

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL H. MAYRAS VAN 29 OKTOBER 1975 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

I — De feiten

Ingevolge een Koninklijk Besluit van 15 maart 1968 dienen alle in België gebouwde of gemonteerde dan wel ingevoerde motorvoertuigen voor toelating tot het verkeer op de openbare weg te voldoen aan de daarbij vastgestelde technische voorschriften.

De minister van Verkeerswezen of zijn gemachtigde dient hiertoe voor elk type voertuig een proces-verbaal van goedkeuring af te geven.

De constructeur — of wanneer deze in het buitenland is gevestigd zijn enige mandataris in België — dient na te gaan of ieder nieuw voertuig van een goedgekeurd type overeenstemt met de specificaties in het proces-verbaal van goedkeuring.

Ten bewijze van deze technische controle wordt een gelijkvormigheidsattest afgegeven en een identificatieplaat op het voertuig aangebracht.

Tot 15 maart 1973 werd dit onderzoek bij gebruikte wagens uitgevoerd door de officiële automobielspectiestations.

Ingevolge een richtlijn van de minister van Verkeerswezen geven de officiële stations sinds die datum geen gelijkvormigheidsattesten meer af voor geïmporteerde voertuigen die minder dan zes maanden in het buitenland geregistreerd zijn geweest.

Evenals voor nieuwe voertuigen zorgt in België de mandataris van de constructeur voor behoevende controle van deze voertuigen.

Dit is ook het geval met General Motors Continental NV te Antwerpen, een 100 % dochteronderneming van de Amerikaanse General Motors Corporation voor de Benelux-landen.

Zij is krachtens het Koninklijk Besluit van 15 maart 1968 aangewezen als enig mandataris in België van de constructeurs van motorvoertuigen behorende tot de GM-groep, met name van Adam Opel AG, zelf een 100 % dochteronderneming van het Amerikaanse bedrijf.

De Belgische firma zorgt voor de processen-verbaal van goedkeuring voor alle in België geconstrueerde of geïmporteerde GM-voertuigtypen. Voor in Europa vervaardigde Opels en Vauxhalls vraagt zij deze processen-verbaal aan in algemene series. Voor Amerikaanse modellen vraagt zij deze in het algemeen aan in kleine series voor maximaal 10 voertuigen per jaar.

Zij verricht de gelijkvormigheidscontrole van al deze verschillende typen voertuigen die door haar erkende dealers worden verkocht.

Als enige mandataris geeft zij echter eveneens de gelijkvormigheidsattesten af voor GM-voertuigen die niet via haar verkoopnet, doch door particulieren of niet-erkende handelaren zijn ingevoerd, ongeacht of dit nieuwe voertuigen zijn of, sinds 15 maart 1973, voertuigen die minder dan zes maanden in het buitenland geregistreerd zijn geweest.

De gelijkvormigheidsformaliteiten voor de door General Motors Continental in België gemonteerde of ingevoerde nieuwe Opels werden destijds door de afdeling verkoop van de NV als service en zonder kosten voor de klant verricht.

¹ — Vertaald uit het Frans.

Voor parallel ingevoerde voertuigen worden deze kosten aan de importeurs uiteraard wel in rekening gebracht.

In het tijdvak 15 maart - 31 juli 1973 verlangde General Motors Continental voor het onderzoek en het certificaat voor deze voertuigen een bedrag van 5 000 Bfr. + 900 Bfr. BTW.

Dit bedrag stemde overeen met het kostentarif van GMC voor de typegoedkeuring en gelijkvormigheidscontrole van in België ingevoerde Amerikaanse modellen. Niet weersproken is dat deze kosten bij in Europa vervaardigde voertuigen aanzienlijk lager liggen.

Niettemin werd dit tarief toegepast op vijf nieuwe motorvoertuigen van het merk Opel die na 15 maart 1973 parallel waren ingevoerd.

Na klachten van enkele kopers besloot GMC per 1 juni 1973 de controlekosten voor de aldus geïmporteerde voertuigen van Europese makelij te verlagen tot 1 000 Bfr. (zonder BTW), althans ten behoeve van bepaalde categorieën eigenaren: leden van het corps diplomatique en ambtenaren van internationale organisaties.

