FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO
fremsat den 5. maj 1988 *

Høje Domstol.

1. Société coopérative des asphalteurs belges, herefter benævnt »Belasco«, og de syv virksomheder, der er medlemmer af Belasco, har i denne sag nedlagt påstand principalt om annullation af Kommissionens beslutning af 10. juli 1986 om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85 (IV/31.371 — asfaltpap) [1] og subsidiært om ophævelse eller i det mindste nedsættelse af de bøder, der er blevet pålagt sagsøgerne.

2. I den anfægtede beslutning fastslog Kommissionen først og fremmest, at de syv medlemmer af Belasco havde overtrådt EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, ved at indgå en overenskomst, der trådte i kraft den 1. januar 1978 og var gældende i hvert fald indtil den 9. april 1984, samt ved at træffe kollektive foranstaltninger med det formål at gennemføre og supplere overenskomsten, herunder fælles deltagelse i aftaler med ikke-medlemmer om rabatter på salgspriserne for de omhandlede produkter. Om Belasco selv udtales det, at sammenslutningen havde medvirket ved gennemførelsen af den omhandlede overenskomst.

3. Sagsøgerne har til støtte for deres påstande fremført flere anbringender vedrørende fakta med henblik på at godtgøre, at Kommissionen i beslutningen har givet en fejlagtig fremstilling af det relevante marked og de produkter, det drejer sig om, og af gennemførelsen af den kritiserede overenskomst og dennes virkninger. I deres retlige anbringender har de mere specielt fremdraget tre vildfarelser, som Kommissionen skulle have gjort sig skyldig i ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, og som vedrører det relevante marked, betydningen af de belgiske prisbestemmelser og sagsøgernes egen rolle under forhandlingerne om overtagelse af en konkurrerende virksomhed, UPM, et tidligere medlem af Belasco, der efter at have klaget til Kommissionen gav anledning til den administrative procedure.

4. Sagsøgerne har for det andet støttet deres påstande på et anbringende om, at der er sket en overtrædelse af væsentlige formforskrifter, idet de i beslutningen angivne begrundelser er fejlagtige, selvmodsigende og utilstrækkelige. De fleste punkter i Kommissionens beslutning, der kritiseres af sagsøgerne, vedrører forhold, der kritiseres i flere sammenhænge, og navnlig virkningerne i praksis af foranstaltningerne til gennemførelse af overenskomsten.

5. Således forholder det sig også med anbringendet om overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 85, hvormed det gøres gældende ikke blot at der ikke har været tale om en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater, men også at der i det hele ikke foreligger beviser for de faktiske og retlige elementer, der skal foreligge for at der kan være tale om en overtrædelse i nævnte artikels forstand.

6. Sagsøgerne har endelig subsidiært for det tilfælde, at Domstolen skulle nå til det re-

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 232 af 19.8.1986, s. 15.

sultat, at betingelserne for at bringe artikel 85, stk. 1, til anvendelse i deres tilfælde er opfyldt, gjort gældende, at der foreligger en overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [2] og af lighedsprincippet, hvorfor der er grundlag for ophævelse eller i hvert fald nedsættelse af de pålagte bøder.

7. Af denne korte sammenfatning af sagsøgernes anbringender, som retsmøderapporten indeholder en mere detaljeret gennemgang af, fremgår, at samme faktiske omstændigheder og argumenter flere gange indgår i søgsmålsgrundlaget. For at undgå for mange gentagelser og henvisninger vil jeg ikke undersøge dem i den rækkefølge, de er fremsat i; jeg vil derimod forsøge at samle dem i fire hovedkapitler, ved hvis opstilling betingelserne for at anvende EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, er lagt til grund.

8. I to på hinanden følgende kapitler vil jeg undersøge, om den omtvistede overenskomst havde til formål eller til følge at konkurrencen på fællesmarkedet blev hindret, begrænset eller fordrejet, og om overenskomsten kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Før gennemgangen heraf må jeg dog i et kapitel søge præcist at afgrænse den produktgruppe, Kommissionens beslutning vedrører, og definere den stilling, sagsøgerne har på markedet for disse produkter, for en rigtig afgørelse af spørgsmålet om, om konkurrencevilkårene er blevet forringet i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning, og om samhandelen i Fællesskabet er blevet påvirket forudsætter bestemt en undersøgelse af den økonomiske sammenhæng, som overenskomsten og foranstaltningerne til dens gennemførelse blev anvendt i, og af de virkelige økonomiske forhold, som der ville være blevet konkurreret under, hvis denne overenskomst og disse foranstaltninger ikke havde foreligget.

9. I sidste kapitel vil de argumenter, sagsøgerne har fremført mod de pålagte bøder, blive gennemgået.

10. Gennemgangen i dette forslag kommer altså til at falde i følgende afsnit:

A — Det relevante marked og produkterne på dette marked

B — Fordrejningerne af konkurrencen

C — Påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne

D — Anvendelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

1. Overtrædelsernes forsætlige karakter

2. Overtrædelsernes varighed

3. Overtrædelsernes grovhed

4. Overholdelse af lighedsprincippet

A — Det relevante marked og produkterne på dette marked

11. Sagsøgerne har gjort gældende, at markedet for asfaltpap efter den beskrivelse, Kommissionen har givet dette marked i beslutningen, kun er en underafdeling af et større marked for fleksible tagtætningsmate-

2 — Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

rialer, der desuden omfatter såkaldte »syntetiske« produkter, der først og fremmest er fremstillet af plastmaterialer og ikke eller kun i meget begrænset omfang indeholder asfalt. Kommissionen burde have lagt dette større marked til grund for at kunne vurdere konkurrenceforholdene og sagsøgernes markedsandel på dette marked korrekt.

12. Kommissionen har bestridt, at den har vurderet forkert ved at undlade at medtage de syntetiske produkter ved fastlæggelsen af det relevante marked, og har gjort gældende, at selv hvis dette skulle være sket, ville de sagsøgende virksomheders markedsandele have været uændrede fra 1978 til 1980 og kun være undergået ubetydelige ændringer mellem 1981 og 1984, og at disse markedsandele altså altid har udgjort klart over 50%.

13. Vedrørende denne uenighed må det først bemærkes, at det som Kommissionen rigtigt har påpeget i forbindelse med artikel 85, ikke har helt den samme betydning som i forbindelse med artikel 86 at fastlægge, hvilke produkter, der omfattes af det relevante marked. Når fastlæggelsen sker i forbindelse med artikel 86, skal det afgøres, om en virksomhed på det »relevante« marked, der foreligger med visse produkter, er således placeret, at det kan antages, at virksomheden har en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Dominerende stilling er den afgørende forudsætning for anvendelsen af artikel 86, og om dominerende stilling bliver der kun tale på baggrund af et givet marked.

14. Når talen er om artikel 85, må der først og fremmest ske en beskrivelse af de produkter, som en aftale faktisk har omfattet med det formål eller den følge at begrænse konkurrencen på markedet for disse produkter. De berørte virksomheders stilling og størrelse på dette marked kommer først i betragtning senere ved fastlæggelsen af, om de konkurrencebegrænsninger, som er aftalens formål eller en følge af den, og den påvirkning af samhandelen, som aftalen eventuelt vil kunne give anledning til, skal anses for lidet »mærkbare« eller overhovedet ikke mærkbare.

