

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

21 oktober 2003 *

In zaak T-368/00,

General Motors Nederland BV, gevestigd te Sliedrecht (Nederland),

Opel Nederland BV, gevestigd te Sliedrecht,

beide vertegenwoordigd door D. Vandermeersch, R. Snelders en S. Allcock,
advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls
en A. Whelan als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

betreffende, primair, nietigverklaring van beschikking 2001/146/EG van de Commissie van 20 september 2000 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/36.653 — Opel) (PB 2001, L 59, blz. 1), en, subsidiair, nietigverklaring of vermindering van de bij deze beschikking aan verzoeksters opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: N. J. Forwood, kamerpresident, J. Pirrung en A. W. H. Meij, rechters,
griffier: H. Jung,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 december 2002,

het navolgende

Arrest

Feiten en rechtskader

- ¹ Opel Nederland BV (hierna: „Opel Nederland”) is op 30 december 1994 opgericht als een volle dochteronderneming van General Motors Nederland BV (hierna: „General Motors Nederland”) en heeft de commerciële activiteiten van

laatstgenoemde in Nederland overgenomen. De activiteiten van General Motors Nederland zijn daarmee beperkt tot die van holdingmaatschappij, die volledig eigendom is van General Motors Corporation, gevestigd te Detroit (Verenigde Staten).

- 2 Opel Nederland is in Nederland de enige nationale verkooponderneming voor het merk Opel. Haar activiteiten omvatten de invoer, de uitvoer en de groothandel betreffende auto's, reserveonderdelen en accessoires. Zij houdt zich echter niet bezig met de constructie van auto's. Opel Nederland heeft Dealer Verkoop en Service Contracten gesloten met ongeveer 150 dealers, die daardoor als erkende wederverkopers in het distributienet van Opel in Europa zijn opgenomen.
- 3 Dealercontracten zijn bij verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB 1985, L 15, blz. 16) onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van de toepassing van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG). Deze verordening is met ingang van 1 oktober 1995 vervangen door verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 (PB L 145, blz. 25). Volgens artikel 7 van verordening nr. 1475/95 is het verbod van artikel [81], lid 1, EG-Verdrag tijdens de periode van 1 oktober 1995 tot en met 30 september 1996 niet van toepassing op overeenkomsten die op 1 oktober 1995 reeds van kracht waren en die voldeden aan de voorwaarden voor vrijstelling uit hoofde van verordening nr. 123/85.
- 4 Bij artikel 3, punt 10, sub a, van elk van beide verordeningen wordt het de fabrikant en/of zijn importeur toegestaan om dealers te verbieden contract- en daarmee overeenstemmende producten te leveren aan wederverkopers die niet tot het distributienet behoren. Beide verordeningen staan de fabrikant en/of zijn importeur echter niet toe om de dealers te verbieden contract- en daarmee overeenstemmende producten te leveren aan eindgebruikers, door dezen gemachtigde tussenpersonen of andere dealers die tot het distributienet van de fabrikant en/of importeur behoren.

- 5 Als reactie op aanwijzingen dat sommige van haar dealers op grote schaal exporteerden, heeft Opel Nederland vanaf het tweede halfjaar van 1996 een reeks maatregelen onderzocht en vastgesteld.
- 6 Op 28 en 29 augustus 1996 heeft Opel Nederland een brief gezonden aan 18 dealers die in het eerste halfjaar van 1996 10 auto's of meer hadden geëxporteerd. Deze brief luidt als volgt:

„[...] Het is ons opgevallen dat uw bedrijf gedurende de eerste helft van 1996 een belangrijk aantal Opels in het buitenland heeft verkocht. De omvang is voor ons dermate groot, dat wij het ernstige vermoeden hebben dat deze verkopen wel eens in strijd zouden kunnen zijn met de letter en geest van het huidige en komende Opel Dealer Verkoop en Service Contract. [...] Wij hebben het voornemen om uw antwoord te toetsen aan de gegevens die in uw boekhouding daarover geregistreerd zijn. Daarna zullen wij u informeren over de verdere gang van zaken. Het bovenstaande laat onverlet dat u primair verantwoordelijk bent voor een bevredigende verkoopprestatie in uw speciale invloedssfeer [...]”

- 7 Tijdens een vergadering op 26 september 1996 heeft de directie van Opel Nederland besloten enkele maatregelen met betrekking tot de export vanuit Nederland te nemen. In het verslag van deze vergadering worden deze maatregelen beschreven als volgt:

„[...] Genomen besluiten:

- 1) Bij alle dealers van wie bekend is dat zij exporteren (20), zal door Opel Nederland BV een audit worden verricht. Prioriteit van boven naar beneden zoals aangegeven op de lijst 'exporterende dealers', gedateerd 26 september 1996. De heer Naval [Treasurer] zal dit regelen.

- 2) De heer De Heer [Director of Sales and Marketing] zal alle dealers antwoorden die de eerste brief over exportactiviteiten die Opel hun heeft toegezonden, hebben beantwoord. Zij zullen op de hoogte worden gebracht van de audits en van het feit dat de productschaarste tot een beperkte allocatie zal leiden.

- 3) De District Managers Sales zullen binnen de komende twee weken de exportkwestie met de exporterende dealers bespreken. De dealers zullen ervan op de hoogte worden gebracht dat zij wegens de beperkte beschikbaarheid van het product (tot nader order) slechts een aantal eenheden zullen ontvangen dat gelijk is aan hun Sales Evaluation Guide. Hun zal worden gevraagd aan de District Manager op te geven welke eenheden van hun lopende orders zij werkelijk wensen te ontvangen. De dealers zullen eventuele problemen met hun koper zelf moeten oplossen.

- 4) Aan dealers die de District Manager meedelen dat zij het op grote schaal exporteren van auto's niet willen beëindigen, zal worden gevraagd op 22 oktober 1996 met de heren De Leeuw [Managing Director] en De Heer bijeen te komen.

- 5) De heer Notenboom [Sales Staff Manager] zal GMAC vragen een audit van de dealersvoorraad te verrichten om het juiste aantal nog aanwezige eenheden vast te stellen. Verwacht wordt dat een belangrijk gedeelte intussen is uitgevoerd.

- 6) Bij toekomstige verkoopcampagnes zullen buiten Nederland geregistreerde auto's niet meetellen. Concurrenten passen dezelfde condities toe.

- 7) De heer Aukema [Merchandising Manager] zal de namen van de exporteerende dealers van de lijsten voor campagnes schrappen. De resultaten van de audit zullen bepalen wie in de toekomst in aanmerking komt.

- 8) De heer Aelen [Finance Staff Manager] zal een brief aan de dealers opstellen waarin hun wordt meegedeeld dat Opel Nederland BV met ingang van 1 oktober 1996 150 NLG in rekening zal brengen voor het op verzoek verstrekken van officiële verklaringen van de importeur, zoals het gelijkvormigheidsattest, en het opstellen van douanedocumenten voor bepaalde belastingvrije auto's (bv. diplomaten)."

- 8 Na de brieven van 28 en 29 augustus 1996 en de antwoorden van de dealers heeft Opel Nederland op 30 september 1996 aan de betrokken 18 dealers een tweede brief gezonden. Deze brief luidt als volgt:

„[...] Uw antwoord was voor ons teleurstellend, omdat daaruit totaal geen begrip sprak voor de gezamenlijke belangen van alle Opel-dealers en Opel Nederland. Wij zullen onze Audit-afdeling opdracht geven uw verklaringen te onderzoeken. Hangende dit onderzoek, krijgt u geen tussenstanden van de campagnes, omdat wij twijfelen aan de juistheid van de retailcijfers [...]”