Na bestudering van de werkelijke kosten van de controle werd het tarief voor deze voertuigen met ingang van 1 augustus 1973 vastgesteld op 1 250 Bfr. + 187 Bfr. BTW.

Omstreeks diezelfde tijd restitueerde GMC het teveel betaalde aan de eigenaren der vijf Opels, die het oude tarief hadden moeten betalen.

Intussen kwamen deze feiten echter ter ore van de Commissie die een onderzoek gelastte, waarvan GMC op 17 augustus kennis kreeg via een ambtenaar van het directoraat Mededinging.

Ongeveer een jaar later, op 26 juli 1974, werd tegen GMC ambtshalve de procedure voorzien in verordening nr. 17/62 van

de Raad op grond van de artikelen 85 en 86, EEG-Verdrag, ingeleid.

Na schriftelijke mededeling van de punten van bezwaar van de Commissie en beantwoording daarvan door GMC kwam op 19 december 1974 de beschikking af waartegen het onderhavige beroep is gericht.

In artikel 1 van deze beschikking wordt geconstateerd dat General Motors Continental NV in de periode van 15 maart tot 31 juli 1973 opzettelijk inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het Verdrag door voor de afgifte van het attest en de plaat die zij ingevolge de Belgische wetgeving na het onderzoek van de gelijkvormigheid van Opel-voertuigen met de algemene type-goedkeuring en na vaststelling van de identiteit van de voertuigen moest afgeven, een als misbruik te beschouwen te hoge prijs te berekenen.

In artikel 2 van de beschikking wordt aan General Motors Continental NV wegens deze inbreuk een geldboete opgelegd van 100 000 rekeneenheden of 5 000 000 Bfr.

Verzoekster vraagt het Hof ten principale deze beschikking zonder meer, en subsidiair de boetebepaling nietig te verklaren.

II — Relevante markt en bestaan van een machtspositie

General Motors Continental voert voor haar vordering ten principale drie middelen aan, verband houdende met schending van artikel 86.

Het eerste middel betreft het bestaan van een machtspositie welke verzoekster volgens de Commissie „voor het indienen van aanvragen voor algemene typegoedkeuringen en de afgifte van gelijkvormigheidsattesten en identificatieplaten zowel voor nieuwe als voor minder dan zes maanden in het buitenland geregistreerde Opel-voertuigen in België en daarmee op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, heeft verkregen”.

Verzoekster betwist dat zij een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt. Zij licht dit toe door kritiek uit te oefenen op de omschrijving door de Commissie van de betrokken markt, welke naar haar mening te eng en gekunsteld is.

De dienstverlenende werkzaamheden, bestaande in het verkrijgen van de administratieve goedkeuring voor een bepaald type voertuigen en de gelijkvormigheidscontrole van motorvoertuigen van dit type, voordat deze in het verkeer gebracht worden, vormen geen afzonderlijke markt. Evenals de werkzaamheden onder garantie bij nieuwe voertuigen of de service na de verkoop, is de inspectie naar de door de overheid voorgeschreven technische normen een onderdeel van de verkoop van motorvoertuigen. Daarom moet de gehele afzetmarkt voor nieuwe voertuigen in België in aanmerking worden genomen, waarop General Motors Continental — gezien de daar heersende mededinging tussen een groot aantal merken — nu eenmaal geen machtspositie inneemt.

In deze redenering kan ik verzoekster niet volgen. Ik betwist niet dat het voor de beoordeling van het bestaan van een machtspositie van wezenlijk belang is de betrokken markt nauwkeurig af te bakenen. Dit blijkt ook uit Uw jurisprudentie in de zaken Sirena (arrest van 18 februari 1971, zaak 40-70, Jurispr. 1971, blz. 69), Deutsche Grammophon (arrest van 8 juni 1971, zaak 78-70, Jurispr. 1971, blz. 487), Commercial Solvents (arrest van 6 maart 1974, zaken 6 en 7-73, Jurispr. 1974, blz. 251) en vooral Continental Can (arrest van 21 februari 1973, zaak 6-72, Jurispr. 1973, blz. 215).