15. Kommissionen har i nr. 3 og nr. 4 i beslutningen om »produkterne«, nemlig asfaltpap, som Belasco-overenskomsten og foranstaltningerne til dennes gennemførelse vedrørte, foretaget følgende inddeling:

— asfaltpap og lignende produkter, der betegnes »Belasco-produkter«;

— asfaltpapper med armeringsmateriale af plastfibre og af »forbedrede« asfalttyper, såkaldte »nye produkter«, og

— tjærefilt.

16. I nr. 5 i beslutningen tilføjes, at Belascos medlemmer også markedsfører andre produkter, såkaldte »tilknyttede produkter«, der sælges til de samme kunder og i vid udstrækning anvendes sammen med asfaltpap.

17. Sagsøgernes udtalelse om, at overenskomsten kun omfattede produkter af ældre type, Belasco-produkterne, og ikke de nye

eller forbedrede produkter, der først kom på markedet i slutningen af 70'erne, imødegås efter min mening af selve formuleringen af punkt 1, litra b) i kapitlet »overenskomstens formål«, hvorefter produkterne er »filt og andre armeringsmaterialer af alle slags, overtrukket med tjære eller asfalt, både de produkter, der for tiden er i handelen under betegnelsen 'asfaltfilt' ... samt materialer af samme type, som i fremtiden vil blive fremstillet til dækning af samme behov«.

18. I denne sammenhæng er den omstændighed, at Kommissionens beslutning ikke er stilet til selskabet Derbit, der udelukkende fremstiller nye produkter (nr. 30 i beslutningen), ikke som hævdet af sagsøgerne ensbetydende med, at beslutningen ikke finder anvendelse på disse produkter og endnu mindre, at den kritiserede overenskomst ikke omfatter dem. Den har sin forklaring i det forhold, at selskabet Derbit, der ikke er medlem af Belasco, heller ikke som ikkemedlem har deltaget i de aftaler, der blev indgået med medlemmerne. På dette punkt er Kommissionens beslutnings begrundelse ikke selvmodsigende, den fastlægger tværtimod korrekt de omhandlede produkter.

19. Dette er ikke ensbetydende med, at alle de foranstaltninger, der er blevet truffet i medfør af overenskomsten, nødvendigvis også omfattede de nye produkter. Inddragelsen af dem skete som udtrykkeligt anført af Kommissionen i nr. 74, xi) i beslutningen blot »i begrænset ... omfang« og »efterhånden [som de tiltog i betydning]«.

20. Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt de således definerede produkter udgør et marked, eller er en del af et mere omfattende marked, hvor de konkurrerer direkte med andre varer, der anvendes på samme måde eller tjener de samme formål, bemærkes først, at sagsøgerne selv anerkender, at der ikke blot findes et marked for tætte tagdækningsmaterialer, men tværtimod må sondres mellem markedet for tegl- og skiferdækninger og markedet for fleksible tagtætningsmaterialer.

21. Anvendelse eller formål bliver ikke de eneste kendemærker på den substituerbarhed, der medfører, at i og for sig forskellige produkter sædvanligvis tilhører ét og samme marked. Andre anvendelige kriterier er de pågældende produkters egenskaber og prisen, idet principielt kun de produkter, der bl. a. i kraft af disse forskellige forhold anses for lignende produkter af brugeren, tilhører ét og samme marked.

22. Der består faktisk mulighed for, at produkter, der principielt kan tjene samme formål, praktisk ikke som følge af andre forhold kan anvendes uden forskel af brugerne.

23. Sagsøgerne har i denne sammenhæng selv erkendt, at de syntetiske produkter har deres egne karakteristika og undertiden adskiller sig radikalt fra traditionelle asfaltholdige materialer, navnlig for så vidt angår sammensætning og læggeteknik.

24. Det er Kommissionens opfattelse, at den særlige lægningsmetode stiller krav om et højt kvalificeret, specialuddannet personale, og at en brugers (en entreprenør eller tagdækker) overgang fra asfaltholdige produkter til syntetiske produkter ikke kan ske

fra den ene dag til den anden, idet en sådan overgang bl. a. kræver en større omskoling af personalet. Det dokument fra Centre scientifique et technique de la construction (CSTC), som sagsøgerne har fremlagt som bilag C til stævningen og som bilag 1 til deres replik, bestyrker ord til andet dette synspunkt i al fald for en væsentlig kategori af de omhandlede produkter, nemlig produkter fremstillet af elastomerer eller plastomerer (se punkt 3.21, s. 12).

25. Herudover har Kommissionen gjort gældende — og sagsøgerne under den mundtlige forhandling anerkendt — at prisniveauet for syntetiske produkter klart er højere, og at disse produkter derfor ikke virkelig er et økonomisk alternativ i forbindelse med tagtætningsarbejde, hvortil der normalt anvendes asfaltpap.

26. På baggrund heraf mener jeg ikke, at der har foreligget en fejl ved konstateringen af, at de syntetiske produkter anvendes til særlige formål og ikke er et konkurrerende produkt, der er substituerbart med asfaltpap.

27. Det ser i øvrigt ikke ud til, at sagsøgerne i praksis mente, at de konkurrerede med producenterne af syntetiske produkter, hvilket fremgår dels af, at medlemmerne af Belasco på de hyppige møder i deltagernes generalforsamling ikke var særlig optaget af spørgsmål vedrørende dem, selv om de ellers var yderst opmærksomme på, hvad der skete på markedet, dels af at medlemmerne under den administrative procedure, der sluttede med vedtagelsen af den anfægtede kommissionsbeslutning, fremførte argumenter vedrørende de syntetiske produkter.

28. Det kan derfor ikke overraske, at sagsøgerne først ved fremlæggelsen af replik (se s. 46) har forsøgt at sætte tal på den virkning, medtagelsen af syntetiske produkter på det relevante marked har haft for deres markedsandel, således som denne er fastlagt af Kommissionen i nr. 8 i beslutningen.

29. Sagsøgerne har efter en anerkendelse af, at en vurdering i så henseende kun vanskeligt lader sig gennemføre, gjort gældende, at deres markedsandel for 1981-1983 skal nedsættes med 10-15%, såfremt der henses til samtlige substituerbare produkter, hvad der ville medføre, at denne andel i 1981 nu kun var på mellem 47 og 50% og i 1983 på mellem 42 og 45% i stedet for henholdsvis 58,7 og 59,6%.

30. Til sagsøgernes udtalelser på dette punkt skal følgende bemærkes:

1. Den vedrører kun årene 1981-1983, og på baggrund heraf kan det fastslås, at sagsøgernes markedsandel faktisk var uændret fra 1978 til 1980.

2. Selv efter en nedsættelse i nævnte omfang vil sagsøgernes markedsandel ikke kunne anses for »ubetydelig« (se stævningen, s. 36).