- 9 De bedoelde audits hebben tussen 19 september en 27 november 1996 plaatsgevonden.

- 10 Op 24 oktober 1996 heeft Opel Nederland aan alle dealers een rondschriven betreffende de verkoop aan eindgebruikers in het buitenland gezonden. Volgens dit rondschriven mogen de dealers vrij verkopen aan eindgebruikers die in de Europese Unie wonen, en kunnen de eindgebruikers ook een beroep doen op de diensten van een gemachtigd tussenpersoon.

- 11 Naar aanleiding van inlichtingen dat Opel Nederland een strategie volgde om de export van nieuwe auto's vanuit Nederland naar andere lidstaten stelselmatig te belemmeren, heeft de Commissie op 4 december 1996 bij beschikking verificaties gelast overeenkomstig artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het EG-Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204). De verificaties hebben op 11 en 12 december 1996 bij Opel Nederland BV in Sliedrecht en bij Van Twist, een Opel-dealer in Dordrecht (Nederland) plaatsgevonden.
- 12 Op 12 december 1996 heeft Opel Nederland aan de dealers richtlijnen gezonden betreffende de verkoop van nieuwe auto's aan wederverkopers en aan gemachtigde tussenpersonen.
- 13 Bij rondschrijven van 20 januari 1998 heeft Opel Nederland zijn dealers ervan in kennis gesteld dat de uitsluiting van de betaling van bonussen in geval van exportverkoop met terugwerkende kracht was ingetrokken.
- 14 Op 21 april 1999 heeft de Commissie verzoeksters een mededeling van punten van bezwaar gezonden.
- 15 Bij brief van 21 juni 1999 hebben Opel Nederland en General Motors Nederland hun opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar ingediend.
- 16 Zij hebben hun standpunten eveneens tijdens een hoorzitting op 20 september 1999 aan de bevoegde diensten van de Commissie kenbaar gemaakt.

- 17 Op 20 september 2000 heeft de Commissie beschikking 2001/146/EG in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/36.653 — Opel) (PB 2001, L 59, blz. 1), (hierna: „bestreden beschikking”) gegeven. Deze beschikking is op 27 september 2000 ter kennis van verzoeksters gebracht.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 18 Bij op 30 november 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.
- 19 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten over te gaan tot de mondelinge behandeling en partijen bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang verzocht een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden. Partijen hebben aan dit verzoek voldaan.
- 20 Partijen zijn ter terechtzitting van 10 december 2002 in hun pleidooien en antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord.
- 21 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

- subsidiair, het bedrag van de bij de bestreden beschikking opgelegde geldboete nietig te verklaren of te verminderen;

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

22 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoeksters te verwijzen in de kosten.

Bestreden beschikking

- 23 Bij de bestreden beschikking legt de Commissie verzoeksters een geldboete van 43 miljoen euro op wegens schending van artikel 81, lid 1, EG. In de bestreden beschikking komt de Commissie tot de slotsom dat Opel Nederland met de in Nederland gevestigde dealers overeenkomsten heeft gesloten om de exportverkoop van Opels aan eindgebruikers in andere lidstaten en aan in andere lidstaten gevestigde Opel-dealers te beperken of te verbieden.
- 24 Deze conclusie steunt voornamelijk op de volgende bevindingen: in de eerste plaats heeft Opel Nederland in september 1996 een algemene strategie ter

bepanking of verhindering van elke exportverkoop vanuit Nederland vastgesteld; in de tweede plaats heeft Opel Nederland haar algemene strategie uitgevoerd door middel van afzonderlijke maatregelen die met de dealers waren afgesproken in het kader van de praktische uitvoering van de dealercontracten, en die bestanddeel zijn geworden van de contractuele betrekkingen die Opel Nederland met de dealers van haar selectieve distributienet in Nederland heeft.

25 Volgens de bestreden beschikking omvatte de algemene strategie met name de volgende maatregelen:

- een restrictief leveringsbeleid waarbij de leveringen werden beperkt op basis van de bestaande verkoopdoelstellingen en dat is toegepast van begin oktober 1996 tot en met 24 oktober 1996 voor de verkopen aan eindgebruikers en van begin oktober 1996 tot en met 12 december 1996 voor de verkopen aan andere Opel-dealers;

- een restrictief bonusbeleid waarbij de exportverkopen aan eindgebruikers werden uitgesloten van de bonuscampagnes voor retailverkopen en dat van 1 oktober 1996 tot en met 20 januari 1998 is toegepast;

- een rechtstreeks exportverbod zonder onderscheid, dat gold van 31 augustus 1996 tot en met 24 oktober 1996 voor de verkopen aan eindgebruikers en van 31 augustus 1996 tot en met 12 december 1996 voor de verkopen aan andere Opel-dealers is toegepast.

- 26 Omtrent het bedrag van de geldboete wordt in de bestreden beschikking verklaard dat de Commissie krachtens de bepalingen van artikel 15 van verordening nr. 17 rekening dient te houden met alle relevante omstandigheden en in het bijzonder met de zwaarte en de duur van de inbreuk.
- 27 De Commissie beschouwt de inbreuk als zeer zwaar, omdat Opel Nederland de totstandkoming van de interne markt heeft belemmerd. Zij houdt daarbij rekening met de belangrijke positie die het merk Opel op de relevante markten in de Europese Unie inneemt. Volgens de bestreden beschikking betreft de inbreuk de Nederlandse markt voor de verkoop van nieuwe auto's, maar heeft de inbreuk eveneens gevolgen gehad op de markten in andere lidstaten, en moeten alle lidstaten waar de prijzen van Opels voor belasting aanzienlijk hoger waren dan in Nederland in feite worden beschouwd als potentiële bronnen van een exportvraag. Opel Nederland heeft opzettelijk gehandeld, omdat het onmogelijk was niet te weten dat de betrokken maatregelen strekten tot beperking van de mededinging. De Commissie komt tot de slotsom dat een geldboete moet worden opgelegd die deze zeer zware inbreuk op gepaste wijze bestraft en door haar afschrikkende werking elke herhaling uitsluit. Naar haar oordeel is een bedrag van 40 miljoen euro een passende grondslag voor de bepaling van de hoogte van de geldboete.
- 28 Wat de duur van de inbreuk betreft is de Commissie van mening dat deze van eind augustus of begin september 1996 tot en met januari 1998 heeft geduurd, dus 17 maanden, wat een inbreuk van middellange duur vormt.
- 29 Gezien de respectieve duur van de drie specifieke maatregelen is het volgens de Commissie gerechtvaardigd om het bedrag van 40 miljoen euro met 7,5 % ofwel 3 miljoen euro te verhogen, wat het bedrag van de geldboete op 43 miljoen euro brengt.

- 30 Ten slotte acht de Commissie in casu geen verzachtende omstandigheden aanwezig, met name omdat Opel Nederland na de op 11 en 12 december 1996 verrichte verificaties een wezenlijk element van de inbreuk, namelijk het restrictieve bonusbeleid, heeft gehandhaafd.

In rechte

- 31 Tot staving van hun beroep voeren verzoeksters primair vier middelen aan. Het eerste betreft met name een gebrek aan bewijs van bepaalde bestanddelen van de vastgestelde inbreuk. Het tweede, het derde en het vierde middel betreft dwaling ten aanzien van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG.
- 32 Subsidiair voeren verzoeksters een vijfde middel aan, betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel en van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”).