Toegegeven moet worden dat de service na de verkoop, dat wil zeggen de waarborg en het onderhoud van nieuwe voertuigen, slechts werkzaamheden van bijkomende aard bij de eigenlijke verkoop van deze voertuigen zijn.

De voorwaarden waaronder de fabrikanten en hun dealers deze service op zich

nemen, zijn voor de koper belangrijke factoren bij het bepalen van zijn keuze. De garantie jegens de koper van een nieuw voertuig en de verplichting van de erkende dealers alle onderhouds- en reparatiewerkzaamheden te verrichten, in het algemeen tegen door de fabrikant vastgestelde tarieven, maken deel uit van de verkoopvoorwaarden en spelen een rol bij de „inter-brand”-mededinging op de automarkt als geheel.

Daarentegen is er sprake van een door de overheid opgelegde verplichting, wanneer vóór de vrijgifte van een voertuig voor het openbaar verkeer wordt gecontroleerd of het voldoet aan de door de nationale overheid gestelde technische eisen. De koper van het voertuig — ongeacht van welk merk — moet onder alle omstandigheden ervan verzekerd zijn dat zijn voertuig voldoet aan de eisen van de geldende regeling.

Uiteindelijk doet het voor hem weinig ter zake of deze controle geschiedt door de overheid, door de fabrikant, of door diens gemachtigde. Dit speelt dus in beginsel geen enkele rol bij de mededinging op de automarkt als geheel.

Men kan dus twijfelen of deze controlewerkzaamheid op zichzelf een markt vormt. Dit is stellig niet het geval, wanneer het gelijkvormigheidsonderzoek wordt verricht door de overheid. Evenmin kan van „markt” worden gesproken, wanneer de Staat aan de fabrikanten of hun mandatarissen wel de uitoefening van deze controle toevertrouwt, doch hen daarbij aan een tarief bindt, dat is vastgesteld op basis van de werkelijke kosten van de controlewerkzaamheden.

Geldt dit nu ook wanneer de desbetreffende ondernemingen de vrijheid hebben zelf de tarieven vast te stellen naar commerciële maatstaven en daarbij winst te maken?

Op het eerste gezicht kan men hier aarzelen, wanneer men let op de aard van de gelijkvormigheidscontrole als een ver-

plichting tot openbare dienstverlening, welke door de Staat wordt opgelegd in het algemeen belang, namelijk de verkeersveiligheid.

Moet men er dan niet van uitgaan dat de ondernemingen waarop deze verplichting rust, doch waaraan gelijktijdig het exclusieve recht is verleend om deze controle uit te oefenen, behoren tot de in artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag bedoelde ondernemingen?

Aangenomen dat dit zo is, dus dat de Staat volgens de bewoordingen van dit artikel aan deze ondernemingen „bijzondere of uitsluitende rechten” heeft verleend, dan nog blijven hun gedragingen in voorkomend geval onderworpen aan de mededingingsregels van de artikelen 85 en volgende EEG-Verdrag.

Juist op dit terrein rijst in casu de vraag of General Motors Continental een machtspositie inneemt.

Aan deze onderneming is als enige mandataris het monopolie verleend voor de technische controle op de gelijkvormigheid van alle door de GM-groep vervaardigde, in België tot het verkeer toegelaten motorvoertuigen, ongeacht of het nieuwe, dan wel minder dan zes maanden in het buitenland geregistreerde voertuigen zijn. Dit exclusieve recht is niet gebonden aan enige verplichting om kopers van motorvoertuigen kosten in rekening te brengen volgens een van staatswege vastgesteld tarief. Iedere fabrikant of mandataris stelt zelf naar eigen goeddunken de vergoeding voor de gelijkvormigheidscontrole vast. Zo ook verzoekster.

Op deze dienstenmarkt kan het tariefbeleid van de ondernemingen dus inderdaad van invloed zijn op de mededinging, zij het niet de „inter-brand”-mededinging tussen de verschillende automerken, maar de „intra-brand”-mededinging, dat wil zeggen op de afzetmarkt voor voertuigen van de fabrikant — of de fabrikanten van een be-

paald concern — welke de enige mandataris vertegenwoordigt.