3. Med denne ændrede fastlæggelse af det relevante marked skulle de syntetiske produkter have udgjort mellem 20 og 30% for at kunne medføre en nedsættelse af sagsøgernes markedsandel med 10-15%. Mens sagsøgerne ikke på nogen

måde har kunnet fremføre argumenter til støtte for de oplyste tal, har Kommissionen på sin side på grundlag af en markedsundersøgelse fra et tysk firma godtgjort, at markedsandelen for syntetiske produkter ved udgangen af 1981 ikke oversteg 10%; sagsøgernes rettergangsfuldmægtig har i øvrigt i retsmødet erkendt, at de syntetiske produkter dengang faktisk kun repræsenterede mellem 8 og 10% af nævnte marked.

4. Af Buytaert-Rapporten, som sagsøgerne selv har fremlagt, fremgår desuden, at Kommissionen faktisk undervurderede medlemmernes andel på det marked, den anså for det relevante marked (se bilag III til svarskriftet).

31. Jeg når på baggrund af det anførte til det resultat, at Kommissionen har ret i sin konstatering af, at Belascos medlemmers markedsandele fra 1981 til 1984, også selv om det antages, at Kommissionen burde have medtaget de syntetiske produkter ved fastlæggelsen af det relevante marked, kun ville have ligget 5-7% under de i den anfægtede beslutning angivne andele, og at de altid klart har ligget over 50%.

32. Når henses til markedsandelenes størrelse også efter ændringer i overensstemmelse hermed, ville forholdsvis små svingninger som de angivne bestemt ikke have krævet en anden retlig vurdering af de faktiske omstændigheder og forholdene i den foreliggende sag. Dersom der er begået fejl — quod non — ved fastlæggelsen af det relevante marked og afgrænsningen af de markedsandele, sagsøgerne havde på det, er der tale om en fejl, der ikke i og for sig ville kunne danne grundlag for at statuere, at den anfægtede beslutning skal annulleres.

B — Fordrejningerne af konkurrencen

33. Det er i Domstolens praksis fastslået, at

»for... at kunne bedømme, om en aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til formål eller til følge, må det undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen ikke fandtes. Der skal herved navnlig tages hensyn til arten af de produkter, der omfattes af aftalen, og om deres mængde er begrænset eller ej, til parternes stilling og betydning på markedet for de pågældende produkter, og til, om aftalen står alene eller er et led i en række aftaler« [3].

På grundlag af de sidstnævnte vurderingselementer må det kunne afgøres, om hindringerne for konkurrencen har en mærkbar karakter, for aftaler, der kun har ubetydelige konkurrencebegrænsende virkninger, er ikke omfattet af forbuddet ifølge artikel 85, stk. 1.

34. Artikel 85, stk. 1, omfatter aftaler der har til formål *eller* til følge at fordreje konkurrencen. Domstolen fastslog i LTM-dommen [4], at der hermed ikke var tale om to selvstændige betingelser, men om et alternativ;

»disse betingelser skal — hvilket ses af bindeordet 'eller' — ikke opfattes som kumulative, men som alternative, og dette medfø-

3 — Jfr. bl. a. Domstolens domme af 10. juli 1980, Lancôme/Etos, 99/79, Sml. s. 2511, præmis 24, og Domstolens dom af 11. december 1980, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, 31/80, Sml. s. 3775, præmis 19.

4 — Domstolens dom af 30. juni 1966, 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Sml. 1965-1968, s. 211.

rer, at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages henyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde« (Sml. s. 216).

35. Kommissionens beskrivelse i beslutningens nr. 12-21 af overenskomsten mellem Belascos medlemmer er et tro referat af overenskomstens indhold (således som det er gengivet i det som bilag 3 til meddelelsen af klagepunkter vedlagte dokument, der findes som bilag I til svarskriftet).

36. I overenskomsten er formålet blevet beskrevet som følger:

1) Fastsættelse af mindstepriser og -salgsbetingelser for alle leverancer i Belgien af de nedenfor nævnte produkter, samt for udførelse ved deltagerne af alle arbejder, hvortil der medgår produkter, der er omfattet af denne overenskomst.

2) Fastsættelse af mindstepriser og mindstebetingelser vedrørende udførelse og garanti for samtlige tagdækningsarbejder som beskrevet i nærværende overenskomst.

3) Fastlæggelse af kvoter til fordeling af medlemmernes leverancer.

4) Sanktioner for manglende overholdelse af overenskomsten eller af vedtagelser truffet i henhold til denne.

5) Oprettelse af en garantifond som sikkerhed mod medlemmernes manglende overholdelse af deres forpligtelser.

6) Kollektivt forsvar og fremme i videst muligt omfang af medlemmernes interesser, navnlig under forhandlinger med udlandet og gennem kollektiv reklame for de af medlemmerne fremstillede produkter og for asfalteringsarbejde, der udføres med dem.

7) Undersøgelse og fremme af alle foranstaltninger til standardisering og rationalisering af produktionen og forhandlingen af asfaltpap.

37. De andre bestemmelser i overenskomsten, der mere specielt er fremdraget af Kommissionen, er bestemmelsen i artikel 1, stk. 8, om generalforsamlingens kompetence, artikel 2 i overenskomsten, hvorefter en regnskabsekspert (»accountant«) skal føre tilsyn med, at kvoterne og priserne overholdes, artikel 3 i overenskomsten, om kvotering af de enkelte medlemmers leverancer og i tilslutning hertil en udligningsordning, artikel 5, der beskriver visse af medlemmernes »pligter« og bl. a. i stk. 4, indeholder en bestemmelse om, at medlemmernes forsamling forbeholder sig adgangen til at fastsætte salgsprisen for tilknyttede produkter, og endelig artikel 6, der regulerer medlemmernes pligter i tilfælde af et medlems konkurs.

38. Der kan ikke herske tvivl om, at denne overenskomst under ét samt de fleste, for ikke at sige samtlige nævnte bestemmelser, således faktisk har haft til *formål* at be-

grænse konkurrencen, og at de hermed, når henses til den stilling, Belascos medlemmer indtog på det belgiske marked for de omhandlede produkter, som det siges i nævnte LTM-dom har udgjort

»en begrænsning af konkurrencen, der er tilstrækkelig skadelig«,

således at det er muligt at antage, at de mærkbart har påvirket de almindelige konkurrencevilkår.

39. Således nævnes i Traktatens artikel 85, stk. 1, litra a) og c), udtrykkeligt konkurrencebegrænsninger i form af fælles fastsættelse af priser og forretningsbetingelser og opdeling af markeder ved kvotering.

40. Sagsøgerne har imidlertid (s. 15 i replikken) gjort gældende, at den »fælles tarif ... tjente til udformning af fælles ansøgninger om prisforhøjelser, hvorved ikke-medlemmer ved det kendskab, de havde hertil, fik mulighed for konkurrencemæssigt at indrette sig efter disse priser«. Den fælles tarif var med andre ord kun et middel, der skulle gøre det muligt at indgive kollektive ansøgninger om prisforhøjelse, og det var ikke meningen hermed at ophæve konkurrencen mellem sammenslutningens medlemmer. Disse havde i øvrigt i hvert enkelt tilfælde givet en førsteklasses gave til de virksomheder, der ikke var medlemmer, ved at underrette dem om de fælles priser, således at de kunne udbyde deres produkter til lavere priser og dermed konkurrere.

