, an amendment of section 7 of the *Clayton* Act would be required. In 1969 however the antitrust administration had a change of heart and brought suit against several conglomerates. The urgency of the problem had induced the antitrust administration to take the risk of losing a few cases in order to be able to draw the limits of the applicability of the *Clayton* Act. The new policy was also based upon the belief that a flexible construction of section 7 would make it applicable and effective in procedures involving conglomerates.

During the Congressional debates in 1950, the emphasis was not very much on conglomerate mergers, because at that time they were not the major threat to competition. Nevertheless they were mentioned explicitly as part of the concentration movement and it is impossible to exclude conglomerate mergers from the application of section 7 of the *Clayton* Act on the ground that Congress was not concerned with conglomerate mergers in 1950.

The basic question then is to find out whether conglomerate mergers may harm free competition in such a way as to justify the application of section 7 of the *Clayton* Act. The harmful effect of competition must not be proved as a sequence from cause to effect; the jurisprudence on horizontal integration has already established that it is practically impossible to give convincing evidence based on economic data that a particular merger has a particular effect on competition. It is sufficient to find sound economic evidence, that conglomerate mergers in general may harmfully affect free competition and that the facts in a particular case substantiate the reasonable likelihood that these effects may occur.

Several arguments have been developed to demonstrate that conglomerate

mergers may have harmful effects on free competition. Although it is difficult to argue that a conglomerate merger directly decreases the level of competition or increases the degree of economic concentration because the parties to the merger are not in competition with each other and even do not belong to the same industry, it cannot be denied that conglomerate mergers do increase the overall rate of concentration in the sense that they diminish the number of independent economic decision making centers. The conglomerate merger movement if left unchecked would ultimately lead to a situation where more and more assets would come under the control of fewer and fewer persons. In this sense the conglomerate merger movement is contrary to the avowed policy of Congress and the Supreme Court to protect the small businessman and to preserve locally based economic power.

The essence of the conglomerate enterprise is to be active with several businesses in different industries at the same time. Although the business entities of a conglomerate do not meet very often as direct competitors and although they have only a few economic links in common, the whole conglomerate enterprise is always supported by a common financial structure that provides the basis for conglomerate coherence. This common financial structure enables the conglomerate to bring to bear extra competitive pressure by transferring its economic power from those industries in which it has a dominant position to those industries in which it is in a weak competitive position. This transfer of economic power that is not available to single-industry companies, distorts the competitive conditions within the industry so that they are no longer determined by the competitive merits of the business entities active in that industry, but are determined by the balance of economic power in completely unrelated industries.

An example of such transfer of economic power can be found in the *deep pocket doctrine*. This doctrine emphasizes the importance of extra financial support. When an industrial giant enters a particular industry by way of acquisition, its extra financial muscle will prove to be a competitive advantage to the newly acquired subsidiary, for example in 1. waging relentless price competition, 2. waging massive advertising campaigns, 3. building and maintening excess production capacity and 4. spending heavily in research so as to achieve a decisive technical breakthrough to the detriment of other competitors. The financial power of the parent company protects the subsidiary against competitive pressure and the consequences of protracted losses so that economic efficiency is no longer the leading principle for the business' operations.

Another form of transfer of economic power from one industry to another consists in so called *reciprocity buying*. This is a practice whereby a company that has a commanding position as a supplier or customer of another company, obliges the latter to direct its purchase orders for other requirements to a company, affiliated within the conglomerate with the dominant supplier or customer. This practice is a direct attack on the play of competitive forces within the market, because the decision to place orders is no longer based upon considerations of competitive merits but inspired by the fear of economic blackmail. The transfer of economic power from one industry to another is only effective if the conglomerate occupies a dominant position in some industries and if there is a difference in scale between those companies of the conglomerate having a dominant position and those companies being subject to the pressure of free competition. Indeed, if all the businesses of the conglomerate were to face competition in each industry at the same time, the conglomerate would not

be able to transfer extra economic resources of any kind from one industry to another, because each business would need all the available resources to meet competition in its own industry. Most of the conglomerates however are not in such an uncomfortable position; they consist typically partly of businesses enjoying a dominant position in concentrated markets and partly of businesses still engaged in competition. The relatively high prices and profits resulting from a dominant position in a concentrated market, enable the conglomerates to build up extra financial reserves, that are not available to single industry businesses, and to unleash those reserves against these competitors. A conglomerate that has monopolies in several markets totalling an annual turn-over of about 5,000,000 dollars, will clearly not be able to influence competitors in a market where the annual turn-over of the average business amounts to approximately 10,000,000 dollars. A difference in scale is needed for the transfer of power to be efficient. In practice the conglomerate merger movement is stimulated mainly by industrial giants and not by small business enterprises, so that the opportunity to benefit from differences in scale is clearly present.

The entry of an industrial giant in a market consisting of relatively small businesses, will force these businesses to look for countervailing market power by way of defensive mergers with larger businesses in the same industry or more likely with other conglomerates. These defensive mergers, are accelerating the conglomerate concentration and the liquidation of independent enterprises so as to form a market with an increasingly anticompetitive structure.

In the end the movement of conglomerate concentration may lead to a situation whereby several conglomerates will meet as competitors across different markets and industries. When they meet as competitors the conglomerates will be hesitant to bring to bear full competitive pressure against other conglomerates out of fear of retaliation in other markets and industries. This will result in a situation which is not unlike a tight oligopoly, where prices and profit margins are stabilized by parallel market behavior of a few competitors so that competitive relations will be frozen not in a single market or industry but in the whole economic system.