Door het samenspel van de Belgische regeling, waarbij de fabrikanten of hun enige mandatarissen het alleenrecht voor de gelijkvormigheidscontrole wordt gedelegeerd, enerzijds, de organisatie van de Europese dochterondernemingen van General Motors Corporation anderzijds, en ten slotte het zogenaamde selectieve verkoopstelsel, bestaat welk degelijk een potentiële mededinging tussen Opel (GM)-voertuigen ten aanzien van het prijselement gevormd door de kosten voor de controleformaliteiten.

Verzoekster erkent ook zelf dat de „intra-brand”-mededinging in het selectieve en niet langer exclusieve verkoopstelsel moet worden gerespecteerd en zelfs een voorwaarde is voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3.

Bij de aanmelding van haar „dealer GM-voertuigen”-contracten bij de Commissie op 30 december 1971, vermeldde GMC namelijk: „Alle concessiehouders die deel uitmaken van het verkoopnet moeten niet alleen concurreren met de concessiehouders van andere automerken, doch ook met de concessiehouders die hetzelfde automerk verkopen... Uit het contract (betreffende de verkoopconcessie en de autoservice) blijkt duidelijk dat genoemd doel (het voldoen aan de wensen van de kopers) slechts kan worden verwekelijkt door mededinging, met inbegrip van de mededinging tussen concessiehouders van eenzelfde merk.”

Het is trouwens onder deze voorwaarde van behoud der mededinging binnen een bepaald merk dat de Commissie op 13 december 1974 de verkoopcontracten van een andere Duitse fabrikant, de „Bayerische Motoren-Werke AG” heeft goedgekeurd, waarbij zij overwoog „dat de standaardovereenkomsten van BMW de daarbij betrokken ondernemingen geen mogelijkheden bieden voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen; dat zij

namelijk enerzijds BMW-auto's betreffen die met een reeks andere auto's overal op de gemeenschappelijke markt concurreren, terwijl anderzijds reeds is uiteengezet... dat ook in de BMW-handelsstadia mededinging met BMW-produkten en concurrerende produkten blijft bestaan".

Reeds in de zaak Grundig-Consten heeft U te kennen gegeven (arrest van 13 juli 1966, zaken 56 en 58-64, Jurispr. 1966, blz. 515, 516): „dat weliswaar de concurrentie tussen producenten in het algemeen duidelijker aan de dag treedt dan die tussen de verkopers van hetzelfde merk, doch dat hieruit nog niet volgt dat een overeenkomst waarmede een beperking van deze laatste vorm van mededinging wordt beoogd aan het verbod van artikel 85, lid 1, is onttrokken."

Mij dunkt dat deze overwegingen eveneens gelden voor het toepassingsgebied van artikel 86.

Ook al wil men met de Commissie aannemen dat de prijs voor de gelijkvormigheidscontrole van geïmporteerde voertuigen geen rol speelt in de mededinging tussen de verschillende automobielenmerken op de Belgische markt, dan nog kan een enig mandataris — door voor parallel geïmporteerde voertuigen van zijn merk een aanzienlijk hoger controletarief aan te houden dan wordt toegepast op voertuigen van hetzelfde merk die zijn vervaardigd of geassembleerd in dit land of zijn ingevoerd door een eigen net van erkende dealers — een distorsie van de mededinging bij de wederverkopers veroorzaken, zijn eigen verkoopnet bevoorluden en neveninvoer uit andere Lid-Staten afremmen.

In dit stadium van onderzoek van de zaak ben ik derhalve geneigd aan te nemen dat General Motors Continental, die als enige mandataris van de fabrikanten van de General Motors-groep voor België over een monopolie beschikt voor de controlewerkzaamheden ingevolge de nationale regeling betreffende de afgifte van gelijkvormigheidsattesten voor door deze

groep vervaardigde voertuigen, alleen reeds uit dien hoofde een machtspositie op de markt voor deze diensten bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

III — Misbruik van machtspositie

Heeft verzoekster misbruik van deze machtspositie gemaakt? Zij betwist dit, waartoe zij allereerst aanvoert dat de haar verweten gedraging er niet toe strekte noch ten gevolge had dat de mededinging werd belemmerd.

Hierbij baseert zij zich op een gelijkgerichte uitlegging van de artikelen 85 en 86, welke bepalingen beide — zij het langs verschillende wegen — beogen een daadwerkelijke mededinging binnen de Gemeenschap in stand te houden.