41. Det vil næppe kunne forbavse nogen, når jeg her siger, at denne argumentation ikke overbeviser mig.

42. Såfremt den fælles tarif kun havde haft det anførte formål, ville det have været unødvendigt i tilknytning til den at udstede fælles bestemmelser om rabatterne. Nej, dens egentlige formål var at undgå, at medlemmerne skulle konkurrere indbyrdes på priserne.

43. Kommissionen har i øvrigt korrekt fremhævet, at vel anbefalede de belgiske myndigheder faktisk virksomhedssammenslutningerne at indgive kollektive ansøgninger for medlemmerne, men noget absolut krav om, at det skulle ske pligtmæssigt, formulerede de dog ikke, og de krævede ikke, at de maksimale forhøjelser, de godkendte, absolut skulle gennemføres straks fuldt ud.

44. Konstateringen heraf og den omstændighed, at Kommissionen i bilag II til svarskriftet samt i bilag III til duplikken har godtgjort, at fristerne for gennemførelse af godkendte forhøjelser i realiteten svingede meget, og at forhøjelserne ikke blev anvendt ensartet og fuldtud på samtlige produkter, er ikke indbyrdes modstridende. For da både fristerne og forhøjelsessatserne fordelt på produkter har været de samme for alle Belascos medlemmer, er der netop tale om forhold, der kan godtgøre, at Belascos medlemmer faktisk ved hver lejlighed var nødt til i samråd at tage stilling til fordelingen af de godkendte forhøjelser på de forskellige produkter og til det mest fordelagtige ikrafttrædelsestidspukt.

45. På baggrund af det anførte kan det altså ikke gøres gældende, at de ensartede priser i Belascos medlemmers prislister var en følge af den belgiske prislovgivning, eller at Kommissionen, der udtrykkelig har taget stilling til udtalelsen herom i beslutningens nr. 74, i), har skønnet galt i denne sammenhæng.

46. Hvad angår underretningen om de fælles hensigter på prisområdet til de virksomheder, der ikke var medlemmer af Belasco, var formålet hermed naturligvis at tilskynde dem til at føre de samme priser.

47. Herudover er der kun tre andre bestemmelser i overenskomsten, som sagsøgerne bestemt afviser har restriktiv karakter (se stævningen, s. 8 og 9); disse bestemmelser vedrører:

1) forbuddet mod at give gaver og sælge med tab;

2) gennemførelse af en fælles reklamekampagne for produkter af mærket Belasco;

3) vedtagelsen af foranstaltninger til standardisering og rationalisering.

48. Den førstnævnte bestemmelses formål er, som Kommissionen korrekt har fremhævet [i nr. 73 ii) i beslutningen], at undgå, at den aftalte prisordning blev omgået, og bestemmelsen er således ikke blot en blot og bar indsættelse i overenskomsten af en bestemmelse i den belgiske markedsføringslov[5], der har til formål at beskytte forbrugerne.

49. Såfremt de to øvrige bestemmelser muligvis ikke i og for sig har en restriktiv karakter, hvilket Kommissionen erkender (s. 27 og 28 i svarskriftet), bidrager de dog, fordi de er indføjet i en overenskomst af den omtvistede type, til at forstærke dennes restriktive formål, navnlig fordi de begrænser deltagernes frihed til at kunne konkurrere indbyrdes på en differentiering af deres produktudbud [jfr. nr. 73 v) og vi] i beslutningen).

50. Efter denne forståelse af Kommissionens vurdering, navnlig vedrørende den sidste af disse bestemmelser, kommer denne efter min mening på ingen måde i strid med det forhold, at Belascos hovedaktivitet er udarbejdelsen af IBN-standarder, der er godkendt af Institut belge de normalisation. Kommissionen har i øvrigt selv i beslutningen [nr. 73, vi), andet afsnit] netop oplyst, at Belascos medlemmers medvirken i denne virksomhed (fastsættelsen af IBN-standarder) ikke var omfattet af dette klagepunkt. I så henseende kan anbringendet om fejlagtig, selvmodsigende begrundelse altså ikke lægges til grund.

51. Tilsvarende forholder det sig, for så vidt angår de nye produkter. Anerkendelsen af, at de »er udviklet selvstændigt af hver enkelt procucent«, [nr. 74, xi), afsnit 3], er ikke i modstrid med konstateringen af, at en fælles fastsættelse i forbindelse med en overenskomst som den omtvistede af visse af disse produkters karakteristika har en konkurrencebegrænsende karakter, og det så meget mere som en sådan fælles fastsættelse i man-

5 — Lov af 14. juli 1971 om markedsføring (*Moniteur belge* af 30.7.1971, s. 9087).

gel af en normalisering er en absolut nødvendig forudsætning for enhver form for fastsættelse af fælles priser.

52. Sagsøgerne har, hvad angår de andre bestemmelser, mere lagt vægten på at bestride deres *iværksættelse* og deres konkrete *virkninger.*

53. Det må imidlertid konstateres dels, at medlemmmernes generalforsamlings vedtagelser ifølge artikel 10 i selve overenskomsten er en uadskillelig del af denne selv. Man kan således ganske enkelt antage, at de vedtagelser, der er truffet til gennemførelse af de påklagede bestemmelser, har den samme restriktive karakter som disse bestemmelser.

54. Dels følger det af præmisserne 154 og 155 i Van Landewyck-dommen af 29. oktober 1980[6], at det, når virksomheder har vedtaget bestemmelser med det formål at begrænse konkurrencen mærkbart, er ufornødent at tage stilling til, i hvilket omfang bestemmelserne er blevet iværksat.

55. Man kunne da også være fristet til at afslutte undersøgelsen af den påklagede overenskomts formåls restriktive karakter her.

56. Imidlertid består i denne sag »kartellet« efter Kommissionens definition heraf i nr. 72 i beslutningen ikke blot af en aftale mellem virksomheder, nemlig Belasco-overenskomsten, men også af en lang række andre aftaler og beslutninger, der blev vedtaget med henblik på at gennemføre og supplere overenskomsten. Kommissionens beslutning gælder imidlertid ikke blot dette »kartel«, men også aftaler fra henholdsvis maj og oktober 1978 mellem medlemmer og ikke medlemmer om rabatter (nr. 2 og nr. 3 i beslutningen).

57. Kommissionen har brugt nr. 22-68 i beslutningen til at beskrive de faktiske forhold i forbindelse med de beslutninger og aftaler, Belascos medlemmer traf, herunder aftalerne med ikke-medlemmer, med henblik på gennemførelsen af overenskomsten. Den har i den forbindelse i meget vid udstrækning arbejdet på grundlag af interne dokumenter fra Belasco, referater fra deltagernes generalforsamling og rapporter fra regnskabseksperten (»the accountant«). I beslutningens nr. 74 har den givet sin retlige vurdering af disse vedtagelser og aftaler på grundlag af kriterierne i artikel 85, stk. 1.

