CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 5 mei 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Belgische Asfaltcoöperatie (hierna: Belasco) alsmede de zeven daarbij aangesloten ondernemingen vorderen primair nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 10 juli 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/31 371 — Bitumineuze dakbedekking) [1], en subsidiair schrapping of althans verlaging van de hun opgelegde boetes.

2. In de bestreden beschikking stelt de Commissie — zakelijk weergegeven —, dat de zeven leden van Belasco inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, door een overeenkomst te sluiten die op 1 januari 1978 van kracht werd en in elk geval tot 9 april 1984 van toepassing bleef, en door collectieve maatregelen te nemen tot uitvoering en aanvulling van die overeenkomst, daaronder begrepen de gemeenschappelijke deelname aan afspraken met niet-leden over de op de prijzen van de betrokken produkten toe te passen kortingen. Belasco zelf wordt verweten, dat zij heeft meegewerkt aan de uitvoering van die overeenkomst.

3. Tot staving van hun beroep voeren verzoeksters om te beginnen een hele reeks feitelijke argumenten aan, ten bewijze dat de Commissie in haar beschikking een onjuist beeld heeft gegeven van de relevante markt en de relevante produkten, alsmede van de uitvoering en de gevolgen van de gewraakte overeenkomst. In rechte voeren zij drie specifieke punten aan, waarop de Commissie bij de beoordeling van de feiten in de fout zou zijn gegaan: de relevante markt, de invloed van de Belgische prijzenregeling en de rol die verzoeksters hebben gespeeld bij de onderhandelingen over de overname van de concurrerende onderneming UPM, voormalig lid van Belasco, die door haar klachten bij de Commissie de inbreukprocedure heeft aangezwengeld.

4. In de tweede plaats stellen zij schending van wezenlijke vormvoorschriften: de beschikking zou onjuist, tegenstrijdig en ontoereikend zijn gemotiveerd. Het merendeel van de daartoe door verzoeksters aangehaalde passages van de beschikking heeft betrekking op punten die ook in een ander verband worden betwist, en met name op de praktische gevolgen van de maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst.

5. Hetzelfde geldt voor de grief betreffende de schending van artikel 85 EEG-Verdrag, waarmee verzoeksters niet alleen willen betogen, dat er van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten geen sprake is geweest, maar ook, dat een inbreuk op dat artikel feitelijk noch rechtens is aangetoond.

6. Subsidiair, voor het geval het Hof mocht menen dat in casu aan de voorwaarden voor

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1986, L 232, blz. 15.

toepassing van artikel 85, lid 1, is voldaan, stellen verzoeksters tot slot schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 [2] en van het gelijkheidsbeginsel, hetgeen de schrapping of in elk geval een verlaging van de opgelegde boetes zou rechtvaardigen.

7. Deze korte samenvatting van de aangevoerde middelen — voor een nadere uiteenzetting daarvan wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting — laat zien, dat verschillende middelen op dezelfde feiten en argumenten gebaseerd zijn. Om al te veel herhalingen en verwijzingen te vermijden, zal ik de middelen dan ook niet behandelen in de volgorde waarin zij naar voren zijn gebracht. Ik zal ze daarentegen proberen onder te brengen in vier hoofdstukken, die overeenstemmen met de voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

8. In twee achtereenvolgende hoofdstukken zal ik onderzoeken, of de omstreden overeenkomst tot doel of ten gevolge had, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd verhinderd, beperkt of vervalst, en of zij de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden. Alvorens daartoe over te gaan, zal ik evenwel in het eerste hoofdstuk proberen, de in de beschikking van de Commissie bedoelde produkten nauwkeurig af te bakenen en te bepalen welke plaats verzoeksters op de markt van die produkten innemen, want het lijdt geen enkele twijfel, dat voor een juiste beantwoording van de vraag, of de concurrentievoorwaarden in de zin van artikel 85, lid 1, zijn vervalst en of het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig is beïnvloed, rekening moet worden gehouden met de economische context waarbinnen de overeenkomst en de desbetreffende uitvoeringsmaatregelen zijn toegepast alsmede met het feitelijke kader waarbinnen de mededinging zich zonder die overeenkomst en zonder die uitvoeringsmaatregelen zou hebben afgespeeld.

9. Een laatste hoofdstuk zal gewijd zijn aan de middelen die betrekking hebben op de opgelegde geldboetes.

10. De onderhavige conclusie is dus als volgt opgebouwd:

A — De relevante markt en de relevante produkten

B — De vervalsing van de mededinging

C — De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

D — De toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

1. Het opzettelijk karakter van de inbreuken

2. De duur van de inbreuken

3. De zwaarte van de inbreuken

4. De eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel.

A — De relevante markt en de relevante produkten

11. Verzoeksters zijn van mening, dat de markt van de bitumineuze dakbedekkingen, waarvan de Commissie in haar beschikking uitgaat, slechts een onderdeel is van de veel ruimere markt van soepele dakafdichtings-

2 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, nr. 62, blz. 204).

materialen, waaronder ook de zogeheten „synthetische" produkten vallen die hoofdzakelijk uit polymeren bestaan en geen of slechts zeer weinig bitumen bevatten. Voor een juiste beoordeling van de mededingingssituatie had de Commissie moeten uitgaan van die ruimere markt en van het aandeel van verzoeksters op die markt.

12. De Commissie stelt, dat zij geen beoordelingsfout heeft gemaakt door de synthetische produkten niet op te nemen in de door haar gehanteerde marktdefinitie. Zelfs al had zij met die produkten rekening moeten houden, dan nog zou verzoeksters' marktaandeel tussen 1978 en 1980 ongewijzigd zijn gebleven en tussen 1981 en 1984 slechts in onbeduidende mate zijn gewijzigd, zodat het in elk geval altijd nog duidelijk boven de 50% zou hebben gelegen.

13. De Commissie heeft er terecht op gewezen, dat de omschrijving van de relevante produkten in het kader van artikel 85 niet precies dezelfde betekenis heeft als in het kader van artikel 86. In het laatste geval strekt die omschrijving ertoe te bepalen, of een onderneming op de door bepaalde produkten gevormde „relevante" markt een zodanige plaats inneemt, dat zij geacht moet worden zich op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan in een machtspositie te bevinden. Ter bepaling van zulk een machtspositie — een essentiële voorwaarde voor de toepassing van artikel 86 — is de afbakening van de markt noodzakelijk.

14. Bij artikel 85 gaat het echter eerst en vooral om de omschrijving van de produkten waarop een kartel daadwerkelijk betrekking had en op de markt waarvan dat kartel een beperking van de mededinging tot doel of ten gevolge had. De positie en het gewicht van de betrokken ondernemingen op die markt worden pas later in aanmerking genomen, namelijk om te bepalen, of de door het kartel beoogde of veroorzaakte concurrentiebeperkingen alsmede de ongunstige beïnvloeding van de handel die daaruit kan voortvloeien, moeten worden geacht weinig of in het geheel niet „merkbaar" te zijn.