Zij wil daarmee zeggen dat, indien volgens de bewoordingen van artikel 85, lid 1, overeenkomsten tussen ondernemingen slechts onder het in dat artikel neergelegde verbod vallen, wanneer — onder andere — deze overeenkomsten „er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst", ditzelfde geldt voor de toepassing van artikel 86. Derhalve vormt de gedraging van een onderneming in een machtspositie, die zodanige strekking of gevolg niet heeft, geen inbreuk op de mededinging.

Volgens mij berust deze opvatting op een onjuiste uitlegging van artikel 86. Het begrip machtspositie brengt uit zichzelf een zekere beperking van de mededinging mee, doch de Verdragsauteurs zijn niet zo ver gegaan deze als zodanig te verbieden. Zij hebben volstaan met een verbod van misbruik dat noodzakelijkerwijze een nog ernstiger aantasting vormt van de op de markt overblijvende mededinging en deze zelfs volledig kan uitschakelen.

De in artikel 85 uitdrukkelijk neergelegde voorwaarde met betrekking tot over-

eenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen is dus stilzwijgend doch stellig inherent aan het begrip misbruik van een machtspositie. Daarom is het voldoende na te gaan of een bepaalde gedraging misbruik oplevert.

Hiertoe bevat de tweede alinea van artikel 86 een, overigens niet uitputtende, opsomming van de misbruiken die de plano onder het in het Verdrag neergelegde verbod vallen.

De aan General Motors Continental verweten gedraging komt precies overeen met het voorbeeld in deze bepaling sub a, te weten het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden".

De grief van de Commissie tegen verzoekster betreft een gedraging van deze aard en bestaat in het verwijt een „als misbruik te beschouwen" te hoge — en derhalve onbillijke — prijs te hebben berekend voor de door haar verrichte gelijkvormigheidscontroles van een aantal in België geïmporteerde Opel-voertuigen.

Het is buiten kijf dat het door General Motors Continental gedurende de periode van 15 maart tot 31 juli 1973 toegepaste tarief voor de afgifte van gelijkvormigheidsattesten voor motorvoertuigen van Europese constructie duidelijk op misbruik neerkwam. Verzoekster heeft dit zelf ook erkend, aangezien zij na bestudering van de werkelijke kosten van deze controle per 1 augustus 1973 een nieuw tarief heeft ingevoerd dat een kwart van het oorspronkelijke bedroeg. Daarmee is mijns inziens komen vast te staan dat een bedrag van 5 000 Bfr. exclusief BTW, voor controleformaliteiten met betrekking tot in Duitsland geconstrueerde Opel-voertuigen een onbillijke prijs in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub a, was.

Dit feit is voldoende om het bestaan van een inbreuk vast te stellen. Wanneer een onderneming over een monopolie be-

schikt — zelfs wanneer dit haar grond vindt in de delegatie van een overheidsbevoegdheid — vormt reeds het enkele feit dat die onderneming onbillijke tarieven of onbillijke contractuele voorwaarden verlangt misbruik. Dit volgt uit uw arresten van 11 maart 1974 (BRT/SABAM, zaak 127-73, Jurispr. 1974, blz. 316) en 30 april 1974 (Sacchi, zaak 155-73, Jurispr. 1974, blz. 431).

Derhalve behoeft niet te worden onderzocht of verzoeksters gedragingen inderdaad er toe strekten of ten gevolge hadden dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd aangetast.

Het is dan ook alleen om verzoekster volledig recht te doen wedervaren dat ik inga op het argument dat zij meent te kunnen ontleenen aan het feit dat ten tijde van de onderhavige feiten de prijs van Opel-voertuigen zonder BTW in België aanzienlijk lager was dan in de Bondsrepubliek Duitsland, zodat de kosten van de gelijkvormigheidscontrole irrelevant zouden zijn. Belgische dealers of particulieren zouden er in ieder geval geen enkel belang bij hebben gehad Opel-voertuigen eerder in Duitsland dan in België te kopen.

Ik betwijfel ten zeerste of dit juist is.