58. At den nævnte dokumentation foreligger, og at de deri hentede udtalelser er sandfærdige, kan ikke bestrides. Sagsøgerne har da også anerkendt:

— at der faktisk blev vedtaget fælles tariffer for Belasco-produkterne;

— at de på forhånd underrettede de øvrige belgiske produkter om deres fælles tarifplaner;

— at de desuden gentagne gange i fællesskab fastsatte priser for de nye produkter og de tilknyttede produkter;

6 — Forenede sager 209-215 og 218/78, Sml. 1980, s. 3125, 3270.

— at de vedtog princippet om »opdeling af kundekredsen«, hvorefter hvert medlem skulle holde sig til sin egen kundekreds og undlade at forsøge at tage kunder fra de andre medlemmer;

— at der forelå en aftale om såvel som forsøg på at indgå aftaler mellem på den ene side medlemmerne og på den anden side medlemmerne og ikke-medlemmerne, om de rabatter, der skulle ydes på priserne ifølge den fælles tarif;

— at en kvoteordning, der blev overvåget af regnskabseksperten, faktisk blev indført.

59. Sagsøgerne har generelt i deres bemærkninger vedrørende disse kendsgerninger holdt sig til det synspunkt, at disse vedtagelser ikke fik følger eller ikke blev overholdt i praksis, og at de ordninger, der var blevet indført, ikke kom til at virke efter hensigten.

60. Dette har Kommissionen i øvrigt selv erkendt i visse tilfælde, navnlig når det gælder overholdelsen af fælles priser for tilknyttede produkter [nr. 74, v)], princippet om opdeling af kundekredsen [nr. 74, vi)] og salgspriserne for de nye produkter [nr. 74, xi)].

61. Om kvoteordningen har Kommissionen fastslået, at to ud af syv Belasco-medlemmers salg var meget større end de kvoter, de havde fået tildelt (nr. 26). Det betyder imidlertid ikke, at denne ordning i det hele ikke fungerede, eller at disse to medlemmer ustraffet kunne overtræde den uden at skulle yde de øvrige medlemmer udligning.

62. Sagsøgerne har gjort gældende, at de tal, der er angivet i bilag 4 til meddelelsen af klagepunkter under rubriceringen »opgørelser, hvori der skal ske udligning«, intet har at gøre med en eller anden form for forfølgning af kvoteoverskridelser, der eventuelt måtte have fundet sted, men derimod er udtryk for justeringer af det medlemsbidrag, som hvert medlem skulle betale til Belascos driftsudgifter (replikken, s. 28). Kommissionen har imidlertid på overbevisende måde godtgjort (s. 17 i replikken og i bilagene VI og VII hertil), at såfremt dette skulle være tilfældet, har en medlemsvirksomhed overhovedet ikke ydet bidrag til disse driftsudgifter, hvorimod den har modtaget et beløb på 119 858 BFR, mens en anden medlemsvirksomhed har afholdt næsten en tredjedel af driftsudgifterne i 1983.

63. Belascos medlemmer har endvidere gjort gældende, at de foranstaltninger, der blev truffet til imødegåelse af konkurrencen fra IKO, og som blev diskuteret på generalforsamlingerne, ikke rakte ud over fremsættelsen af forskellige erklæringer, og at de fremsatte forslag ikke blev ført ud i livet. Kommissionen har imidlertid på grundlag af citater fra de mange møderefera ter fra generalforsamlingerne kunnet bevise, at »den aktion, det blev besluttet at gennemføre« respektive »aktionen mod... [har givet resultater]« (i den franske udgave: »l'action décidée au cours de la réunion...« og »l'action menée contre... a donné des résultats«) mod denne virksomhed havde givet tre medlemmer af kartellet mulighed for at tage kunder fra denne virksomhed [nr. 60 og nr. 74, vii) i beslutningen, punkt 36 i meddelelsen af klagepunkterne samt møderefera ter fra generalforsamlingen, der findes som bilag VIII til duplikken].

64. Kommissionen har vedrørende den aftalte disciplin vedrørende rabatterne godtgjort, at den aftale, der blev indgået senest den 30. oktober 1978, blev anvendt, indtil den brød sammen i juli/august 1980 som følge af UPM's konkurs den 4. juli 1980. At to af ATAB's kunder og én af Asphaltcos kunder i dette tidsrum modtog rabatter, der gennembrød loftet ifølge aftalen, at disciplinen vedrørende rabatterne generelt klart blev overholdt i mindre omfang fra 1981 [nr. 74, iii)], og at den første aftale med ikke-medlemmerne fra maj 1978 blev en fiasko (nr. 50) kan ikke rokke ved den kendsgerning, at der var blevet etableret en sådan disciplin. Klagerne fra de medlemmer, der overholdt den, udgør tilstrækkeligt bevis herfor.

65. Det må imidlertid absolut fastholdes:

»at det ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, er unødvendigt at tage hensyn til en aftales konkrete virkninger, når aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen« [7].

66. De forskellige vedtagelser med henblik på *gennemførelsen* af overenskomsten har unægteligt haft restriktive formål. Når det gælder *virkningerne* af disse vedtagelser, skal de som anført af Kommissionen selv i nr. 76 i beslutningen først tages i betragtning i forbindelse med afgørelsen vedrørende de begåede overtrædelsers grovhed med henblik på fastlæggelsen af bødernes størrelse.

7 — Domstolens dom af 30. januar 1985, BNIC mod Clair, 123/83, Sml. s. 391, præmis 22; se desuden Domstolens dom af 27. januar 1987, Verband der Sachversicherer/Kommissionen, 45/85, Sml. s. 405, præmis 39.

C — Påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater

67. Ifølge Domstolens faste praksis således som den bl. a. fremgår af Remia-dommen af 11. juli 1985 [8]

»skal en aftale mellem virksomheder, for at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske omstændigheder gøre det muligt med en tilstrækkelig grad af sikkerhed at forudse, at den kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne på en måde, som kan skade opnåelsen af formålene med et fælles marked mellem medlemsstaterne. Domstolen har ligeledes statueret ..., at en sådan restriktiv konkurrencepraksis, som strækker sig over en medlemsstats hele område, ifølge sin natur bevirker en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den med Traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen«.