A — Het eerste middel: gebrek aan bewijs dat Opel Nederland een algemene strategie ter beperking van alle export heeft vastgesteld

Argumenten van partijen

- 33 Verzoeksters betwisten dat Opel Nederland ooit een strategie had om zonder onderscheid alle export te verhinderen of te beperken. Een nauwkeurige lezing

van de documenten waarop de Commissie zich baseert, met name het verslag van de vergadering van 26 september 1996, toont aan dat de strategie enkel was bedoeld om de ongeoorloofde, door de geldende dealercontracten verboden exportverkoppen aan niet-erkende wederverkopers te beperken en niet om de geoorloofde export aan eindgebruikers of aan andere dealers tegen te gaan.

- 34 In dit verband voeren verzoeksters in de eerste plaats aan dat de Commissie zich grotendeels baseert op interne werkdocumenten die niet het beleid van de onderneming weerspiegelen en die in elk geval bewijskracht missen. Deze werkdocumenten vormden slechts de neerslag van een interne discussie onder het personeel van Opel Nederland over de mogelijke strategieën waarmee kon worden gereageerd op de ernstige vermoedens dat sommige dealers op grote schaal exporteerden naar niet-erkende wederverkopers. Bovendien wordt de conclusie dat Opel Nederland heeft getracht om alle export zonder onderscheid te beperken, niet gestaafd door de tekst van het besluit van 26 september 1996 en evenmin door de daaraan voorafgegane interne e-mails.
- 35 In de tweede plaats verklaren verzoeksters dat het bewijsmateriaal van de Commissie, geplaatst in het juiste verband, spoort met de toegestane strategie van Opel Nederland om de ongeoorloofde verkopen aan niet-erkende wederverkopers te beperken. In zijn werkelijke context weerspiegelt het besluit van 26 september 1996 een beleid dat is ontworpen om de omvang van de ongeoorloofde export aan niet-erkende wederverkopers te verminderen en te waarborgen dat de speciale bonuscampagnes om de verkopen in Nederland aan te moedigen, hun doel bereiken.
- 36 In de derde plaats stellen verzoeksters dat in alle brieven aan de dealers uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde exportverkoppen.

- 37 In de vierde plaats betogen verzoeksters dat niet is uitgesloten dat sommige districtmanagers de strekking van het besluit van 26 september 1996 wellicht niet goed hebben begrepen en tijdens individuele gesprekken met sommige dealers mogelijk de onjuiste indruk hebben gewekt dat Opel Nederland trachtte alle export zonder onderscheid te beperken. Deze tijdelijke misverstanden bij bepaalde personen kunnen echter geen bewijs van een algemene strategie van de onderneming vormen.
- 38 In de vijfde plaats stellen verzoeksters dat de afwezigheid van een strategie van de onderneming om alle export te beperken verder wordt bevestigd door de corrigerende maatregelen die Opel Nederland heeft genomen zodra zij beseftte dat het besluit van 26 september 1996 verkeerd kon worden uitgelegd. Zij verwijzen met name naar het op 24 oktober 1996 aan alle dealers gezonden rondschrjven. Volgens verzoeksters gaat de Commissie er ten onrechte van uit dat dit rondschrjven enkel de verkopen aan eindgebruikers betrof. Dat het bonusbeleid waartoe op 26 september 1996 was besloten, op dat moment niet is stopgezet, komt volgens verzoeksters omdat het in het licht van de communautaire mededingingsregels verdedigbaar werd geacht en in elk geval niet beoogde de geoorloofde export te beperken. Toen Opel Nederland op 20 januari 1998 besloot om dit bonusbeleid met terugwerkende kracht stop te zetten, had de Commissie haar nog niet meegedeeld dat dit beleid in strijd met artikel 81 EG was.
- 39 Dat de vermeende strategie niet bestond, wordt in de zesde plaats geïllustreerd door het feit dat voor de geoorloofde of zelfs de ongeoorloofde export geen sancties zijn opgelegd. Geen enkel dealercontract is opgezegd, ondanks bewijzen van ernstige contractschendingen door meerdere dealers, en aan geen enkele dealer is de levering van een auto geweigerd wegens de plaats van bestemming ervan of op grond van een of ander restrictief leveringsbeleid.
- 40 Ten slotte voeren verzoeksters aan dat de vermeende strategie van Opel Nederland niet-relevant is voor de toepassing van artikel 81 EG, wanneer deze

strategie niet door haar dealers is aanvaard. Met verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punt 176) argumenteren verzoeksters dat niet het bestaan van een of andere strategie of veronderstelde bedoeling van de kant van Opel Nederland om de export te verminderen van belang is, maar de inhoud van de daadwerkelijk met de dealers gesloten overeenkomsten. Er is echter nooit een uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst tussen Opel Nederland en haar dealers geweest over een met artikel 81 EG strijdig restrictief leveringsbeleid of restrictief bonusbeleid. Slechts gedurende een zeer korte periode, tussen oktober en december 1996, heeft een zeer beperkt aantal dealers (namelijk negen op een totaal van 150) zich ertoe verbonden om helemaal niet te exporteren.

41 De Commissie heeft zelf toegegeven dat de dealers niet actief aan het beleid van Opel Nederland hebben meegewerkt. Uit het reeds genoemde arrest Bayer/Commissie volgt dat een eenzijdig optreden van Opel Nederland niet in strijd met artikel 81 EG is.

42 De Commissie betwist de juistheid van de argumenten van verzoeksters.

Beoordeling door het Gerecht

43 In de eerste plaats moet worden ingegaan op de argumentatie die in de bestreden beschikking als basis dient voor de vaststelling dat Opel Nederland op 26 september 1996 een besluit heeft genomen dat bewijs oplevert van het bestaan van een algemene strategie om de export vanuit Nederland naar andere lidstaten te verhinderen en/of te beperken.

- 44 Uit de punten 17 en 21 van de bestreden beschikking vloeit voort dat de vaststelling van de Commissie steunt op het verslag van de vergadering van de directie van Opel Nederland op 26 september 1996, waarin de tijdens deze vergadering getroffen maatregelen worden beschreven. In de punten 18 tot en met 20 van de bestreden beschikking verwijst de Commissie weliswaar ook naar interne documenten daterend van vóór de vergadering van 26 september 1996 (namelijk een e-mail van de Sales Manager van 15 juli 1996, voorzien van een handgeschreven commentaar van de Director of Sales and Marketing, een e-mail van de Managing Director van 18 september 1996 en een memo van de Finance Staff Manager van 23 september 1996), maar deze verwijzingen dienen enkel ter beschrijving van de context waarin het besluit van 26 september 1996 is genomen. In punt 21 van de bestreden beschikking wordt nog gepreciseerd dat het besluit van Opel Nederland van 26 september 1996 volgde op intern overleg.
- 45 Anders dan verzoeksters stellen, berust de vaststelling van de Commissie dus niet op interne werkdocumenten die niet het beleid van de onderneming weerspiegelen. Zoals de Commissie terecht in haar memories heeft gesteld, berust haar vaststelling op het verslag van de directievergadering van 26 september 1996, dat een einddocument is met betrekking tot de op het hoogste directieniveau van Opel Nederland genomen maatregelen.
- 46 In de tweede plaats moet worden nagegaan of uit het gewraakte besluit van 26 september 1996 blijkt van een algemene strategie van Opel Nederland om de export in zijn geheel te verhinderen, zoals de Commissie betoogt, dan wel of het bestaan bevestigt van een toegestane strategie om de ongeoorloofde, door de geldende dealercontracten verboden verkopen aan niet-erkende wederverkopers te beperken.
- 47 Dienaangaande moet er om te beginnen op worden gewezen dat in de tekst van het verslag geen enkel onderscheid wordt gemaakt tussen export die niet en export die wel in strijd met de dealercontracten is. De genomen maatregelen

hebben naar de letter van de tekst betrekking op alle export. Het standpunt van verzoeksters dat Opel Nederland enkel heeft getracht om de niet met de dealercontracten strokende export te beperken, blijkt op geen enkele wijze uit de tekst van het verslag.