15. De Commissie heeft de „relevante produkten" — bitumineuze dakbedekkingen —, waarop de Belasco-overeenkomst en de desbetreffende uitvoeringsmaatregelen betrekking hadden, in de punten 3 en 4 van haar beschikking als volgt onderverdeeld:

— bitumineus vilt en andere soortgelijke produkten, „Belasco"-produkten genoemd;

— produkten op basis van door toevoeging van plastic „verbeterd" bitumen, de zogeheten „nieuwe produkten", en

— teervilt.

16. In punt 5 heeft zij daaraan toegevoegd, dat de leden van Belasco ook nog zogenoemde „aanverwante" produkten in de handel brengen, die aan dezelfde klanten worden verkocht en in de regel in samenhang met bitumineuze dakbedekking worden toegepast.

17. Verzoeksters' stelling, dat de overeenkomst enkel van toepassing was op de traditionele „Belasco"-produkten en niet op de

„nieuwe" of „verbeterde" produkten, die pas aan het eind van de jaren zeventig op de markt zijn verschenen, lijkt mij in tegenspraak met de bewoordingen van punt 1 b van het hoofdstuk „Voorwerp van de overeenkomst", volgens hetwelk onder produkten moet worden verstaan „vilt van allerlei aard... geïmpregneerd met bitumen, zowel de produkten die momenteel onder de benaming ‚bitumineus vilt' in de handel zijn... als soortgelijke materialen die in de toekomst voor hetzelfde doel zullen worden vervaardigd".

18. Het feit, dat de Commissie haar beschikking niet heeft gericht tot de vennootschap Derbit, die uitsluitend nieuwe produkten produceert (punt 30 van de beschikking), betekent — anders dan verzoeksters willen doen geloven — dan ook niet, dat de beschikking op die produkten niet van toepassing is, en al helemaal niet, dat de nieuwe produkten niet onder de gewraakte overeenkomst vallen. Dat feit vindt zijn verklaring in de vaststelling, dat Derbit, die niet bij Belasco was aangesloten, ook als niet-lid niet betrokken is geweest bij de met de leden gesloten overeenkomsten. Wat dat betreft, bevat de motivering van de beschikking van de Commissie dus geen tegenstrijdigheid. De relevante produkten zijn op de juiste wijze omschreven.

19. Dit betekent nog niet, dat alle maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst noodzakelijkerwijs ook voor de nieuwe produkten golden. Gelijk de Commissie in punt 74 xi van haar beschikking met zoveel woorden heeft verklaard, was dat slechts in „beperkte" en „toenemende" mate het geval.

20. Met betrekking tot de vraag, of de aldus omschreven produkten een afzonderlijke markt vormen dan wel deel uitmaken van een ruimere markt waar zij rechtstreeks concurrentie ondervinden van andere produkten die dezelfde functie hebben of voor hetzelfde doel worden gebruikt, wil ik om te beginnen opmerken, dat verzoeksters er zelf van uitgaan, dat er niet één enkele markt voor dakafdichting en -bedekking bestaat: zij maken immers een onderscheid tussen de markt voor dakpannen en -leien en de markt voor soepele dakafdichtingsprodukten.

21. De functie en het gebruik van een produkt zijn niet de enige criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald, of in se verschillende produkten onderling vervangbaar zijn en derhalve in de regel tot dezelfde markt behoren. Andere criteria die hierbij een rol spelen, zijn de eigenschappen en de prijs van de betrokken produkten: in beginsel maken dus enkel de produkten die met name vanwege die verschillende aspecten uit gebruikersoogpunt gelijksoortig worden geacht, deel uit van een zelfde markt.

22. Het is immers mogelijk, dat produkten die in beginsel voor dezelfde doeleinden kunnen worden gebruikt, in de praktijk om andere redenen voor de gebruiker niet substitueerbaar zijn.

23. Verzoeksters erkennen zelf, dat de synthetische produkten eigen kenmerken vertonen en soms op essentiële punten verschillen van de traditionele bitumineuze materialen, met name waar het gaat om hun samenstelling en de wijze waarop zij moeten worden aangebracht.

24. Volgens de Commissie vereist de bijzondere plaatsingstechniek hoog gekwalificeerd en speciaal opgeleid personeel, zodat een gebruiker (bouwondernemer of dakbedekker) niet van vandaag op morgen van bitumineuze dakbedekkingen op synthetische

produkten kan overschakelen. Zulks vergt met name een grootscheepse omscholing van zijn personeel. Dit wordt — althans voor een niet onbelangrijke categorie van de betrokken produkten, namelijk die op basis van elastomeren of plastomeren — met zoveel woorden bevestigd in de bijdrage van het Centre scientifique et technique de la construction (CSTC), die verzoeksters als bijlage C bij hun verzoekschrift en bijlage 1 bij hun repliek hebben overgelegd (zie punt 3.21, blz. 12).

25. Verder stelt de Commissie — en verzoeksters hebben dit ter terechtzitting erkend —, dat de prijzen van de synthetische produkten beduidend hoger liggen, zodat deze produkten economisch gezien geen werkelijk alternatief vormen voor de doorgaans met bitumineuze materialen verrichte dakafdichtingswerkzaamheden.

26. Het was mijns inziens dan ook niet verkeerd om te stellen, dat de synthetische produkten voor specifieke toepassingen worden gebruikt en niet echt als substitutieprodukt kunnen concurreren met de bitumineuze dakbedekkingen.

27. In de praktijk leken verzoeksters overigens niet het gevoel te hebben, dat zij moesten concurreren met de producenten van synthetische produkten. Dit blijkt in de eerste plaats uit het feit, dat de leden van Belasco, die toch zeer gespitst waren op hetgeen zich op de markt afspeelde, zich tijdens de veelvuldige bijeenkomsten van de algemene vergadering nauwelijks om die produkten bekommerden. Bovendien hebben zij tijdens de aan de vaststelling van de gewraakte beschikking van de Commissie voorafgaande administratieve procedure geen enkel argument dienaangaande aangevoerd.

28. Het is dus niet verrassend, dat zij pas in repliek (blz. 46) hebben getracht te becijferen, welke invloed het opnemen van de synthetische produkten in de marktdefinitie zou hebben gehad op hun marktaandeel zoals weergegeven in punt 8 van de beschikking van de Commissie.

29. Ofschoon zij erkennen, dat die invloed moeilijk is in te schatten, stellen verzoeksters, dat hun marktaandeel, rekening houdend met alle vervangingsprodukten, in de periode 1981-1983 zou zijn geslonken met 10 tot 15%, zodat het in 1981 nog maar 47 tot 50% en in 1983 42 tot 45% bedroeg, in de plaats van 58,7% respectievelijk 59,6%.

30. Ik wil hierover het volgende opmerken:

1. Verzoeksters spreken enkel over de periode 1981-1983, waaruit men kan opmaken dat hun marktaandeel in de periode 1978-1980 inderdaad ongewijzigd is gebleven.