68. I den forbindelse må det fastslås, at den kritiserede overenskomst indeholdt udtrykkelige bestemmelser om fælles foranstaltninger mod udenlandske konkurrenter, idet medlemmernes generalforsamling ifølge den havde til opgave at træffe »beskyttelses- og forsvarsforanstaltninger ... såfremt formålet med nærværende overenskomst som følge af forhold, medlemmerne er uden indflydelse på, skulle kunne forspildes, f. eks. i tilfælde af en styrket konkurrence fra udenlandske virksomheders side ...« [artikel 1, stk. 8, b)]. Bestræbelser på ved samordnede aktioner at undgå, at konkurrencen fra andre medlemsstater øges, betyder vilje til at »fastfryse« handelsstrømmene og modsætte sig gennemførelsen af et enhedsmarked. På samme måde var det i Belasco-medlemmernes indbyrdes forhold forbudt uden tilladelse fra medlemmernes generalforsamling at an-

8 — Domstolens dom af 11. juli 1985, Remia m. fl./Kommissionen, 42/84, Sml. s. 2545, præmis 22; jfr. også den førnævnte LTM-dom, Sml. 1965-1968, s. 211.

vende deres anlæg eller produktionsudstyr for tredjemands regning (midt i afsnit I i overenskomstens indledende kapitel), og at sælge sådanne anlæg og produktionsudstyr til tredjemand og i tilfælde af udskiftning at låne eller overdrage dem til tredjemand (artikel 5, afsnit 3). Ved disse bestemmelser skulle det navnlig undgås, at udenlandske selskaber fik mulighed for at drive virksomhed i Belgien ved at udnytte allerede eksisterende produktionskapacitet dér.

69. Det er fristende at indvende, at udenlandske producenter eller importører kunne have udnyttet, at Belascos medlemmer fastholdt forholdsvis høje priser på det belgiske marked ved hjælp af deres kartelaftale og altså kunne have taget markedsandele fra Belasco-medlemmerne ved at sælge billigere. Det kan imidlertid med tilstrækkelig sandsynlighed antages, at sådanne udenlandske konkurrenter, når de søgte at skaffe sig kunder, kom ud for, at Belascos medlemmer nu pludselig ville sælge til særdeles gunstige priser. For de var i kraft af de indbringende priser, som de i al fald delvis havde kunnet opnå hos deres sædvanlige kunder, i stand til for en tid at bringe ofre for at undgå en udenlandsk konkurrents indtrængen på det belgiske marked.

70. Den omstændighed, at indførslen til Belgien alligevel steg, må i al fald kunne danne grundlag for en antagelse om, at Belascos medlemmers aktion ikke blev helt effektiv. Alligevel må det siges, at der virkelig var tale om at undgå, at indførslerne steg, og at de ville være steget langt mere, hvis kartellet ikke havde eksisteret.

71. Kommissionen har i nr. 61 og nr. 62 i beslutningen påvist, at der virkelig blev fremsat forslag om eller vedtaget samordnede aktioner mod importører og udenlandske producenter. Den har ganske vist ikke kunnet give oplysninger om, hvilke følger disse forslag eller vedtagelser konkret fik.

72. Der foreligger imidlertid ikke hermed et forhold, der kan bevirke, at de omhandlede foranstaltninger ikke er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, idet en »potentiel« påvirkning af handelen, der er godtgjort »med en tilstrækkelig grad af sikkerhed«, i og for sig er tilstrækkelig til, at dette kriterium kan anses for opfyldt.

73. Kommissionen gør sig da heller ikke skyldig i nogen selvmodsigelse, når den på den ene side erkender, at den ikke råder over oplysninger om, hvilke følger disse forslag og vedtagelser fik, og på den anden side i nr. 88 i beslutningen udtaler, at »det er allerede blevet påvist, at sådanne kollektive aktioner ingenlunde var teoretiske«, hvilket alene betyder, at de her henhørende bestemmelser i overenskomsten i praksis ikke forblev uden betydning, men blev anvendt, uden at der dog i øvrigt siges noget om, hvorvidt de gav resultater.

74. Da selskabet UPM i 1980 gik konkurs, lagde sagsøgerne sig meget i selen for at bidrage til, at denne virksomhed ikke blev overtaget af konkurrenter og navnlig konkurrenter fra udlandet. Heller ikke på dette punkt er der nogen uoverensstemmelse mellem på den ene side Kommissionens konstatering [i nr. 63, 64 og 74, viii) i beslutningen] af dette forhold, og sagsøgernes — af Kommissionen ikke bestridte — udtalelse om, at de ikke på nogen måde var ansvarlige for UPM's konkurs; det var ikke grundene til denne konkurs eller grundene til, at

forsøgene på at redde UPM slog fejl, der interesserede Kommissionen i denne sammmenhæng, men derimod den omstændighed, at Belascos medlemmer, da spørgsmålet om konkurrerende uden for overenskomsten stående virksomheders overtagelse af UPM kom på tale, handlede i fællesskab i god overensstemmelse med ånd og bogstav i de tidligere nævnte bestemmelser i deres overenskomst. Da det alene er deres egen samordnede adfærd i forbindelse med en udenlandsk industrivirksomheds eventuelle overtagelse af UPM, der er i søgelyset, kan Kommissionen i øvrigt ikke lastes for, at den ikke har tillagt den rolle, de regionale økonomiske myndigheder spillede i denne sammenhæng, nogen større betydning.

75. Sagsøgerne har yderligere gjort gældende, at deres beslutninger vedrørende priser og kvoter kun vedrører produkter, de selv fremstiller, og overhovedet ikke indførte produkter.

76. Dette er korrekt, for så vidt som denne sag temmelig klart adskiller sig fra sagen vedrørende Den Nederlandske Cementhandlersammenslutning (Vereeniging van Cementhandelaren/Kommissionen, 8/72, dom af 17. oktober 1972, Sml. 1972, s. 251), der er nævnt i Kommissionens beslutning.

77. For som fremhævet af generaladvokat Mayras i hans forslag til afgørelse i nævnte sag (s. 265) afsatte de handlende, der var tilsluttet nævnte cementhandlersammenslutning to tredjedele af den importerede cement (den indenlandske produktion dækkede kun to tredjedele af efterspørgslen efter cement i Nederlandene) og anvendte herved deres bestemmelser om vejledende priser og salgsvilkår.

78. Domstolens faste praksis går imidlertid ud på følgende:

»den omstændighed, at et priskartel... kun angår afsætning af varer i en enkelt medlemsstat, er ikke tilstrækkelig til at udelukke, at handelen mellem medlemsstater kan være påvirket« [9],

hvilket navnlig må gælde, når dette kartel strækker sig over en medlemsstats hele område.

79. Men Belasco-overenskomsten fandt jo netop anvendelse på hele det belgiske område. Afsnit 1 i kapitlet »formålet med overenskomsten« indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, at de fastsatte mindstepriser og salgsbetingelser gælder »for alle leverancer af asfaltpap i Belgien«.

80. Hertil kommer, at der i den foreliggende sag er tale om en overenskomst, der udtrykkeligt bestemmer, at der skal træffes foranstaltninger til beskyttelse og forsvar mod en øget konkurrence fra udenlandske virksomheders side. Overenskomsten kunne altså påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Tilbage står at afgøre, om denne påvirkning har kunnet anses for mærkbar. Det er efter min mening det vanskeligste spørgsmål i denne sag. For det må i et tilfælde som det foreliggende først og fremmest komme an på, hvilken stilling, kartellets medlemmer har på det pågældende marked (jfr. bl. a. præmis 27 i Papier peints-dommen), og deres muligheder for i fællesskab at imødegå udenlandske konkurrenters forsøg på at trænge ind på markedet.