- 48 Deze uitlegging op basis van de tekst van het verslag wordt bevestigd bij lezing van de drie interne documenten die aan het besluit van 26 september 1996 voorafgingen. Uit deze documenten blijkt dat de directie van Opel Nederland vanaf het tweede halfjaar van 1996 bezorgd was over de toename van de export en maatregelen heeft onderzocht om alle export te beperken of stop te zetten, en niet alleen de export die in strijd met de bepalingen van de dealercontracten was. Het in punt 65 van de bestreden beschikking genoemde document van 23 augustus 1996, waarin staat: „er zullen (i.s.m. met de juridische afdeling) maatregelen worden genomen om export volledig te ‚stoppen’”, bevestigt deze houding van de directie van Opel Nederland.
- 49 Er moet eveneens op worden gewezen dat het besluit van Opel Nederland om voor exportverkopten geen bonussen meer toe te kennen, naar zijn aard slechts verkopen kon betreffen die in overeenstemming met de dealercontracten waren, omdat de bonussen nooit zijn toegekend voor verkopen aan anderen dan eindgebruikers.
- 50 De uitlegging van de Commissie wordt eveneens versterkt door het feit dat de audits bij de dealers die verdacht werden van exportverkoop, nog niet waren uitgevoerd op het moment waarop het besluit werd genomen, zodat Opel Nederland dus niet kon weten of de „exporterende” dealers daadwerkelijk aan niet-erkende wederverkopers hadden verkocht.
- 51 Zoals de Commissie in haar memories opmerkt, zou de hoofddirectie van Opel Nederland bovendien, wanneer zij werkelijk onderscheid had willen maken tussen geoorloofde en ongeoorloofde export, waarschijnlijk niet hebben nagela-

ten om dat uitdrukkelijk in het besluit van 26 september 1996 te vermelden. Dit onderscheid is immers in het licht van de bepalingen van de verordeningen nrs. 123/85 en 1475/95 essentieel in de betrokken sector.

- 52 Vervolgens moet erop worden gewezen dat verzoeksters geen beroep hebben gedaan op het bestaan van andere documenten van Opel Nederland uit de betrokken periode, waaruit duidelijk zou voortvloeien dat zij enkel trachtte om de ongeoorloofde export te beperken.
- 53 De aan de dealers gezonden brieven als die welke door verzoeksters zijn genoemd, waarin uitdrukkelijk onderscheid zou zijn gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde export, zijn namelijk enerzijds documenten betreffende een duidelijk oudere periode dan die waar het in casu om gaat, en anderzijds documenten die na 24 oktober 1996 zijn opgesteld toen Opel Nederland naar eigen zeggen corrigerende maatregelen had genomen. Deze documenten kunnen de beoordeling van het gedrag van Opel Nederland tijdens de periode van juli tot oktober 1996 dus niet ontkrachten.
- 54 Zoals de Commissie in haar memories heeft opgemerkt, is het feit dat Opel Nederland vanaf eind oktober 1996 corrigerende maatregelen heeft genomen, evenmin relevant voor een oordeel over het bestaan van een restrictieve strategie vóór die datum.
- 55 Ten slotte heeft de Commissie in haar memories terecht aangevoerd dat de afwezigheid van sancties tegen dealers niet uitsluit dat er een algemene restrictieve strategie bestond, te meer omdat, zoals vermeld in punt 93 van de bestreden beschikking, het besluit om geen maatregelen te nemen tegen dealers die inbreuk op hun dealercontract hadden gemaakt pas op 23 december 1996 is genomen, dat wil zeggen na de verificaties van de Commissie op 11 en 12 december 1996.

- 56 Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat Opel Nederland op 26 september 1996 had besloten tot een algemene strategie om alle export te belemmeren.
- 57 In de derde plaats moet worden ingegaan op het argument van verzoeksters, dat het bestaan van een algemene strategie van Opel Nederland niet relevant voor de toepassing van artikel 81 EG is, wanneer deze niet door haar dealers is aanvaard of, met andere woorden, slechts een eenzijdige handeling vormt.
- 58 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat, wanneer overeenkomsten tussen ondernemingen ontbreken, een eenzijdige handeling van een onderneming zonder uitdrukkelijke of stilzwijgende deelname van een andere onderneming niet onder artikel 81, lid 1, EG valt (arresten Hof van 30 juni 1966, *Société technique minière*, 56/65, Jurispr. blz. 392, 413; 25 oktober 1983, *AEG/Commissie*, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 38, en 17 september 1985, *Ford/Commissie*, 25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725, punt 21).
- 59 Een aantal passages in de bestreden beschikking, met name in de punten 103 en 136, zijn onduidelijk over de vraag of de Commissie in de algemene strategie als zodanig een schending van artikel 81, lid 1, EG ziet.
- 60 Daarentegen wordt in de punten 111 en 142 en volgende van de bestreden beschikking, waarin het gedrag van Opel Nederland aan artikel 81 EG wordt getoetst, duidelijk onderscheid gemaakt tussen de algemene strategie en de drie afzonderlijke maatregelen die in het kader van de strategie zouden zijn genomen. Deze maatregelen zijn volgens de Commissie deel gaan uitmaken van de distributieovereenkomsten tussen Opel Nederland en haar dealers en vormen de bestanddelen van de inbreuk alsmede het voorwerp van de bestreden beschikking.

- 61 In die omstandigheden slaagt het argument van verzoeksters niet.
- 62 Hieruit volgt dat het eerste middel van verzoeksters ongegrond is.

B — Het tweede middel: dwaling ten aanzien van de feiten en het recht met betrekking tot de toepassing van een met artikel 81 EG strijdig restrictief leveringsbeleid door Opel Nederland

Argumenten van partijen

- 63 Verzoeksters erkennen dat Opel Nederland op 26 september 1996 heeft besloten om een aantal dealers in kennis te stellen van het feit dat wegens leveringsproblemen tot nader order aan elke dealer slechts de in de „Sales Evaluation Guide” (hierna: „SEG”) vastgelegde hoeveelheid auto’s zou worden toegewezen. Opel Nederland had gemeend dat schaarste een beperking van de hoeveelheid aan de 21 van ongeoorloofde verkopen verdachte dealers geleverde auto’s kon rechtvaardigen.
- 64 Verzoeksters stellen echter in de eerste plaats dat het besluit van 26 september 1996 om de SEG te gebruiken als grens voor de toewijzing van producten nooit is uitgevoerd. Geen enkele bestelling is ooit geweigerd op grond dat de dealer daardoor zijn SEG of enig ander quotum zou overschrijden. In de praktijk zou het wegens de technische bijzonderheden van het bestelsysteem van de groep General Motors, genaamd „GM*Drive”, onmogelijk geweest zijn om een dergelijk stelsel van leveringsbeperking door te voeren. Elke bestelling van een dealer wordt, eenmaal correct ingevoerd, door dit systeem automatisch afgehandeld zonder dat Opel Nederland daarbij een rol speelt.