2. Zelfs bij een dergelijke inkrimping kan men verzoeksters' marktaandeel nog niet „minimaal" noemen (zie blz. 36 van het verzoekschrift).

3. Om een inkrimping van verzoeksters' marktaandeel met 10 tot 15% te kunnen bewerkstelligen, hadden de synthetische produkten tussen de 20 en 30% van de aldus geherdefinieerde markt moeten vertegenwoordigen. Waar verzoeksters

de door hen aangevoerde cijfers op geen enkele manier hebben onderbouwd, heeft de Commissie evenwel aan de hand van een door een Duits bedrijf verricht marktonderzoek aangetoond, dat het aandeel van de synthetische produkten eind 1981 niet meer dan 10% bedroeg. Verzoeksters hebben ter terechtzitting overigens erkend, dat de synthetische produkten in het betrokken tijdvak in werkelijkheid slechts 8 tot 10% van de bedoelde markt uitmaakten.

4. Bovendien blijkt uit het door verzoeksters zelf overgelegde verslag-Buytaert, dat de Commissie verzoeksters' marktaandeel op de door haar in aanmerking genomen markt in feite heeft onderschat (zie bijlage III bij het verweerschrift).

31. Op grond van een en ander kom ik tot de conclusie, dat de Commissie gelijk heeft waar zij stelt, dat zelfs al had zij de synthetische produkten in de door haar gehanteerde marktdefinitie moeten opnemen, het marktaandeel van de leden van Belasco in de periode 1981-1984 niet meer dan 5 tot 7% beneden de in de bestreden beschikking genoemde cijfers zou hebben gelegen, zodat het in elk geval altijd duidelijk boven de 50% zou zijn gebleven.

32. Aangezien verzoeksters' marktaandeel zelfs na die correcties nog aanzienlijk was, valt toch niet staande te houden, dat dergelijke relatief onbeduidende schommelingen tot een andere juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden van de onderhavige zaak hadden genoopt. Zo er al een fout was gemaakt bij de omschrijving van de relevante markt en bij de bepaling van verzoeksters' aandeel op die markt — quod non —, dan zou dat op zich nog niet de nietigverklaring van de bestreden beschikking kunnen rechtvaardigen.

B — De vervalsing van de mededinging

33. Het Hof van Justitie heeft verklaard:

„Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het doel of het gevolg ervan is, moet de mededinging worden bezien in het verband van de omstandigheden waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen. Hiertoe zal men met name hebben te letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten." [3]

Aan de hand van die laatste elementen moet worden nagegaan, of de mededinging op merkbare wijze wordt belemmerd, aangezien ondernemersafspraken die slechts onbeduidende concurrentiebeperkingen tot gevolg hebben, aan het verbod van artikel 85, lid 1, ontsnappen.

34. Artikel 85, lid 1, heeft betrekking op overeenkomsten die een vervalsing van de mededinging tot doel *of* ten gevolge hebben. In het arrest LTM [4] heeft het Hof reeds verklaard,

„dat deze voorwaarde blijkens het gebruik van het voegwoord ‚of' niet een cumulatief, doch een alternatief karakter draagt, zodat

3 — Zie met name de arresten van 10 juli 1980, zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511, r. o. 24, en 11 december 1980, zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, r. o. 19.

4 — Arrest van 30 juni 1966, zaak 56/65, LTM, Jurispr. 1966, blz. 391.

men in de eerste plaats de strekking der overeenkomst in verband met de economische omstandigheden, waarbinnen zij moet worden toegepast, heeft na te gaan" (Jurispr. 1966, blz. 414).

35. De wijze waarop de Commissie in de punten 12 tot en met 21 van haar beschikking de door de leden van Belasco gesloten overeenkomst beschrijft, geeft een getrouwe weergave van de inhoud van die overeenkomst (zoals die is opgenomen in bijlage 3 bij de mededeling van de punten van bezwaar, die als bijlage I bij het verweerschrift is gevoegd).

36. De overeenkomstsluitende partijen hebben het doel van de overeenkomst als volgt omschreven:

1) Vastlegging van de prijstarieven en minimumverkoopvoorwaarden die gelden voor alle leveringen in België — zonder enige uitzondering — van de hieronder gespecificeerde produkten alsmede voor alle werken die door de leden met behulp van onder deze overeenkomst vallende produkten worden uitgevoerd.

2) Vastlegging van de prijstarieven en de minimumvoorwaarden voor de uitvoering en de garantie van alle dakbedekkingswerken als omschreven in deze overeenkomst.

3) Vastlegging van verdelingsquota tussen de leden.

4) Het stellen van sancties op de niet-naleving van de uit de overeenkomst of uit geldig genomen besluiten voortvloeiende verplichtingen.

5) Instelling van een waarborgfonds voor de naleving van de verbintenissen.

6) Collectieve verdediging en behartiging van de belangen van de leden in de mate van het mogelijke, met name in de onderhandelingen met derde landen en door middel van collectieve reclame voor de door de leden gefabriceerde produkten en voor de met behulp van die produkten uitgevoerde asfalteerwerkzaamheden.

7) Studie en bevordering van alle maatregelen voor standaardisatie en rationalisatie van de produktie en de afzet van geteerd en bitumineus vilt.

37. Verder besteedt de Commissie in haar beschikking bijzondere aandacht aan de volgende bepalingen van de overeenkomst: artikel 1, lid 8, dat een omschrijving geeft van de taken van de algemene vergadering, die met name is belast met de uitvoering van de overeenkomst; artikel 2, volgens hetwelk de inachtneming van de quota en de prijzen door een „accountant" zal worden gecontroleerd; artikel 3, dat voor elk lid de hem toekomende leveringsquota vaststelt en in een vereffeningsregeling voorziet; artikel 5, dat een aantal „verplichtingen" van de partijen omschrijft en met name (in de vierde alinea) bepaalt, dat de algemene vergadering zich het recht voorbehoudt om de verkoopprijzen van de aanverwante produkten vast te stellen, alsmede artikel 6, dat bepaalt hoe de leden zich moeten gedragen in geval van faillissement van één van hen.

38. Er kan geen twijfel over bestaan, dat deze overeenkomst in haar geheel en het merendeel van de genoemde bepalingen — zo niet alle — daadwerkelijk een beper-

king van de mededinging *tot doel* hadden en dat er, gelet op de positie die de leden van Belasco op de Belgische markt van de betrokken produkten innamen, volgens de door het Hof in het arrest LTM gebezigde formule,

„in voldoende mate van benadeling der concurrentie sprake"

was om van een merkbare beïnvloeding van de mededinging te kunnen spreken.

39. Zo doelt artikel 85, lid 1, sub a en c, uitdrukkelijk op de gemeenschappelijke vaststelling van prijstarieven en verkoopvoorwaarden en op de verdeling van de markt door de vaststelling van leveringsquota.