81. Jeg skal herudover henvise til Domstolens udtalelse i Miller-dommen af 1. februar 1978 [10],

9 — Domstolens dom af 26. november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl./Kommissionen, 73/74, Sml. s. 1491, præmis 25.

10 — Sag 19/77, Miller/Kommissionen, Sml. 1978, s. 131; se også dom af 11. november 1986, British Leyland/Kommissionen, 226/84, Sml. s. 3263 (præmis 20).

»Traktatens artikel 85, stk. 1, forbyder aftaler, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og som kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne, og kræver således ikke bevis for, at sådanne aftaler faktisk har påvirket denne handel mærkbart, hvilket i øvrigt i de fleste tilfælde vil være vanskeligt at godtgøre i fornødent omfang, hvorimod artiklen kræver bevis for, at disse aftaler kan have en sådan virkning« (præmis 15).

82. Domstolen nåede i nævnte Miller-sag til det resultat, at det var tilstrækkeligt, at Kommissionen på grundlag af forskellige faktiske omstændigheder godtgjorde, at der var *risiko* for en mærkbar påvirkning af samhandelen. Dette må efter min mening også kunne fastslås i den foreliggende sag.

83. Faktisk omfattede som nævnt i det foregående kartellet hele det belgiske område, og leverancerne fra Belascos medlemmer udgjorde henved 60% (i m²) af det registrerede forbrug af asfaltpap i Belgien i 1983, og deres produktion ca. 70% af den belgiske produktion. Selv når det lægges til grund, at Kommissionen burde have taget de syntetiske produkter med i sin beskrivelse af det relevante marked, ville Belascos medlemmers salg alligevel stadig have udgjort over 50% af markedet.

84. Man kan altså ikke komme uden om, at de udenlandske producenter, der gerne ville eksportere til det belgiske marked, så sig stillet over for en meget frygtindgydende sammenslutning af belgiske producenter, der havde forpligtet sig til samordnet kamp mod stigende indførsler. Selv om den heldigt gennemførte aktion mod IKO var rettet mod en belgisk konkurrent, beviser den, at Belascos medlemmer absolut var i stand til at slå effektivt til over for en konkurrent.

85. Efter en samlet bedømmelse må jeg derfor nå til det resultat, at kartellet rimeligvis måtte antages at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.

D — Anvendelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

86. Ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på op til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår, såfremt de »forsætligt eller uagtsomt« har overtrådt bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 1. Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til »både overtrædelsens grovhed og dens varighed«.

87. Sagsøgerne har til støtte for deres subsidiære påstand om ophævelse eller nedsættelse af de pålagte bøder gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget stilling til den argumentation om de påståede overtrædelsers forsætlige karakter og varighed, som de har fremført i deres besvarelser af meddelelsen af klagepunkter.

88. De har desuden tilføjet, at Kommissionen ikke ved vurderingen af overtrædelsernes grovhed har lagt vægt på disses virkninger på markedet, og at den har diskrimineret dem i forhold til de virksomheder, der ikke er medlemmer af Belasco, som ikke er blevet pålagt bøder.

89. Førstnævnte argumentation er uholdbar alene efter en hurtig gennemlæsning af selve beslutningen. Kommissionen omtaler nemlig i nr. 109 udtrykkeligt de argumenter, medlemmerne fremførte under proceduren vedrørende Belascos medlemmers gode tro, og disse argumenter gendrives straks. Kommissionen har i nr. 106 klart redegjort for sit synspunkt vedrørende overtrædelsens varighed.

90. Domstolen har i øvrigt i sin praksis altid generelt fremhævet, at begrundelsespligten efter Traktatens artikel 190

»... ikke... [kræver], at Kommissionen behandler alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure« [11].

91. Tilbage står derfor reelt kun at undersøge, om Kommissionens vurdering i de to henseender er indholdsmæssigt korrekt.

1. *Overtrædelsernes forsætlige karakter*

92. Først bemærkes, at det efter artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er tilstrækkeligt, at artikel 85 overtrædes »uagtsomt«. Dette mindstekrav er i al fald opfyldt i det foreliggende tilfælde.

93. Desuden følger det af Domstolens praksis, bl. a. af den tidligere nævnte Millerdom [12] og af BMW-dommen af 12. juli 1979 [13], at det for at afgøre, om en overtrædelse er begået »forsætligt«, er uden betydning, om de pågældende havde kendskab til, at de overtrådte forbuddet i artikel 85, når de dog ikke kunne være uvidende om, at de omtvistede foranstaltninger og handlinger, de havde vedtaget eller godkendt, havde til formål at begrænse konkurrencen.

94. Det er nu imidlertid sikkert, at det var tilfældet her, for kartellets formål efter beskrivelsen i selve overenskomsten viser i tilstrækkeligt omfang, at medlemmerne tilsigtede såvel at begrænse deres indbyrdes konkurrence som at modarbejde enhver konkurrence fra ikke-medlemmers side, herunder i udlandet hjemmehørende virksomheders side.

2. *Overtrædelsernes varighed*

95. I det kapitel i overenskomsten, der bærer overskriften »Aftalens løbetid og ophør« står at læse:

»Nærværende aftale er afsluttet for seks år fra den 1. januar 1978 at regne og udløber den 31. december 1983. Den forlænges stiltiende for fem år, medmindre den opsiges.«

96. Sagsøgerne har anført, at overenskomsten ikke på noget tidspunkt blev fornyet, heller ikke stiltiende, men de har ikke kunnet fremlægge noget som helst dokument, hvoraf det fremgår, at den skulle være blevet opsagt. Kommissionen er derfor med

11 — Senest i dom af 17. november 1987, British American Tobacco og Reynolds Industries/Kommissionen, 142 og 154/84, Sml. s. 4469, præmis 72.

12 — Sml. 1978, s. 131, præmis 18.

13 — BMW/Kommissionen, 32, 36-82/78, Sml. 1979, s. 2435, præmis 44.

rette gået ud fra, at overenskomsten fortsat var i kraft i al fald indtil den 9. april 1984, hvor Kommissionen for første gang gennemførte kontrol, og det så meget mere, som drøftelserne om »ændringerne af den gældende overenskomst« fortsattes ud over den 1. januar 1984, idet medlemmernes forsamling trådte sammen yderligere fire gange efter nævnte dato (se punkt 53 i meddelelsen af klagepunkter og afsnit 120 i duplikken).

97. Jeg må tilføje, at også selv om Kommissionen urigtigt skulle have lagt til grund, at kartellet havde bestået frem til den 9. april 1984, ville der ikke dermed nødvendigvis være grund til at nedsætte bøderne, for denne fejl ved vurderingen ville ikke engang have vedrørt hundrede dage ud af en samlet løbetid på seks år. På den ene side er overtrædelsernes varighed kun ét af flere forhold, der kommer i betragtning ved fastsættelsen af bøder. På den anden side kan det ikke på forhånd udelukkes, at kartellet, også selv om det formelt ophørte den 31. december 1983, havde virkninger også i tiden derefter. Og skulle det være tilfældet, er artikel 85 fortsat anvendelig [14].