- 65 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat het besluit van 26 september 1996 nooit ter kennis van de dealers is gebracht en dat de dealers dus niet kunnen worden geacht te hebben ingestemd met een restrictief leveringsbeleid. Verzoeksters verwijzen in dit verband naar het reeds genoemde arrest Bayer/Commissie. Volgens hen is er geen enkel bewijs, en Opel Nederland heeft dit ook nimmer toegegeven, dat tegen een dealer is gezegd dat de bestellingen die de SEG overschreden, of die wel voldeden aan de doelstellingen van de SEG maar voor de export bestemd waren, niet zouden worden gehonoreerd.
- 66 Het feit dat Opel Nederland in oktober en december 1996 corrigerende maatregelen heeft genomen, kan evenmin worden beschouwd als een bewijs van de kennisgeving en de uitvoering van het vermeende restrictieve beleid. Deze corrigerende maatregelen waren enkel bedoeld om te reageren op aanwijzingen dat sommige dealers de onjuiste indruk hadden dat Opel Nederland de export verbod. Zij bevestigden slechts het recht van de dealers op geoorloofde exportverkoppen en bevatten geen enkele verwijzing naar een leveringsbeperking.
- 67 In de derde plaats voeren verzoeksters aan dat het besluit van 26 september 1996 de levering in elk geval niet afhankelijk stelde van de naleving van een exportverbod en dus niet de vrijheid van de dealers beperkte om de toegewezen hoeveelheden voor geoorloofde exportverkoppen te gebruiken.
- 68 Zelfs wanneer Opel Nederland de SEG als plafond voor de toewijzing zou hebben gebruikt, was dit een eenzijdige maatregel geweest, die niet op een lijn kan worden gesteld met een exportbeperkende overeenkomst met de dealers. Bovendien worden de prestaties van de dealers in het kader van de SEG beoordeeld op basis van de totale hoeveelheid verkochte auto's, onafhankelijk van hun bestemming. De dealers werden dus niet „gestraft” wanneer zij kozen voor export in plaats van verkoop binnen hun eigen verkoopgebied.

- 69 In repliek verklaren verzoeksters nog dat het besluit van 26 september 1996 om de SEG te gebruiken voor de toewijzing van de leveringen, geen wijziging vormde van de contractvoorwaarden die de betrekkingen tussen Opel Nederland en haar dealers beheersen, omdat het standaarddealercontract niet voorziet in de verplichting voor Opel Nederland om de door de dealers bestelde hoeveelheden te leveren. Opel Nederland is geheel vrij te beslissen of zij een bepaalde bestelling honoreert of niet.
- 70 De Commissie is in de eerste plaats van mening dat de kennisgeving van het restrictieve leveringsbeleid aan de als exporteurs bekende dealers voldoende was om het in de distributieovereenkomsten te integreren. De uitvoering van dit besluit was niet afhankelijk van een aantoonbare weigering van de bestelling van een dealer in een concreet geval.
- 71 Bovendien kan de maatregel om de leveringen te beperken tot die welke in de SEG waren vastgelegd, worden geacht mededingingsbeperkende gevolgen op de gemeenschappelijke markt te hebben gehad vanaf het moment waarop zij door de kennisgeving aan de betrokken dealers in de distributieovereenkomsten is opgenomen. In situaties van beperkte leveringen zullen de dealers waarschijnlijk meer belang hebben bij dienstverlening aan hun plaatselijke klanten en stopzetting of inkrimping van hun exportverkopen. Deze ontmoediging om te exporteren is hoofdzakelijk te wijten aan het door Opel Nederland gehanteerde systeem voor het vaststellen van verkoopdoelstellingen en evalueren van de prestaties van de dealers. Volgens de Commissie hebben de doelstellingen van de SEG hoofdzakelijk betrekking op het aan de dealers toegewezen gebied. Die ontmoediging vloeit ook voort uit de objectieve economische voordelen bij verkoop aan plaatselijke klanten, omdat moeilijk aan elke voor de export bestemde bestelling is te voldoen wanneer de verwachte vraag binnen het eigen contractgebied van de dealers zich concretiseert, en uit de gecumuleerde gevolgen van de beperkte leveringen en het bonusstelsel van Opel Nederland.
- 72 Zelfs zonder bewijs van een concrete weigering om een bestelling van een dealer te honoreren, vormde de wijziging van de contractvoorwaarden die op de levering van auto's aan dealers van toepassing zijn, een overeenkomst die tot doel heeft de

mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Deze wijziging van de voorwaarden kan naar haar aard de marktafsluiting op nationaal niveau versterken en dus de economische vervlechting die het Verdrag tracht te bereiken, belemmeren.

- 73 Volgens de Commissie is het argument van verzoeksters betreffende het bestelsysteem „GM*Drive” weinig overtuigend. Het valt moeilijk te geloven dat het exportbeleid van Opel Nederland ondergeschikt zou zijn aan de technische bijzonderheden van het bestelsysteem.
- 74 De Commissie voegt hieraan toe dat verzoeksters niet eens hebben getracht om aan te tonen dat er sprake was van productievertragingen die hun gehele productengamma nadelig beïnvloedden en hun restrictieve beleid hadden kunnen rechtvaardigen. Aangezien het beleid van Opel Nederland op het gebied van de toewijzing van auto's tot doel had om de export te verhinderen of te ontmoedigen, kan de kwalificatie ervan als maatregel tot afscherming van de Nederlandse markt in elk geval niet ter discussie worden gesteld op grond van productiemoeilijkheden, wanneer deze zouden hebben bestaan. De Commissie verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie (T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 89).
- 75 De Commissie stelt in de tweede plaats dat het besluit van 26 september 1996 wel ter kennis van de dealers is gebracht. Volgens de tekst van het besluit zullen de dealers „op de hoogte worden gebracht” van het genoemde beleid. De districtmanagers zouden „binnen de komende twee weken” hiertoe overgaan. Niets wijst erop dat het op die dag genomen besluit is gewijzigd of in bepaalde opzichten is afgezwakt voordat het door de verantwoordelijken, met name de districtmanagers, werd uitgevoerd. Begin oktober 1996 hadden de districtmanagers daadwerkelijk contact opgenomen met de betrokken dealers. In het kader van introductiebezoeken hadden zij hen over het exportthema ingelicht. Het is onwaarschijnlijk dat de districtmanagers hun opdracht slechts gedeeltelijk zouden hebben uitgevoerd en zouden hebben nagelaten om het restrictieve leveringsbeleid aan de dealers te melden. De Commissie wijst er bovendien op dat

de andere aspecten van het besluit van 26 september 1996, namelijk de audits, het bonusbeleid en de verzending van een tweede brief aan de exporterende dealers volledig zijn uitgevoerd. Ten slotte, de verklaring van verzoeksters dat zij niet uitsluiten dat sommige districtmanagers een beperkt aantal dealers wellicht mondeling hebben laten weten dat de in de SEG vastgelegde hoeveelheid auto's voornamelijk voor de Nederlandse markt bestemd waren, kan niet anders worden uitgelegd dan een gedeeltelijke erkenning die de overige elementen versterkt.