40. Verzoeksters stellen evenwel (op blz. 15 van de repliek), dat „het gemeenschappelijk tarief ... diende voor collectieve prijsverhogingsaanvragen en de niet-leden — die van dat tarief op de hoogte waren — in staat stelde, zich ten opzichte van die prijzen concurrerend op te stellen". Met andere woorden: het gemeenschappelijk tarief zou slechts een instrument zijn geweest om collectieve prijsverhogingsaanvragen mogelijk te maken en het zou niet ten doel hebben gehad, de mededinging tussen de leden van coöperatie uit te schakelen. Bovendien zouden die leden de niet bij de coöperatie aangesloten ondernemingen telkens een enorme gunst hebben verleend, door hen van de gemeenschappelijke prijzen op de hoogte te stellen en het hun daarmee mogelijk te maken, hun produkten tegen lagere prijzen aan te bieden en zo de leden concurrentie aan te doen.

41. Het Hof zal niet verbaasd staan over het feit, dat die redenering mij niet heeft kunnen overtuigen.

42. Indien het gemeenschappelijk tarief slechts daartoe diende, zouden er daarnaast geen gemeenschappelijke regels voor de kortingen nodig zijn geweest. Het gemeenschappelijk tarief had echter wel degelijk ten doel, prijsconcurrentie tussen de leden tegen te gaan.

43. Bovendien beklemtoont de Commissie terecht, dat indien het al zo was dat de Belgische autoriteiten de beroepsverenigingen inderdaad aanraadden om namens hun leden gemeenschappelijke aanvragen in te dienen, dit nog niet betekende, dat het hier een onontkoombare verplichting betrof en dat de toegestane maximumverhogingen ook per se volledig en onmiddellijk moesten worden toegepast.

44. Er is geen tegenstrijdigheid tussen die vaststelling en het feit, dat de Commissie in bijlage II bij haar verweerschrift en in bijlage III bij haar dupliek heeft aangetoond, dat de termijnen waarbinnen de toegestane verhogingen werden toegepast, in de praktijk aanzienlijk varieerden en dat die verhogingen niet gelijkelijk en volledig op alle produkten werden toegepast. Aangezien immers zowel de termijnen als de verhogingspercentages per produkt voor alle leden van Belasco gelijk waren, moesten die leden wel telkens afspraken maken over de verdeling van de toegestane verhogingen over de verschillende produkten en over het gunstigste moment om die verhogingen toe te passen.

45. Al met al waren de gemeenschappelijke tarieven van de leden van Belasco dus geen gevolg van de Belgische prijsregeling. In zoverre heeft de Commissie, die hierop in punt 74 i van haar beschikking uitdrukkelijk is ingegaan, geen beoordelingsfout gemaakt.

46. De mededeling van de gemeenschappelijke prijsvoornemens aan de niet bij Belasco aangesloten ondernemingen had uiteraard ten doel, hen tot toepassing van dezelfde prijzen aan te zetten.

47. Verder zijn er slechts drie bepalingen, waarvan verzoeksters het concurrentiebeperkende karakter werkelijk bestrijden (zie blz. 8 en 9 van het verzoekschrift). Die bepalingen hebben betrekking op

1) het verbod om geschenken te geven en met verlies te verkopen;

2) de gemeenschappelijke reclame voor de Belasco-produkten;

3) de standaardisatie- en rationalisatiemaatregelen.

48. Gelijk de Commissie in punt 73 ii van haar beschikking terecht stelt, beoogt eerstgenoemde bepaling te voorkomen, dat de overeengekomen prijzentucht wordt omzeild. Het gaat hier dus niet louter om de omzetting in de overeenkomst van een bepaling van de Belgische wettelijke regeling ter zake van de oneerlijke mededinging[5], waarmee wordt beoogd de consumenten te beschermen.

49. De andere twee bepalingen mogen dan misschien als zodanig geen beperkend karakter hebben — hetgeen de Commissie ook toegeeft (blz. 27 en 28 van het verweerschrift) —, maar door het feit dat zij deel uitmaken van een overeenkomst als de onderhavige, versterken zij de concurrentiebeperkende doelstelling ervan, met name doordat zij een beperking inhouden van de vrijheid van de leden om elkaar door differentiatie van hun produkten concurrentie aan te doen (punt 73 v en vi van de beschikking).

50. Zo bezien, acht ik de wijze waarop de Commissie met name laatstgenoemde bepaling heeft beoordeeld, geenszins in tegenspraak met het feit, dat de voornaamste werkzaamheid van Belasco bestaat in de uitwerking van onder auspiciën van het Belgisch Normalisatie Instituut opgestelde BNI-normen. De Commissie heeft trouwens voor alle zekerheid zelf in haar beschikking (punt 73 vi, tweede alinea) opgemerkt, dat zij niet doelde op de deelneming van de leden van Belasco aan de opstelling van BNI-normen. Wat dit betreft, kan het middel ontleend aan verkeerde en tegenstrijdige motivering dus niet slagen.

51. Hetzelfde geldt voor de nieuwe produkten. Er is geen tegenstrijdigheid tussen de erkenning van het feit, dat zij „zelfstandig door elke fabrikant (zijn) ontwikkeld" (punt 74 xi, derde alinea, van de beschikking) en de constatering, dat de gemeenschappelijke vaststelling van een aantal kenmerken van die nieuwe produkten in het kader van een kartel als het onderhavige een concurrentiebeperkend karakter heeft, te

5 — Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken (*Belgisch Staatsblad*, 30.7.1971, blz. 9087).

meer daar een dergelijke coördinatie, bij gebreke van normalisatie, onontbeerlijk is voor de vaststelling van gemeenschappelijke prijzen.

52. Van de overige bepalingen bestrijden verzoeksters veeleer de *uitvoering* en de concrete *gevolgen.*

53. Artikel 10 van de overeenkomst bepaalt, dat de besluiten van de algemene vergadering een integrerend bestanddeel van de overeenkomst vormen. Men zou dus simpelweg kunnen stellen, dat de besluiten tot uitvoering van de gewraakte bepalingen hebben bijgedragen tot het beperkend karakter ervan.

54. Bovendien blijkt uit de rechtsoverwegingen 154 en 155 van het arrest Van Landewyck van 29 oktober 1980[6], dat wanneer ondernemingen bepalingen hebben vastgesteld die ertoe strekken de mededinging merkbaar te beperken, de vraag in hoeverre zij die bepalingen daadwerkelijk hebben uitgevoerd, geen behandeling behoeft.

55. Ik zou dan ook in de verleiding kunnen komen, het onderzoek naar de met het gewraakte kartel beoogde concurrentiebeperking hier af te sluiten.

56. Het door de Commissie in punt 72 van haar beschikking omschreven „kartel" bestaat in casu evenwel niet enkel uit een ondernemersafspraak — de Belasco-overeenkomst —, maar ook uit een hele reeks andere afspraken, maatregelen en besluiten tot uitvoering en aanvulling van die overeenkomst. Bovendien heeft de beschikking van de Commissie niet enkel betrekking op dat „kartel", maar ook op de in mei en oktober 1978 gemaakte afspraken tussen leden en niet-leden over prijskortingen (artikelen 2 en 3 van de beschikking).