3. *Overtrædelsernes grovhed*

98. Sagsøgernes argumenter om, at Kommissionen ikke har bedømt overtrædelsernes grovhed på grundlag af deres virkninger på markedet, kan ikke lægges til grund.

99. Kommissionen har dels viet et helt afsnit af beslutningen, nemlig nr. 76-82, til en gennemgang af kartellets konkrete virkninger udtrykkeligt i den hensigt at give en vurdering af overtrædelsernes grovhed. Alene ved at læse denne del af beslutningen bliver det iøjnefaldende, at Kommissionen ikke i denne sammenhæng har lagt vægt på de foranstaltninger til gennemførelse af Belasco-overenskomsten, hvorom den har anerkendt, at det ikke havde kunnet godtgøres, at de faktisk havde haft virkninger.

100. På den anden side har Kommissionen i den del af beslutningen, der indeholder en vurdering af forhold, der har betydning for fastsættelse af bøden, først udtalt, at visse af de kritiserede forhold udgør »de alvorligste overgreb på den fri konkurrence« (nr. 105), og har dernæst (i nr. 106) henvist til virkningerne af kartellet, der »er omhandlet ovenfor«, hvorefter det siges, at »[der] ved vurderingen af overtrædelsernes grovhed... [er] taget hensyn til den i flere henseender mindre restriktive ordning, som medlemmerne anvendte for de nye varer« (nr. 107).

101. På grundlag af disse konstateringer kan også anbringendet om utilstrækkelig begrundelse i kraft af Kommissionens manglende besvarelse af sagsøgernes indsigelser om kartellets virkninger på markedet, der er udviklet i sagsøgernes besvarelse af meddelelsen af klagepunkter, forkastes.

102. Det står imidlertid tilbage at afgøre, om disse konstateringer virkelig afspejles korrekt i de bødebeløb, Kommissionen er nået til at fastsætte.

103. I den forbindelse bemærkes først, at overtrædelsernes grovhed kun er ét af flere forhold, der kommer i betragtning ved fast-

14 — Jfr. Domstolens dom af 3. juli 1985, Binon/AMP, 243/83, Sml. s. 2015, præmis 17.

sættelsen af bøderne. Af nr. 104 i den anfægtede beslutning fremgår, at Kommissionen også ud over overtrædelsens varighed lagde vægt på »hver enkelt af de omhandlede virksomheders samlede omsætning og den omsætning, de har opnået ved at levere asfaltpap i Belgien, samt, for Belascos vedkommende, til sammenslutningens årlige udgifter«.

104. Kommissionen råder i øvrigt ligesom Domstolen ved udøvelsen af den fulde prøvelsesret, der er tillagt den ved artikel 17 i forordning nr. 17 i medfør af EØF-Traktatens artikel 172, over et vidt skøn ved vurderingen af, hvilken betydning dette eller hint af disse forhold kan få for det beløb, den i sidste ende må lægge sig fast på. Det samme kan siges om de forhold, der må lægges vægt på ved afgørelsen af, hvor grove overtrædelser, der er tale om.

105. Endelig er der ved artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 alene angivet et minimum (1 000 regningsenheder) og et maksimum (10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen) for de bøder, Kommissionen kan pålægge.

106. I det foreliggende tilfælde andrager bøderne kun mellem 0,75 og 2,5% af de berørte virksomheders samlede omsætning i 1983 som angivet i bilag I til Kommissionens beslutning, og det kan derfor ikke gøres gældende, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har taget hensyn til eventuelt »formildende« omstændigheder. Da Kommissionen nåede til det resultat, at samtlige virksomheder måtte betragtes som værende i lige høj grad ansvarlige for kartellet (beslutningens nr. 108), har de forskellige bødesatser deres forklaring i, at Kommissionen også har taget hensyn til omsætningen på levering af asfaltpap i Belgien.

4. *Overholdelse af lighedsprincippet*

107. Heller ikke anbringendet om tilsidesættelse af lighedsprincippet kan lægges til grund.

108. Sagsøgerne har henvist til Domstolens faste praksis, hvori det ganske rigtigt er fastslået, at

»... efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet« [15].

109. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen tilstrækkeligt påvist, at situationen for henholdsvis Belascos medlemmer og Belasco på den ene side og for ikke-medlemmerne på den anden side ikke var sammenlignelige, og altså ikke kunne betegnes som ensartede.

110. De virksomheder, der ikke var medlemmer, nemlig International Roofing, UPM og Al-Asfalt, tiltrådte ikke på noget tidspunkt den omhandlede overenskomst, og de eneste overtrædelser, der har kunnet tilregnes dem, vedrørte alene aftalerne om

15 — Se Domstolens dom af 12. marts 1987, BALM/Raiffeisen Hauptgenossenschaft, 215/85, Sml. s. 1279, præmis 23.

rabatterne, som de indgik med medlemmerne i maj og oktober 1978, og om hvilket det tilmed ikke er godtgjort, at de virkelig overholdt dem. I øvrigt vedrørte disse aftaler i modsætning til kartellet mellem medlemmerne ikke de nye produkter og løb kun til juli/august 1980.

111. Kommissionen har således korrekt kunnet beslutte, ikke at pålægge IR og Al-Asfalt bøder og alligevel forbyde dem straks at bringe de af dem begåede overtrædelser til ophør og i fremtiden afholde sig fra enhver aftale, samordnet praksis eller foranstaltning, der vil kunne have tilsvarende virkning (se artikel 5 i Kommissionens beslutning).

112. For så vidt angår UPM, der tidligere havde været medlem af Belasco og havde tiltrådt overenskomsten fra 1966, men ikke overenskomsten fra 1978, kunne Kommissionen ikke give denne virksomhed noget lignende pålæg overhovedet, idet UPM var blevet erklæret konkurs den 4. juli 1980.

113. Lighedsprincippet er ikke blot til hinder for, at ensartede situationer behandles forskelligt, men også for at behandle forskellige situationer ens [16]. Og der er derfor efter min mening ikke grundlag for i det foreliggende tilfælde at nedsætte eller så meget mindre for at ophæve de bøder, som Belascos medlemmer og Belasco selv, hvis deltagelse i prisaftalerne med ikke-medlemmerne kun er et enkelt — og forholdsvis harmløst — forhold i hele den gruppe af forhold, hvorved de som konstateret af Kommissionen har overtrådt artikel 85, stk. 1, er blevet pålagt.

Sammenfatning

114. Af det anførte fremgår, at Kommissionen har anvendt EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, korrekt på de omhandlede aftaler og vedtagelser, og ikke har tilsidesat artikel 15 i forordning nr. 17 eller lighedsprincippet ved at pålægge Belascos medlemsvirksomheder og Belasco selv bøder som sket.

115. Jeg skal derfor foreslå, at sagsøgte i det hele frifindes, og at sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens omkostninger.

16 — Jfr. bl. a. Domstolens dom af 26. marts 1987, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons/distriktstoldchefen i Saint-Denis og regionaldirektøren for Réunion's toldvæsen, 58/86, Sml. s. 1525, præmis 15.