Mergers and concentration under the E.E.C. Treaty

Presently the Common Market countries are embroiled in a movement of economic concentration that is reshaping decisively the industrial landscape for generations to come. The national legislations are not able to cope with this phenomenon that largely transcends national borders, so that only the E.E.C. Treaty is left as the sole safeguard of free competition on Common Market scale.

According to the opinion of the majority of writers article 86 of the E.E.C. Treaty merely prohibits abuse of economic power without touching the economic power structure itself, or mergers and combinations leading to such structure. This view has met some opposition by the Commission and by some leading authors like professor P. Verloren van Themaat. The latter is of the opinion that mergers and combinations that result in major structural changes of the market may be considered as abuses of economic power. The principal argument for this view runs as follows : containment of abuses of economic power limited to the correction of the reprehensible behaviour by the dominant company, requires such extensive and complex measures of control, that the result would be a system of excessive economic planning and dirigism, incompatible with the

principle of free competition as laid down in article 3 of the Treaty. Therefore mergers and other combinations leading to such dominant positions should be outlawed as incompatible with the Treaty.

The applicability of article 86 to mergers and combinations is closely connected with the interpretation given to the notion *abuse of economic power*. The examples of abuse given in article 86 can be divided into three categories : 1. abuses that amount to practices of unfair competition, 2. abuses aimed at other competitors without being practices of unfair competition, but affecting the competitive structures of the market and 3. abuses aimed at the customers.

Unfair competition as such is not an abuse that results from a dominant market position. Any business company, be it strong or weak, is in a position to commit acts of unfair competition, the only difference being the impact of the practice upon its competitors. Unfair competition is prohibited by national legislation of the member states, and it is not the task of article 86 to stop unfair trading practices. From the preparatory documents of the Treaty that are available it follows that the founding fathers wanted to separate the rules on unfair competition from the rules on trade agreements and monopolies.

Once we extend the meaning of the word abuse beyond the field of unfair competition, we are faced with serious difficulties of interpretation, because contrary to the *Sherman* Act and the *Clayton* Act, article 86 does not refer to a particular market structure in order to ascertain a violation of the law. A close analysis of the meaning of the word abuse inevitably leads to the conclusion that beyond a certain point the distinction between economic structure and economic behaviour, that is so heavily emphasized by some authors, is artificial and useless. The abuses aimed at other competitors and affecting the competitive structure of the market, still can be contained (though not very efficiently) by the correction of the reprehensible behaviour. The reinstatement and the preservation of a competitive market structure would of course be a superior cure, by destroying the source of the abusive behaviour i.e. the dominant economic position itself. However, the legal basis for such a construction of article 86, appears to be quite weak, because the article does not refer to any economic structure as a desirable one, and because during the preparation of the Treaty there was clearly no intent to dismantle enterprises with a dominant economic position.

As far as abuses aimed at customers are concerned, corrective measures would amount not merely to inefficient containment but to outright non-existent containment. The measures of control and containment to be introduced by the Commission would not only result in economic dirigism, but would reveal themselves as completely unfit to affect the economic realities which they are supposed to regulate. Indeed, abusive behaviour presupposes the existence of a notion of normal or reasonable behaviour. In a concentrated economic system of monopoly or oligopoly it is impossible to establish a pattern of reasonable behaviour vis-à-vis the customer without referring to the system of free competition. Monopolies and oligopolies in general tend to result in higher prices and poorer quality than under a competitive market system. The conduct of imposing high prices and poorer quality, amounts as far as the customer is concerned, to abusive economic behaviour. This behaviour can only be corrected by imposing a conduct similar to that of competitors in a free market. Such a conduct cannot be forced upon monopolist and oligopolists by mere corrective measures, but requires the restoration of the competitive structure of the market.

The limited importance of the principle of free competition in the E.E.C. Treaty in general and in article 86 in particular does not justify the recourse to a system of complex economic monitoring that is still less compatible with the Treaty than an outright attack on anticompetitive market structures, when the latter is the only way to reach the goal set by the Treaty.

Lessons from the American experience

The basic problem for every legislation imposing rules for an economic system is to balance the use of tests of economic behaviour against the use of tests of economic structure. Undoubtedly, this balance has better been achieved in American antitrust law than in European antitrust law. The shyness of the legislators in the Treaty before any action against positions of economic power can be explained for several reasons : 1. the E.E.C. Treaty itself abolished quite formidable barriers to free competition so that the market structure of the member states was reshaped dramatically in the direction of free competition and so that further structural measures seemed redundant at that time; 2. free competition was not so much threatened by a movement of economic concentration than by existing trade agreements and cartels, by existing dominant positions of enterprises in their national market, and by remaining national barriers to free interstate commerce. A certain degree of economic concentration was thought of as desirable to counter growing competitive pressure coming from outside the Common Market.

These arguments unfortunately resulted in a quite harmful hesitancy toward direct action on economic structures. The American experience shows that a litteral construction of the statute, leads to court decisions that may well be justified from the juridical point of view, but that are increasingly inefficient instruments for molding an economic system. This growing gap between the fast changing economic realities and the strict interpretation of the statute, requires after years of debate a new law that closes the gap and that formally establishes the juridical basis for legal action against newly developed violations of the economic system.

The E.E.C. Treaty is merely a basic law and lawyers should resist the temptation to look for precise solutions for each particular problem in the litteral wording of the statute. Article 87 provides that the Commission has the power and the duty to propose detailed measures to implement the general principles laid down in the Treaty. It is time for the Commission to use this power in order to design and to implement a common policy to meet the challenge of economic concentration, for example by establishing guidelines for each economic sector indicating which mergers and what degree of concentration the Commission considers not to be incompatible with the fundamental principle of free competition.