57. In de punten 22 tot en met 68 van haar beschikking geeft de Commissie de feitelijke beschrijving van de door de leden van Belasco met het oog op de uitvoering van de overeenkomst genomen besluiten en gemaakte afspraken, daaronder begrepen de afspraken met de niet-leden. Daartoe heeft zij zich in zeer ruime mate gebaseerd op interne documenten van Belasco, notulen van de bijeenkomsten van de algemene vergadering en verslagen van de „accountant". In punt 74 toetst zij die besluiten en afspraken aan artikel 85, lid 1.

58. Het bestaan van die documenten en de juistheid van de daaraan ontleende citaten zijn onbetwistbaar. Verzoeksters erkennen dan ook,

— dat er inderdaad gemeenschappelijke tarieven voor de Belasco-produkten werden vastgesteld,

— dat zij hun voornemens inzake hun tarieven vooraf aan andere Belgische fabrikanten meedeelden,

— dat zij tevens herhaaldelijk afspraken maakten over de prijzen van de nieuwe en de aanverwante produkten,

6 — Gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78, Jurispr. 1980, blz. 3125, 3270.

— dat zij het zogeheten beginsel van de „kristallisatie van de klantenkring" invoerden, volgens hetwelk elk lid bij zijn eigen klantenkring moet blijven en geen klanten bij anderen mag weghalen,

— dat er een afspraak en pogingen tot afspraken tussen de leden onderling en tussen leden en niet-leden bestonden over de ten opzichte van het gemeenschappelijk tarief toe te passen kortingen,

— dat er inderdaad een aan controle door de „accountant" onderworpen quotastelsel was ingevoerd.

59. De algemene teneur van het door verzoeksters tegen het merendeel van die feiten gevoerde verweer is, dat aan de genomen besluiten geen gevolg werd gegeven of dat zij in de praktijk niet werden nageleefd, en dat de ingevoerde systemen niet naar wens functioneerden.

60. In een aantal gevallen wordt dat overigens door de Commissie zelf erkend, en wel met name waar het gaat om de inachtneming van de gemeenschappelijke prijzen voor de aanverwante produkten (punt 74 v), van het beginsel van de kristallisatie van de klantenkring (punt 74 vi) en van de verkoopprijzen van de nieuwe produkten (punt 74 xi).

61. Met betrekking tot het quotastelsel heeft de Commissie vastgesteld, dat de verkopen van twee van de zeven leden van Belasco de toegekende quota aanzienlijk overschreden (punt 26). Dit betekent echter niet, dat het systeem als geheel heeft gefaald en evenmin dat de betrokken leden het ongestraft en zonder de overige leden daarvoor schadeloos te stellen konden overtreden.

62. Volgens verzoeksters hebben de in bijlage 4 bij de mededeling van de punten van bezwaar onder de kop „openstaande rekeningen" voorkomende cijfers geen betrekking op naar aanleiding van eventuele quota-overschrijdingen opgelegde boeten, maar geven zij de aanpassingen weer van het aandeel dat elk van de leden moet bijdragen in de exploitatiekosten van Belasco (blz. 28 van de repliek). De Commissie heeft echter overtuigend aangetoond (blz. 17 van de repliek en bijlagen VI en VII bij de repliek), dat in dat geval één van de leden in het geheel niet zou hebben bijgedragen maar een bedrag van 119 858 BFR zou hebben ontvangen, terwijl een ander lid bijna een derde van die kosten voor zijn rekening zou hebben genomen.

63. De leden van Belasco betogen voorts, dat de op de algemene vergaderingen besproken maatregelen om zich te wapenen tegen de concurrentie van IKO, nooit in daden zijn omgezet. De Commissie heeft evenwel aan de hand van citaten uit de talrijke notulen van algemene vergaderingen kunnen aantonen, dat „de maatregelen waartoe... is besloten" respectievelijk „de actie" tegen die onderneming drie leden van het kartel in de gelegenheid hebben gesteld, deze onderneming klanten te ontfutselen (punt 60 en 74 vii van de beschikking, punt 36 van de mededeling van de punten van bezwaar en de als bijlage VIII bij de dupliek gevoegde notulen van de algemene vergadering).

64. Wat de overeengekomen kortingentucht betreft, heeft de Commissie aangetoond, dat de uiterlijk op 30 oktober 1978 gemaakte afspraak is toegepast tot zij in juli/augustus 1980 stukliep ten gevolge van het faillissement van UPM op 4 juli 1980. Dat een dergelijke kortingentucht daadwerkelijk werd ingevoerd, kan niet worden ontkend op grond, dat twee klanten van ATAB en een klant van Asphaltco in die periode kortingen kregen die het afgesproken plafond overschreden, en evenmin op grond, dat aan die kortingentucht over het geheel genomen vanaf 1981 veel minder streng de hand werd gehouden (punt 74 iii) en dat de eerste afspraak met niet-leden van mei 1978 op een mislukking uitliep (punt 54). Dat blijkt alleen al uit de klachten van degenen die de kortingentucht wél in acht namen.

65. Het is immers bekend, dat

„voor de toepassing van artikel 85, lid 1, de concrete gevolgen van een overeenkomst niet in aanmerking behoeven te worden genomen, wanneer zij ertoe strekt de vrije mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen." [7]

66. Met de verschillende besluiten tot *uitvoering* van de overeenkomst werd onmiskenbaar beoogd, de mededinging te beperken. Gelijk de Commissie zelf in punt 76 van haar beschikking opmerkt, moeten de *gevolgen* van die besluiten enkel in aanmerking worden genomen, zodra het erom gaat de zwaarte van de inbreuken te beoordelen met het oog op de vaststelling van het bedrag van de op te leggen geldboeten.

7 — Arrest van 30 januari 1985, zaak 123/83, BNIC, Jurispr. 1985, blz. 391, r. o. 22; zie ook het arrest van 27 januari 1987, zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jurispr. 1987, blz. 405, r. o. 39.

C — Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

67. Volgens vaste rechtspraak van het Hof (zie met name het arrest Remia van 11 juli 1985 [8])

„(moet) een overeenkomst tussen ondernemingen, om de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van haar objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid ... doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten wordt geschaad."