Immers, toen de firma Opel vier jaar tevoren zelf een plotselinge aanzienlijke stijging vaststelde in de verkoop van nieuwe Opels in Nederland, welke vervolgens werden geleverd aan haar erkende verkopers in Duitsland, heeft zij haar erkende dealers bij rondschriven van 7 februari 1969 gewezen op de eventuele gevolgen van die situatie. Zij deelde haar dealers mede dat „dit soort exporten het bestaan van buitenlandse Opel-dealers ernstig in gevaar brengen en dat als tegenmaatregel dergelijke voertuigen die door erkende Opel-dealers aan niet-erkende verkopers in het buitenland werden geleverd, zouden worden teruggekocht en in de Bondsrepubliek Duitsland ten verkoop aangeboden, en wel — zoals thans in Nederland geschiedt —

tegen beduidend lagere prijzen dan binnenslands gelden. Een dergelijke wederinvoer in Duitsland van door erkende Opel-dealers geëxporteerde voertuigen zou het aan de detailhandelaren voorgeschreven prijsstelsel ernstig in gevaar brengen. De gevolgen van dergelijke ontwikkeling zijn niet te overzien”.

Dit rondschrĳven heeft volgens de vennootschap Adam Opel daarna geleid tot een gedachtenwisseling tussen verschillende leden van de verkoopdienst van Opel en een aantal erkende Opel-dealers in de Bondsrepubliek Duitsland. Bovendien hebben hierover besprekingen plaatsgevonden tussen Opel en General Motors Continental te Antwerpen, de „bevoegde concernonderneming voor de verkoop van Opel-voertuigen via haar erkende dealers in de Benelux”, dus met name in België en Nederland. Niettemin zijn vele Duitse concessiehouders doorgegaan met deze export, overigens zonder dat — aldus Opel — tegen hen represailles zijn genomen.

Echter op 29 september 1970, dezelfde dag waarop deze contracten bij de Commissie werden aangemeld, liet Opel haar regionale verkoopleiders in Duitsland weten dat zij „met ingang van heden” de erkende dealers op geen enkele wijze meer van export mochten afhouden; terzelfder tijd „bevestigde” Opel haar erkende dealers dat zij niet alleen gerechtigd waren in hun verkoop- en servicedistricten te verkopen, doch ook in andere gebieden mochten leveren.

Hoewel deze correspondentie betrekking heeft op een eerder tijdvak en op neveninvoer in Nederland, is het niet uitgesloten dat dergelijke importen ook in België in 1973 nog aantrekkelijk waren.

Bovendien erkent verzoekster zelf dat zij door het aanzienlijk toegenomen aantal aanvragen voor gelijkvormigheidsattesten na 15 maart 1973 was genoopt haar „stelsel van gelijkvormigheidsformaliteiten, met inbegrip van de daaraan verbonden kosten” opnieuw aan een onderzoek te onderwerpen.

Over de beantwoording van de vraag of het misbruik de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, bestaat naar ik meen geen twiĳfel. De controle waarvoor een overdreven hoge prijs werd verlangd betrof voertuigen die uit Duitsland parallel waren ingevoerd. Dit is op zichzelf voldoende om aan te tonen dat het om intracommunautair handelsverkeer ging. Bovendien is de voorwaarde van aantasting van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten slechts een bevoegdheidscriterium om het toepassingsgebied van het nationale en het communautaire mededingingsrecht te kunnen afbakenen.

Ten slotte kan het bestaan van misbruik van een machtspositie slechts worden vastgesteld aan de hand van zuiver objectieve criteria. Daaruit volgt dat de argumenten die verzoekster ontleent aan bijzondere omstandigheden waaruit zou blijken dat het op 15 maart 1973 geldende tarief voor de gelijkvormigheidscontrole van in de Verenigde Staten gebouwde voertuigen bij vergissing is toegepast op in Europa gebouwde voertuigen welke in België parallel zijn ingevoerd, niet ter zake doen voor het wettelijk bestaan van de inbreuk.

Hetzelfde geldt voor het argument dat verzoekster op korte termijn de ten onrechte ontvangen bedragen had terugbetaald aan de vijf eigenaars van de betrokken Opel-voertuigen.