- 76 In de derde plaats voert de Commissie aan dat de wijzigingen die in het aan de dealers meegedeelde beleid zijn aangebracht, deel zijn gaan uitmaken van het hen bindende contract. In dit verband verwijst zij naar de rechtspraak volgens welke de opnemings van een dealer in een distributienet impliceert dat hij geacht wordt het beleid van de fabrikant en zijn leverancier te aanvaarden en dat hun handelsbetrekking beheerst blijft door een tevoren gesloten algemene overeenkomst (arresten AEG/Commissie, reeds aangehaald; Ford/Commissie, reeds aangehaald, punt 21, en Volkswagen/Commissie, reeds aangehaald, punt 236). In casu wordt dit versterkt door artikel 7.3 van de aanvullende bepalingen van het standaarddealercontract van 1992, waarin de overeenkomst nader wordt omschreven en wordt gepreciseerd dat deze moet worden uitgelegd in het licht van alle aanhangsels en latere mededelingen.
- 77 Met betrekking tot het argument van verzoeksters dat er geen contractuele leveringsverplichting bestond, voert de Commissie in de eerste plaats aan dat dit een nieuw middel vormt dat overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk moet worden verklaard. In de tweede plaats betoogt de Commissie dat Opel Nederland door de restrictieve leveringsmaatregel zijn beoordelingsbevoegdheid heeft uitgebreid met een nieuwe regel betreffende de maximumhoeveelheden die aan de betrokken exporterende dealers werden toegekend.

Beoordeling door het Gerecht

- 78 In de eerste plaats staat tussen partijen vast dat, zoals voortvloeit uit punt 3 van het hiervóór in punt 7 aangehaalde verslag van de vergadering van 26 september

1996, de directie van Opel Nederland had besloten om de als exporteurs bekende dealers in kennis te stellen van het feit dat de omvang van de leveringen voortaan zou worden beperkt tot de in de SEG van elke dealer vastgelegde hoeveelheid.

- 79 De vraag rijst evenwel of deze maatregel een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormt. Zoals hiervóór in punt 58 in herinnering is gebracht, valt een eenzijdige handeling van een onderneming niet onder deze bepaling.
- 80 Dienaangaande stelt de Commissie in punt 37 van de bestreden beschikking dat de betrokken dealers in kennis waren gesteld van het besluit om een restrictief leveringsbeleid te voeren en dat „aldus” aan dat besluit uitvoering is gegeven. In punt 105 van de bestreden beschikking wordt vermeld dat het gaat om een aan de dealers opgelegde beperking. In punt 111 betoogt de Commissie dat tot de drie genomen maatregelen in onderlinge overeenstemming werd overgegaan in de concrete uitvoering van de dealercontracten en, opnieuw, dat zij met de dealers waren afgesproken.
- 81 De bestreden beschikking bevat geen enkel rechtstreeks bewijs van de kennisgeving van de betrokken maatregel aan de dealers.
- 82 De bestreden beschikking beperkt zich, in punt 36, tot de opmerking dat Opel Nederland niet betwist dat de betrokken dealers na haar besluit van 26 september 1996 wellicht slecht waren geïnformeerd of ten onrechte de indruk hadden gekregen dat de onderneming voornemens was een restrictief leveringsbeleid toe te passen of van de betrokken dealers verwachtte dat zij hun export zouden inkrimpen of stopzetten, zonder dat een duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen de verschillende vormen transacties, en dat Opel Nederland in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar erkent dat sommige van

haar districtmanagers bepaalde dealers misschien mondeling hadden meegedeeld, of bij hen de indruk hadden gewekt, dat de verkoopdoelstellingen in hun SEG in de eerste plaats bedoeld waren voor de Nederlandse markt. Met betrekking tot de taak en de hiërarchische positie van de districtmanagers in de organisatie van de onderneming vermeldt de bestreden beschikking in punt 37 dat „bijgevolg dient geconcludeerd dat het optreden van de districtmanagers, waarnaar ook Opel Nederland verwijst, het rechtstreekse gevolg was van het besluit van 26 september 1996 en dat aldus aan dat besluit ook uitvoering werd gegeven”. Het feit dat de individuele audits (genoemd in punt 1 van het verslag van de vergadering van 26 september 1996) daadwerkelijk waren verricht en dat de districtmanagers verslagen van hun introductiebezoeken hadden opgesteld, bevestigde deze conclusie. Ten slotte wordt in punt 37 opgemerkt dat Opel Nederland het in oktober en december 1996 nodig vond om corrigerende maatregelen te treffen.

- 83 Om te beginnen moet echter worden vastgesteld dat Opel Nederland in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar duidelijk heeft betwist dat de dealers een — eventueel onjuist — bericht hadden ontvangen over een aan de SEG gekoppeld restrictief leveringsbeleid. Haar vermeende bekentenis, waarnaar punt 36 van de bestreden beschikking verwijst, heeft immers geen betrekking op deze maatregel, maar op de eventuele onjuiste mededeling van sommige districtmanagers, dat de SEG in de eerste plaats voor de Nederlandse markt was bedoeld en dat Opel Nederland trachtte alle export zonder onderscheid te beperken. De Commissie beroept zich dus ten onrechte op de niet-betwisting en de bekentenis van Opel Nederland om aan te tonen dat de betrokken specifieke maatregel aan de dealers was meegedeeld.
- 84 Vervolgens moet erop worden gewezen dat volgens punt 2 van het besluit van 26 september 1996 W. de Heer, Director of Sales and Marketing, de opdracht had om antwoord te geven aan alle dealers die de eerste brief van Opel Nederland over de exportactiviteiten hadden beantwoord, en om hen op de hoogte te stellen van de audits en van het feit „dat de productschaarste tot een beperkte allocatie zal leiden”. In de door De Heer op 30 september 1996 ter uitvoering van dit besluit aan de belanghebbenden gezonden brieven wordt weliswaar melding gemaakt van het organiseren van de audits, doch wordt niets gezegd over de vermeende leveringsproblemen en over de beperkte toewijzing van auto's die daaruit zou voortvloeien.

- 85 Aangezien dus blijkt dat de Director of Sales and Marketing van Opel Nederland, anders dan vier dagen eerder uitdrukkelijk was besloten, zelf in zijn brief van 30 september 1996 aan de betrokken dealers geen melding maakte van de leveringsbeperkingen, kan de Commissie zich niet beroepen op het ontbreken van elke aanwijzing dat het besluit van 26 september 1996 was gewijzigd of in bepaalde opzichten was afgezwakt alvorens het door de verantwoordelijken werd uitgevoerd, en kan zij evenmin stellen dat de „andere aspecten van het bestreden besluit van 26 september 1996 volledig zijn uitgevoerd”. Verder kan de Commissie er evenmin van uitgaan dat de districtmanagers, die hiërarchisch ondergeschikt zijn aan de Director of Sales and Marketing en dus geacht worden in overeenstemming met zijn instructies te hebben gehandeld (zie punt 37 van de bestreden beschikking), tijdens hun bezoeken in oktober 1996 aan de betrokken dealers spontaan het initiatief hadden genomen om bepaalde leveringsproblemen aan te snijden.
- 86 De overige elementen waarop de bestreden beschikking steunt, vormen hooguit aanwijzingen voor de stelling van de Commissie dat de maatregel ter kennis van de dealers is gebracht.
- 87 Voorts kan op grond van de overige stukken van het dossier evenmin worden aangenomen dat de betrokken maatregel daadwerkelijk is toegepast of uitgevoerd. Het is niet alleen onbewezen, zoals de Commissie erkent, dat er ook maar een enkele bestelling van een dealer is geweigerd omdat dit tot overschrijding van zijn SEG zou hebben geleid, maar bovendien volgt uit de cijfers die door verzoeksters in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht over het SEG in 1996 voor de betrokken dealers zijn verstrekt, dat de dealers die in september 1996 hun individuele SEG voor dat jaar reeds ruimschoots hadden overschreden, in de daaropvolgende maanden bestellingen bleven opgeven en ontvangen. De juistheid van deze cijfers is als zodanig niet door de Commissie betwist. Hieruit volgt dat het bestaan van de gestelde overeenkomst evenmin wordt bevestigd door toepassings- of uitvoeringsmaatregelen, omdat niet vaststaat dat zij in werkelijkheid zijn genomen.
- 88 In die omstandigheden is naar het oordeel van het Gerecht niet rechtens voldoende bewezen dat de restrictieve leveringsmaatregel ter kennis van de

dealers is gebracht en nog minder dat deze maatregel deel is gaan uitmaken van de handelsbetrekkingen tussen Opel Nederland en haar dealers. In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat de Commissie voldoende nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen dient te verzamelen, die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de gestelde inbreuk heeft plaatsgevonden (arrest Hof van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie, 29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 20, en arrest Gerecht van 21 januari 1999, Riviera Auto Service e.a./Commissie, T-185/96, T-189/96 en T-190/96, Jurispr. blz. II-93, punt 47).