68. De gewraakte overeenkomst voorzag uitdrukkelijk in gemeenschappelijke maatregelen tegen buitenlandse concurrenten, aangezien zij de algemene vergadering belastte met het nemen „van maatregelen van bescherming en verdediging wanneer door enige van buiten de kring der contractanten komende oorzaak het door (de overeenkomst) ... nagestreefde doel zou worden in gevaar gebracht, bij voorbeeld in geval van versterkte concurrentie van firma's uit het buitenland..." (artikel 1, lid 8, sub b). Wanneer men evenwel probeert door gemeenschappelijke maatregelen een versterking van de concurrentie uit andere Lid-Staten tegen te gaan, wil men in feite het ruilverkeer „bevriezen" en de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt verhinderen. Verder gold er tussen de leden van Belasco een verbod om zonder voorafgaande toestemming van de algemene ver-

8 — Zaak 42/84, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 22; zie ook het arrest LTM, reeds aangehaald.

gadering hun installaties of uitrusting voor rekening van derden te gebruiken (punt 1, middenin, van het inleidend hoofdstuk van de overeenkomst) alsmede om deze aan derden te verkopen of te verhuren dan wel, in geval van vervanging, af te staan of uit te lenen (artikel 5, derde alinea). Die bepalingen moesten met name tegengaan, dat buitenlandse ondernemingen zich met gebruikmaking van bestaande produktiecapaciteiten in België konden vestigen.

69. Men is wellicht geneigd hiertegen in te brengen, dat buitenlandse fabrikanten of importeurs zouden hebben kunnen profiteren van het feit, dat de leden van Belasco dank zij hun kartel op de Belgische markt relatief hoge prijzen wisten te handhaven, zodat zij die leden met lagere prijzen marktaandelen afhandig konden maken. Waarschijnlijk genoeg werden die buitenlandse concurrenten bij de door hen benaderde klanten echter geconfronteerd met buitengewoon aantrekkelijke tegenoffertes van de leden van Belasco. Dank zij de gunstige prijzen waarvan die leden zich — althans ten dele — in hun verhouding met hun vaste klanten hadden weten te verzekeren, waren zij ongetwijfeld in staat incidenteel offers te brengen om het binnendringen van een buitenlandse concurrent op de Belgische markt tegen te gaan.

70. Het feit, dat de importen in België desondanks toenamen, doet stellig vermoeden dat de leden van Belasco met hun actie hun doel niet volledig bereikten. Dat neemt echter niet weg, dat het wel degelijk de bedoeling was om een toename van de importen tegen te gaan, en dat die importen zonder het kartel misschien wel veel sterker waren toegenomen.

71. In de punten 61 en 62 van haar beschikking heeft de Commissie overigens aangetoond, dat er inderdaad gezamenlijke „aanvallen" tegen buitenlandse importeurs en producenten zijn voorgesteld of ondernomen. Zij heeft evenwel geen aanwijzingen kunnen verschaffen over de concrete gevolgen die aan die voorstellen en besluiten zijn gegeven.

72. Daardoor ontsnappen de betrokken maatregelen echter nog niet aan het verbod van artikel 85, lid 1, aangezien een „met een voldoende mate van waarschijnlijkheid" vastgestelde „potentiële" ongunstige beïnvloeding van de handel op zich reeds aan het criterium voldoet.

73. Er is dan ook geen tegenstrijdigheid tussen het feit, dat de Commissie erkent geen aanwijzingen te bezitten over de gevolgen die aan die besluiten en voorstellen zijn gegeven, en de door haar in punt 88 van de beschikking gemaakte opmerking, dat „is aangetoond dat zulk optreden [gemeenschappelijk optreden] geenszins hypothetisch was". Met die opmerking bedoelt zij namelijk niets méér dan dat de desbetreffende bepalingen van de overeenkomst geen dode letter zijn gebleven, maar daadwerkelijk toepassing hebben gevonden, ongeacht of daarmee ook resultaten werden bereikt.

74. Bij het faillissement van UPM in 1980 deden verzoeksters hun uiterste best om de overname van dat bedrijf door concurrerende — met name buitenlandse — ondernemingen te voorkomen. Ook hier valt er echter geen tegenstrijdigheid te zien tussen die opmerking van de Commissie (punten 63, 64 en 74 viii van de beschikking) en verzoeksters' — door de Commissie niet weersproken — stelling, dat zij geen enkele verantwoordelijkheid dragen voor het faillissement van UPM: het gaat de Commissie niet om de oorzaken van het faillissement of

van de mislukking van de ondernomen reddingspogingen, maar om het feit dat de leden van Belasco, zodra er sprake was van overname van UPM door niet bij Belasco aangesloten concurrenten, overeenkomstig de letter en de geest van genoemde bepalingen van de overeenkomst gezamenlijk optraden. Aangezien het hier enkel gaat om het gezamenlijke optreden van de leden met betrekking tot een eventuele overname van UPM door een buitenlandse onderneming, kan men de Commissie ook niet verwijten, de rol die de regionale economische autoriteiten in dit verband hebben gespeeld, te hebben veronachtzaamd.

75. Verzoeksters stellen voorts, dat hun besluiten op het gebied van prijzen en quota enkel betrekking hadden op de door hen gefabriceerde produkten, met uitsluiting van alle ingevoerde produkten.

76. Dit is juist en op dit punt onderscheidt de onderhavige zaak zich vrij duidelijk van de in de beschikking van de Commissie genoemde zaak van de Vereeniging van Nederlandse cementhandelaren (arrest van 17 oktober 1972, zaak 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren, Jurispr. 1972, blz. 977).

77. Gelijk advocaat-generaal Mayras in zijn conclusie (blz. 1002) beklemtoonde, werd ook twee derde van het ingevoerde cement door de bij de vereniging aangesloten cementhandelaren afgezet (de binnenlandse produktie dekte slechts twee derde van de vraag naar cement in Nederland). Die verkopen waren onderworpen aan de door die cementhandelaren gehanteerde regeling van richtprijzen en aan hun algemene verkoopvoorwaarden.

78. Dit neemt niet weg, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof

„de enkele omstandigheid dat een ondernemersafspraak ... alleen de verhandeling der produkten in een enkele Lid-Staat betreft, niet medebrengt dat de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan worden beïnvloed" [9],

met name wanneer die ondernemersafspraak het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt.

79. De Belasco-overeenkomst bestreek het gehele Belgische grondgebied. Punt 1 van het hoofdstuk „Voorwerp van de overeenkomst" bepaalt uitdrukkelijk, dat de vast te stellen tarieven en minimumverkoopvoorwaarden gelden „voor alle leveringen in België, zonder enige uitzondering".

80. Bovendien voorziet de Belasco-overeenkomst uitdrukkelijk in het nemen van maatregelen van bescherming en verdediging tegen een versterking van de concurrentie van de zijde van buitenlandse ondernemingen. Zij kon dus de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. Nu gaat het er alleen nog om, of die beïnvloeding ook als merkbaar kan worden aangemerkt. Dat is mijns inziens het lastigste aspect van deze zaak. In een geval als het onderhavige hangt het antwoord op die vraag eerst en vooral af van de positie die de leden van het kartel op de relevante markt innemen (zie met name r. o. 27 van het arrest Papiers peints) en van hun gezamenlijke vermogen om te reageren op de pogingen van buitenlandse ondernemingen om die markt binnen te dringen.