Deze overwegingen zijn daarentegen wel van beslissend belang voor de vraag of de Commissie een boete van 100 000 reken-eenheden aan General Motors Continental mocht opleggen.

IV — De wettigheid van de beschikking met betrekking tot de boetebepaling

Krachtens artikel 15, lid 2, van 's Raads verordening nr. 17 is de Commissie bevoegd aan ondernemingen geldboeten op te leggen wanneer zij *opzettelijk* of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag. In de beschikking komt de

Commissie tot de bevinding dat General Motors Continental opzettelijk en niet slechts uit onachtzaamheid misbruik heeft gemaakt van een machtspositie.

Ofschoon de boeten volgens verordening nr. 17 strikt genomen niet het karakter van een strafmaatregel hebben, acht ik het onmogelijk de term „opzettelijk” los te zien van de in het strafrecht der Lid-Staten algemeen aanvaarde begrippen.

Het gebruik van deze term brengt noodzakelijkerwijze mede dat de betrokkene heeft gehandeld met de wil een bedoelde handeling te verrichten waarvan hij wist dat zij onwettig en in het Verdrag verboden is, en zich daarbij bewust was van de ongeoorloofde gevolgen van zijn gedrag.

Tegenover opzet staat gewone onachtzaamheid, zoals ook doleuze delicten tegenover culpose delicten staan.

Het eerste begrip kan dus slechts worden gehanteerd wanneer de betrokken onderneming de schadelijke gevolgen van de gedraging heeft gewild of althans op de koop toe heeft genomen.

Daarentegen is er onachtzaamheid, wanneer de betrokkene, zonder de bedoeling onrechtmatig te handelen, de gevolgen van zijn daad niet heeft voorzien, terwijl iemand bij normale zorgvuldigheid en voldoende oplettendheid die wel zou hebben voorzien.

Hoe moet nu het optreden van General Motors Continental worden gekwalificeerd?

Allereerst zij opgemerkt dat het tarief dat werd toegepast in vijf gevallen van parallel ingevoerde Opel-voertuigen, geenszins was opgesteld met het oogmerk om de mededinging te vervalsen en deze importen welbewust te benadelen ten opzichte van de rechtstreekse importen van verzoekster of haar erkende tussenpersonen.

Dit op 1 september 1972 ingestelde tarief gold slechts voor in Amerika gebouwde GM-voertuigen.

Vóór 15 maart 1973 was het nooit toegepast op in Europa gebouwde voertuigen en met name op Opel-voertuigen. Verzoekster heeft in haar antwoord op de punten van bezwaar verklaard — en is in zoverre niet weersproken — dat van 1 september 1972 tot 15 maart 1973 geen enkele eigenaar van een Opel-voertuig haar had verzocht om afgifte van een gelijkvormigheidsattest en een identificatieplaat, zeer waarschijnlijk omdat deze controletaak in die tijd nog werd verricht door de officiële automobieliinspectiestations.

Eerst nadat ingevolge een richtlijn van de minister van Verkeerswezen deze stations geen voertuigen meer accepteerden die minder dan zes maanden in het buitenland geregistreerd waren, ontving verzoekster aanvragen voor gelijkvormigheidsattesten voor door particulieren ingevoerde voertuigen van Europese make.

Omdat destijds niet was voorzien dat ook voor parallel ingevoerde Opel-voertuigen gelijkvormigheidsattesten zouden worden gevraagd, en men bovendien ook tevoren geen nauwkeurige kostenberekening voor deze controle had gemaakt, paste de desbetreffende afdeling, stellig ten onrechte doch door wat als een eenvoudige vergissing moet worden aangemerkt, het destijds geldende tarief toe.

Hierin kan moeilijk de bedoeling worden gezien om opzettelijk inbreuk op artikel 86 te plegen.

Deze overtuiging wordt nog versterkt door de stappen die verzoekster nam, toen zij zich na klachten van een aantal eigenaren over een excessief geacht tarief bewust werd van haar vergissing: enerzijds stelde zij voor de toekomst een nieuw tarief vast dat overeenkwam met de werkelijke kosten van de controleformaliteiten voor voertuigen van Europese constructie, en anderzijds vergoedde zij de door deze eigenaren geleden schade.