- 89 Hieruit volgt dat het tweede middel gegrond is, zonder dat de overige in het kader van dit middel aangevoerde argumenten behoeven te worden onderzocht.

C — Het derde middel: dwaling ten aanzien van de feiten en het recht met betrekking tot de toepassing van een met artikel 81 EG strijdig restrictief bonusstelsel door Opel Nederland

Argumenten van partijen

- 90 Verzoeksters betwisten niet dat na het besluit van 26 september 1996 de exportverkopen aan eindgebruikers waren uitgesloten van de bonussen. Zij betwisten wel dat dit beleid kan worden aangemerkt als een met de dealers gesloten overeenkomst om de export in strijd met artikel 81 EG te beperken.
- 91 In de eerste plaats voeren zij aan dat uit niets blijkt dat de dealers als reactie op het nieuwe bonusbeleid van Opel Nederland uitdrukkelijk of stilzwijgend hadden ingestemd met beperking van de geoorloofde exportverkopen. De ononderbroken deelname van de dealers aan bonuscampagnes wijst erop dat de dealers ermee

instemden om geen bonus voor de exportverkopen te ontvangen, maar is niet voldoende om het bestaan van een met artikel 81 EG strijdige mededingingsbeperkende overeenkomst met de dealers aan te tonen, wanneer uit de feiten blijkt dat de export in hetzelfde tempo is doorgegaan. In het reeds aangehaalde arrest Bayer/Commissie heeft het Gerecht bevestigd dat de Commissie het begrip wilsovereenstemming had miskend door aan te nemen dat de voortzetting van de handelsbetrekkingen met de fabrikant, wanneer deze een nieuw beleid vaststelt dat hij eenzijdig in de praktijk brengt, neerkomt op instemming van de grossiers met dat beleid, terwijl zij in feite in strijd met dat beleid handelen.

- 92 De cijfers bewijzen dat de dealers gedurende de hele periode waarin dat beleid werd gevoerd, zijn blijven exporteren, wat aantoont dat de dealers niet met een exportbeperking hadden ingestemd. Verzoeksters verwijzen naar een rapport van National Economic Research Associates (NERA) van 21 juni 1999, waaruit blijkt dat de omvang van de geoorloofde exportverkopen niet ongunstig is beïnvloed doordat de exportverkopen van de bonuscampagnes waren uitgesloten. In die omstandigheden kan men niet volhouden dat de dealers een of andere met artikel 81 EG strijdige exportbeperking hadden aanvaard.
- 93 In de tweede plaats zijn verzoeksters van mening dat het bonusbeleid niet tot doel had om de mededinging te beperken. Het doel van het stelsel was juist om de verkoop in Nederland te stimuleren. Opel Nederland wilde niet dat de bonuscampagnes een extra prikkel voor de export vormden, wat iets anders is dan beperking van de export nastreven. De normale marge van de dealers in Nederland is immers voldoende om export zonder extra bonussen winstgevend te maken.
- 94 In de derde plaats verklaren verzoeksters dat het bonusbeleid geen beperking van de mededinging tot gevolg heeft gehad. Uit de relevante documenten blijkt juist dat de omvang van de geoorloofde exporten niet merkbaar was gedaald door het feit dat Opel Nederland de exportverkopen aan eindgebruikers van de

bonuscampagnes had uitgesloten. Dat is niet verwonderlijk, want de uitsluiting van de exportverkopen had de prikkel voor of het vermogen van de dealers van Opel Nederland om tot geoorloofde exporten over te gaan, niet verminderd. In dit kader betogen verzoeksters dat de normale marge van de dealers op de verkoop van Opel-auto's ongeveer 5 %-15 % van de nettocatalogusprijs bedraagt en de dealers werkelijk in staat stelt om zonder betaling van een extra bonus winst op de exportverkopen te maken.

- 95 Een bonusbeleid dat de export naar eindgebruikers uitsluit van de retailbonuscampagnes kan slechts een exportbeperking vormen wanneer het gepaard gaat met een leveringsbeperking. In dat geval kan een dealer er belang bij hebben om het beperkte aantal auto's waarover hij beschikt, voor de nationale markt te reserveren zodat hij in aanmerking komt voor de toekenning van extra bonussen. Opel Nederland heeft echter nooit een restrictief leveringsbeleid gevoerd. Het bonusbeleid kan dus geen enkel mededingingsbeperkend gevolg hebben gehad. In elk geval wordt in de bestreden beschikking zelf erkend dat het vermeende restrictieve leveringsbeleid op 24 oktober 1996 voor de verkopen aan eindgebruikers was stopgezet. Bijgevolg heeft de Commissie zich op zijn minst vergist door ervan uit te gaan dat het bonusbeleid voor de retailverkopen vanaf 24 oktober 1996 (en tot en met 28 januari 1998) in strijd met artikel 81, lid 1, EG was.
- 96 De Commissie betwist de gegrondheid van de stellingen van verzoeksters.

Beoordeling door het Gerecht

- 97 Om te beginnen staat tussen partijen vast dat, zoals volgt uit de punten 6 en 7 van het verslag van de vergadering van 26 september 1996, de directie van Opel Nederland had besloten om de exportverkopen van het bonusstelsel uit te sluiten.

Eveneens staat vast dat dit besluit is toegepast tijdens een aantal verkoopcampagnes vanaf 1 oktober 1996 tot en met 20 januari 1998, de datum waarop de maatregel bij een rondschrijven aan de dealers met terugwerkende kracht is ingetrokken.