81. Bovendien heeft het Hof in het arrest Miller van 1 februari 1978 [10] beklemtoond,

9 — Arrest van 26 november 1975, zaak 73/74, Papiers peints, Jurispr. 1975, blz. 1491, r. o. 25.

10 — Zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131; zie ook het arrest van 11 november 1986, zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263, r. o. 20.

„dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag met het verbod van overeenkomsten welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt, niet het bewijs verlangt dat dergelijke overeenkomsten dit handelsverkeer inderdaad merkbaar hebben beïnvloed, welk bewijs trouwens in de meeste gevallen slechts moeilijk rechtens genoegzaam zou kunnen worden geleverd, doch veeleer het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben" (r. o. 15).

82. In de zaak Miller nam het Hof genoegen met het feit, dat de Commissie op basis van bepaalde feiten had aangetoond, dat er *gevaar* bestond voor een merkbare ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Dat lijkt mij ook in casu het geval te zijn geweest.

83. Zoals gezegd, bestreek het kartel namelijk het gehele Belgische grondgebied en vertegenwoordigden de leveranties van de leden van Belasco in vierkante meter in 1983 bijna 60% van het zichtbare verbruik van bitumineuze dakbedekking in België, terwijl hun produktie in dat jaar ongeveer 70% van de Belgische produktie uitmaakte. Zelfs al had de Commissie de synthetische produkten in de door haar gehanteerde marktdefinitie moeten opnemen, dan nog zouden de verkopen van de leden van Belasco nog altijd meer dan 50% van de markt hebben uitgemaakt.

84. Het valt dus niet te ontkennen, dat de buitenlandse producenten die naar België wilden exporteren, geconfronteerd werden met een zeer indrukwekkend blok van nationale producenten, die zich hadden verbonden om gezamenlijk ten strijde te trekken tegen een toename van de importen. De succesvolle actie tegen IKO was weliswaar gericht tegen een Belgische concurrent, maar zij bewijst, dat de leden van Belasco zeer wel in staat waren om met succes tegen een concurrent op te treden.

85. Al met al is mijns inziens dan ook de conclusie gerechtvaardigd, dat het kartel de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kon beïnvloeden.

D — Toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

86. Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kan de Commissie ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen tot een bedrag van ten hoogste tien procent van hun omzet in het voorafgaande boekjaar, wanneer de inbreuk op artikel 85, lid 1, „opzettelijk of uit onachtzaamheid" is gepleegd. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete „wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk".

87. Tot staving van hun subsidiaire verzoek tot schrapping of verlaging van de opgelegde geldboeten stellen verzoeksters, dat de Commissie geen standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de door hen in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar aangevoerde argumenten betreffende het opzettelijk karakter en de duur van de beweerdelijk gepleegde inbreuken.

88. Bovendien zou de Commissie de zwaarte van de inbreuken niet hebben beoordeeld aan de hand van de gevolgen ervan voor de markt en zou zij verzoeksters hebben gediscrimineerd ten opzichte van de niet bij Belasco aangesloten ondernemingen, die geen geldboeten kregen opgelegd.

89. De eerste opmerking kan al na een vluchtige lezing van de beschikking worden weersproken. In punt 109 verwijst de Commissie namelijk met zoveel woorden naar de argumenten waarmee verzoeksters tijdens de procedure hun goede trouw hebben willen aantonen, om deze echter meteen te weerleggen. In punt 106 zet de Commissie haar standpunt over de duur van de inbreuk duidelijk uiteen.

90. Algemeen gesproken, heeft het Hof overigens altijd beklemtoond, dat de uit artikel 190 EEG-Verdrag voortvloeiende motiveringsplicht

„niet voorschrijft dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld." [11]

91. In feite hoeft nu dus alleen nog te worden nagegaan, of de Commissie die twee punten inhoudelijk juist heeft beoordeeld.

1. *Het opzettelijk karakter van de inbreuken*

92. In de eerste plaats wil ik erop wijzen, dat artikel 15, lid 2, niet méér vereist dan dat de inbreuk op artikel 85 „uit onachtzaamheid" is begaan. Aan die minimumvoorwaarde is in casu hoe dan ook voldaan.

93. In de tweede plaats blijkt uit de rechtspraak van het Hof — met name het arrest Miller [12] (reeds aangehaald) en het arrest BMW van 12 juli 1979 [13] —, dat het voor de vraag, of een inbreuk moet worden geacht „opzettelijk" te zijn begaan, niet van belang is, of de betrokkenen zich al dan niet ervan bewust waren het verbod van artikel 85 te overtreden. Voldoende is, dat zij hadden moeten weten, dat de door hen voorgestelde of uitgevoerde maatregelen en handelingen een beperking van de mededinging ten doel hadden.

94. Dat was in casu stellig het geval, want uit de in de overeenkomst gegeven omschrijving van het doel van het kartel blijkt voldoende duidelijk, dat het de leden erom te doen was zowel de onderlinge concurrentie te beperken alsook iedere vorm van concurrentie van de zijde van niet-leden, daaronder begrepen in het buitenland gevestigde ondernemingen, tegen te gaan.

2. *De duur van de inbreuken*

95. Onder het kopje „Geldigheidsduur en einde van de overeenkomst" staat te lezen:

„De onderhavige overeenkomst is gesloten voor een periode van zes jaar, te weten van 1 januari 1978 tot en met 31 december 1983. In geval van niet-ontbinding wordt zij telkens stilzwijgend verlengd voor vijf jaar."

96. Verzoeksters stellen, dat de overeenkomst nooit is verlengd, ook niet stilzwijgend, maar zij hebben verzuimd enig bericht van ontbinding over te leggen. De Commissie kon er dan ook met recht van uitgaan, dat de overeenkomst ten minste tot haar

11 — Zie laatstelijk het arrest van 17 november 1987, gevoegde zaken 142 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487, r. o. 72.

12 — Jurispr. 1978, blz. 131, r. o. 18.

13 — Gevoegde zaken 32/78 en 36 tot en met 82/78, BMW, Jurispr. 1979, blz. 2435, r. o. 44.

eerste verificatiemaatregel op 9 april 1984 van kracht bleef, te meer daar de discussies over de „in de lopende overeenkomst aan te brengen wijzigingen" na 1 januari 1984 voortduurden: de algemene vergadering kwam na die datum nog viermaal bijeen (zie punt 53 van de mededeling van de punten van bezwaar en punt 120 van de dupliek).

97. Zelfs al ware de Commissie er ten onrechte van uitgegaan, dat het kartel tot 9 april 1984 van kracht was gebleven, dan zou dat nog niet noodzakelijkerwijs tot een verlaging van de geldboeten leiden, aangezien de Commissie er dan, op een totale periode van zes jaar, nog niet eens honderd dagen zou hebben naastgezeten. De duur van de inbreuken is immers slechts één van de elementen die bij de vaststelling van het boetebedrag in aanmerking moeten worden genomen. Bovendien kan niet bij voorbaat worden uitgesloten, dat het kartel, zelfs al was het op 31 december 1983 formeel beëindigd, ook na die datum nog effect heeft gesorteerd. In dat geval zou artikel 85 van toepassing zijn gebleven. [14]

3. *De zwaarte van de inbreuken*

98. Het verwijt van verzoeksters, dat de Commissie de zwaarte van de inbreuken niet heeft beoordeeld aan de hand van de gevolgen ervan voor de markt, is ongegrond.