Op 1 juni besloot zij namelijk voorlopig de prijs van de gelijkvormigheidscontrole

voor deze voertuigen te verlagen tot 1 000 Bfr., althans voor leden van het corps diplomatique of ambtenaren van internationale organisaties. Het gold hier dus geen maatregel van algemene aard, doch een maatregel die althans een oplossing bood voor de litigieuze gevallen die zich hadden voorgedaan.

Gelijktijdig — nog voordat de Commissie verzoekster mededeling had gedaan van haar besluit een onderzoek in te stellen — voerde GMC na een onverwijld ondernomen technische en financiële studie over de kosten van de gelijkvormigheidscontrole, op 1 augustus 1973 een tarief in van 1 250 Bfr. (excl. BTW) voor alle in Europa gebouwde GM-voertuigen.

Ten slotte werden begin augustus de te veel betaalde bedragen gerestitueerd in de vijf gevallen waarin ten onrechte het oude tarief was toegepast.

Onverminderd het feit dat door het aanvankelijk incasseren van overdreven hoge bedragen formeel inbreuk — zij het van zeer beperkte strekking — op artikel 86 is gemaakt, kom ik op grond van het samenstel der bovengenoemde feiten tot de overtuiging dat dit niet opzettelijk is gedaan.

Zoudt U nu niet kunnen aannemen dat, als verzoekster de inbreuk niet opzettelijk heeft gepleegd, zij wel uit onachtzaamheid heeft gehandeld, zodat de opgelegde boete — althans in beginsel — uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gerechtvaardigd is?

Hoewel de Commissie U dit voorstelt, meen ik niet dat het Hof bevoegd is de motivering der beschikking aldus te wijzigen.

Stellig mag het Hof op grond van zijn volledige rechtsmacht ter zake van de in die verordening voorziene sancties bij inbreuken op de mededingingsregels beoordelen of — gezien de ernst en de

duur van een bewezen inbreuk — het bedrag van de door de Commissie opgelegde boete al dan niet gerechtvaardigd is. Met name kan het Hof rekening houden met verzachtende omstandigheden en het bedrag van de geldboete verlagen. Omgekeerd zou het Hof, wanneer het strenger oordeelt dan de Commissie, de boete eventueel ook kunnen verhogen.

Maar alvorens hieraan toe te komen, heeft het Hof allereerst — en bovenal — de wettigheid van de beschikking der Commissie te beoordelen. Noemt de Commissie — zoals in casu — uitdrukkelijk als rechtsgrondslag van de opgelegde boete een naar haar zeggen opzettelijk gepleegde inbreuk, dan dient het Hof zich — vóór de toetsing van de hoogte der boete aan de ernst van de onrechtmatige gedraging — uit te spreken over de juridische kwalificatie van deze gedraging. Mocht het Hof tot de slotsom komen dat de inbreuk niet opzettelijk is gepleegd, dan moet het op grond daarvan verklaren dat de beschikking op onjuiste gronden is genomen en daaruit de onvermijdelijke conclusie trekken, namelijk overgaan tot nietigverklaring van de beschikking voor zover daarbij een boete wordt opgelegd. Naar ik meen kan het Hof echter niet verder gaan en de door de Commissie aan haar beschikking ten grondslag gelegde *dolus* vervangen door *onachtzaamheid*.

Mocht het Hof deze zienswijze niet delen en zich bevoegd achten verzoekster ten deze onachtzaamheid te verwijten, dan dient de omvang van de boete te worden afgemeten aan deze andere beoordeling dan die der Commissie. In dat geval zou de inbreuk veel minder ernstig zijn dan de Commissie heeft gemeend. De feiten die ik heb genoemd om „opzet” in deze afwezig te achten, pleiten althans voor een aanzienlijke verlaging van het bedrag van de boete, die slechts een principieel karakter zou moeten hebben.

Dit wil ik U echter slechts subsidiair voorstellen.

Ten gronde concludeer ik

1. tot nietigverklaring van de bestreden beschikking voor zover daarbij aan General Motors Continental een boete wegens opzettelijk gepleegde inbreuk wordt opgelegd;
2. tot afwijzing van het meer gevorderde;
3. tot verwijzing van elk der partijen in de aan haar zijde gevallen kosten.