99. In de eerste plaats heeft de Commissie een heel hoofdstuk van haar beschikking — de punten 76 tot en met 82 — gewijd aan de concrete gevolgen van het kartel, en wel uitdrukkelijk met het oog op de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken. Bij lezing van dat onderdeel van de beschikking valt meteen op, dat de Commissie bij die beoordeling geen rekening heeft gehouden met de maatregelen tot uitvoering van de Belasco-overeenkomst, waarvan zij naar eigen zeggen niet heeft kunnen aantonen, dat er ook daadwerkelijk gevolg aan is gegeven.

100. Bovendien geeft de Commissie in het onderdeel van haar beschikking dat is gewijd aan de beoordeling van de elementen die een rol spelen bij de vaststelling van het boetebedrag, in de eerste plaats aan, dat een aantal van de gewraakte maatregelen behoren tot „de ernstigste inbreuken die op de vrije mededinging kunnen worden gepleegd" (punt 105), om vervolgens te verwijzen naar de „hierboven uiteenzet(te)" gevolgen van het kartel (punt 106) en te preciseren, dat „bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken rekening is gehouden met het in een aantal opzichten minder strikte regime dat door de leden op nieuwe produkten werd toegepast..." (punt 107).

101. Op grond van deze vaststellingen kan ook het middel worden afgewezen, dat de Commissie haar beschikking ontoereikend heeft gemotiveerd door niet te antwoorden op de door verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar aangevoerde argumenten betreffende de gevolgen van het kartel voor de markt.

102. Nagegaan moet echter nog worden, of de betrokken vaststellingen op de juiste wijze worden weerspiegeld in de hoogte van de door de Commissie opgelegde geldboeten.

103. De zwaarte van de inbreuken is slechts één van de elementen waarmee bij de vaststelling van het boetebedrag rekening moet

14 — Zie in dit verband het arrest van 3 juli 1985, zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015, r. o. 17.

worden gehouden. Blijkens punt 104 van de bestreden beschikking heeft de Commissie daarnaast niet alleen rekening gehouden met de duur van de inbreuk, maar ook met „de totale omzet van elk van de betrokken ondernemingen alsmede haar omzet bij de leverantie van bitumineuze dakbedekking in België en, in het geval van Belasco, met de jaarlijkse uitgaven van deze laatste".

104. Bovendien beschikt de Commissie — evenals het Hof bij de uitoefening van de volledige rechtsmacht die artikel 17 van verordening nr. 17 hem op grond van artikel 172 EEG-Verdrag toekent — over een ruime discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de mate waarin de onderscheiden elementen uiteindelijk doorwerken in de hoogte van de door haar op te leggen geldboete. Hetzelfde geldt voor de elementen die bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken in aanmerking moeten worden genomen.

105. Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 ten slotte stelt enkel een minimum (1 000 rekeneenheden) en een maximum (tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar) aan het door de Commissie op te leggen boetebedrag.

106. Aangezien de geldboeten in casu slechts 0,75% tot 2,5% van de totale omzet van de betrokken ondernemingen in 1983 — zoals weergegeven in bijlage I van de beschikking van de Commissie — uitmaken, kan men niet staande houden, dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met eventuele „verzachtende" omstandigheden. Aangezien de Commissie van oordeel was, dat allen in dezelfde mate aansprakelijk moesten worden geacht voor het kartel (punt 108 van de beschikking), vinden de verschillende percentages hun verklaring in het feit, dat de Commissie tevens rekening heeft gehouden met de omzet die met de verkoop van bitumineuze dakbedekking in België was behaald.

4. *Eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel*

107. Het middel ontleend aan schending van het gelijkheidsbeginsel kan evenmin slagen.

108. Volgens de door verzoeksters aangehaalde vaste rechtspraak van het Hof houdt dit beginsel in,

„dat gelijke situaties niet op verschillende wijze mogen worden behandeld, tenzij een verschillende behandeling objectief gerechtvaardigd is". [15]

109. In casu heeft de Commissie echter precies aangetoond, dat de respectieve situatie van Belasco en haar leden enerzijds en van de niet-leden anderzijds juist niet vergelijkbaar waren.

110. De niet-leden, te weten International Roofing, UPM en Al Asfalt, zijn nooit tot de gewraakte overeenkomst toegetreden. De enige inbreuken die zij hebben begaan, betroffen de in mei en oktober 1978 met de leden gemaakte afspraken inzake kortingen,

15 — Zie ook het arrest van 12 maart 1987, zaak 215/85, BALM, Jurispr. 1987, blz. 1279, r. o. 23.

waarvan nog niet eens vaststaat, dat zij ook daadwerkelijk zijn nageleefd. Bovendien hadden die afspraken, anders dan het kartel, niet betrekking op de nieuwe produkten en golden zij slechts tot juli/augustus 1980.

111. De Commissie heeft dan ook terecht besloten, IR en Al Asfalt geen geldboete op te leggen, al heeft zij hun wel gelast, onverwijld een einde te maken aan de begane inbreuken voor zover deze nog bestonden, en zich in de toekomst te onthouden van iedere afspraak, onderling afgestemde feitelijke gedraging of maatregel die een soortgelijke uitwerking kan hebben (zie artikel 5 van de beschikking).

112. De Commissie was niet verplicht een bevel van dien aard tot UPM te richten, aangezien deze onderneming, een voormalig lid van Belasco dat was toegetreden tot de overeenkomst van 1966 maar niet tot die van 1978, sinds 4 juli 1980 failliet was.

113. Ik geloof dan ook niet dat het gelijkheidsbeginsel, dat niet alleen in de weg staat aan een verschillende behandeling van gelijke situaties, maar ook aan een gelijke behandeling van verschillende situaties [16], in het onderhavige geval verlaging of — a fortiori — schrapping kan rechtvaardigen van de aan Belasco en haar leden opgelegde geldboeten, te meer daar de deelname aan de prijsafspraken met de niet-leden in feite slechts een vrij onbelangrijke plaats inneemt in het geheel van inbreuken op artikel 85, lid 1, die de Commissie hun ten laste legt.

Conclusie

114. Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag correct heeft toegepast op de bedoelde overeenkomsten en besluiten, en dat zij bij de oplegging van de betrokken geldboeten aan Belasco en haar leden artikel 15 van verordening nr. 17 noch het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

115. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, het beroep in zijn geheel te verwerpen en verzoeksters te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënt.

16 — Zie met name het arrest van 26 maart 1987, zaak 58/86, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons, Jurispr. 1987, blz. 1525, r. o. 15.