- 98 Voorzover verzoeksters betwisten dat de uitvoering van de maatregel een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG tussen Opel Nederland en haar dealers vormt, moet in de tweede plaats worden opgemerkt, zoals de Commissie in haar memories heeft gedaan, dat de bonusaanvragen vanaf 1 oktober 1996 zijn behandeld volgens de toen geldende voorwaarden, die de exportverkopen van de werkingssfeer van het bonusstelsel uitsloten. De nieuwe voorwaarden zijn aldus bestanddeel geworden van de dealercontracten tussen Opel Nederland en haar dealers en opgenomen in een geheel van doorlopende handelsbetrekkingen die in een tevoren gesloten algemene overeenkomst waren geregeld. De betrokken maatregel vormt dus geen eenzijdige handeling, maar een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG (arresten AEG/Commissie, reeds aangehaald, punt 38, en Ford/Commissie, reeds aangehaald, punt 21).
- 99 Zoals in punt 135 van de bestreden beschikking is gepreciseerd, is deze beschikking voornamelijk gebaseerd op de stelling dat de gewraakte maatregelen tot doel hadden de mededinging te beperken. Er moet dus in de derde plaats worden onderzocht of de betrokken maatregel kan worden aangemerkt als een maatregel die tot doel had de mededinging te beperken.
- 100 Dienaangaande betoogt de Commissie terecht dat, doordat voor exportverkopen geen bonussen meer werden toegekend, de economische speelruimte van de dealers bij dergelijke verkopen geringer was geworden dan bij nationale verkopen. De dealers waren immers gedwongen om aan buitenlandse klanten minder gunstige voorwaarden te geven dan aan nationale klanten, en dus genoeg te nemen met een lagere marge bij exportverkopen. Door de intrekking

van de bonussen voor de exportverkopen werden deze voor de buitenlandse klanten of voor de dealers minder interessant. De maatregel kon dus naar zijn aard de exportverkopen ook zonder leveringsbeperking negatief beïnvloeden.

- 101 Bovendien blijkt uit de bespreking van het eerste middel dat de maatregelen van de directie van Opel Nederland waren ingegeven door de toename van de exportverkopen en vermindering ervan beoogden.
- 102 Gelet op zowel de aard van de maatregel als de daarmee nagestreefde doeleinden dient de maatregel, in het licht van de economische context waarin hij moest worden toegepast, conform vaste rechtspraak te worden beschouwd als een overeenkomst die tot beperking van de mededinging strekte (zie in die zin arresten Hof van 1 februari 1978, *Miller/Commissie*, 19/77, Jurispr. blz. 131, punt 7; 8 november 1983, *IAZ e.a./Commissie*, 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 23-25, en arrest *CRAM en Rheinzink/Commissie*, reeds aangehaald, punt 26).
- 103 Deze analyse van het doel van de maatregel brengt mee dat de stelling van verzoeksters, dat de uitsluiting van de exportverkopen van het bonusstelsel was gerechtvaardigd door het feit dat de bonussen waren bestemd om de verkopen in Nederland te stimuleren, ondeugdelijk is. Daarbij komt dat de argumenten van verzoeksters ter ondersteuning van deze stelling — het feit dat bij nationale verkopen vaak auto's worden ingeruild en dat in Nederland de bijzondere belasting op personenauto's (de „BPM”) bestaat — niet coherent en niet concreet onderbouwd zijn.
- 104 Volgens vaste rechtspraak en zoals de Commissie in haar memories heeft opgemerkt, behoeven de concrete gevolgen van een overeenkomst niet in aanmerking te worden genomen voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG,

wanneer blijkt dat de overeenkomst tot doel heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen (arresten Hof van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450, 517, en 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punten 12-14). De argumenten van partijen betreffende de concrete gevolgen van de betrokken maatregel behoeven dus niet te worden onderzocht.

- 105 Ten slotte — en ten overvloede — moet het argument van verzoeksters worden afgewezen, dat uit de cijfers in het NERA-rapport zou blijken dat de exportverkoppen niet door de betrokken maatregel zijn beïnvloed. Deze cijfers, waaruit blijkt dat de exportverkoppen vanaf oktober 1996 tot en met januari 1998 niet zijn stopgezet, sluiten immers niet uit dat deze verkopen zonder de betrokken maatregel hoger zouden zijn geweest. In punt 135 van de bestreden beschikking wordt terecht opgemerkt dat onmogelijk is vast te stellen hoeveel exporttransacties daadwerkelijk door de maatregelen van Opel Nederland zijn verhinderd.
- 106 Uit het voorgaande volgt dat het derde middel niet kan slagen.

D — Het vierde middel: dwaling ten aanzien van de feiten en het recht met betrekking tot de toepassing van een met artikel 81 EG strijdig rechtstreeks exportverbod door Opel Nederland

Argumenten van partijen

- 107 Vooraf merken verzoeksters op dat zij niet uitsluiten dat sommige districtmanagers van Opel Nederland de strekking van het besluit van 26 september 1996 dat slechts tot doel had de export aan niet-erkende wederverkopers stop te

zetten, wellicht verkeerd hebben begrepen en tijdens individuele gesprekken met sommige dealers mogelijk de verkeerde indruk hebben gewekt dat Opel Nederland trachtte alle export zonder onderscheid te beperken, dan wel dat zij hebben nagelaten om te reageren op „verplichtingen” van dealers die buitensporig waren. Dit had echter hooguit bijgedragen tot een kortlopende verplichting voor de negen in de bestreden beschikking bij naam genoemde dealers (namelijk de dealers Van Zijll, Staals en Spoomaker, en in een tweede fase, Hemera, Göttgens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling en Nedam) en in elk geval de mededinging tussen merken of binnen het merk niet waarneembaar beperkt.

- 108 Wat de in de bestreden beschikking beschreven eerste fase van het vermeende verbod betreft („interne besprekingen en instructies” die vooraf zijn gegaan aan de brieven van Opel Nederland van 28 en 29 augustus 1996 aan sommige dealers), voeren verzoeksters aan dat uit geen van de door de Commissie genoemde documenten, met uitzondering van de geïsoleerde gebeurtenis in juni 1995 met de Tigra en de zaak Spoomaker, blijkt dat Opel Nederland bepaalde individuele dealers heeft gecontroleerd en gewaarschuwd in verband met geoorloofde exportactiviteiten. Het bewijsmateriaal met betrekking tot deze fase omvat slechts interne voorstellen voor maatregelen, die niet ter kennis van individuele dealers zijn gebracht.

- 109 Wat de in de bestreden beschikking beschreven tweede fase van het verbod betreft („de ‚eerste waarschuwingsbrief’ [van 28/29 augustus 1996] en de daaropvolgende gebeurtenissen”), merken verzoeksters op dat in de betrokken brief een beperkt aantal dealers in kennis werd gesteld van het feit dat Opel Nederland twijfelde aan de rechtmatigheid van sommige van hun verkopen en dat hun werd verzocht om te bevestigen dat zij hun contractuele verplichtingen in acht namen. Die brief was in duidelijke bewoordingen gesteld en vroeg de dealers niet om een toezegging de geoorloofde export stop te zetten. Alle toezeggingen van de dealers Van Zijll en Staals waren eenzijdige maatregelen, ingegeven door de wetenschap dat hun exportpraktijken niet met het dealercontract strookten.

- 110 Wat de in de bestreden beschikking beschreven derde fase van het verbod betreft („het besluit van 26 september 1996 en de daaropvolgende gebeurtenissen”), betogen verzoeksters dat met het besluit van 26 september 1996 werd getracht om het selectieve distributiestelsel in stand te houden na de ontdekking van serieuze aanwijzingen voor ongeoorloofde export op grote schaal naar niet-erkende wederverkopers. Volgens verzoeksters kan hun niet worden verweten te hebben besloten om over te gaan tot audits, waarvan het enige doel was om de verkopen aan niet-erkende wederverkopers en andere schendingen van het dealercontract te achterhalen.
- 111 Verzoeksters zijn van mening dat in elk geval slechts negen dealers gedurende korte tijd bij de „overeenkomsten” betrokken hebben kunnen zijn en dat er geen merkbare mededingingsbeperking uit is voortgevloeid. De Commissie houdt geen rekening met het beperkte aantal erbij betrokken dealers en de korte duur van een eventuele overeenkomst. Verzoeksters herinneren eraan dat de grote meerderheid van de 150 dealers geen enkele twijfel koesterde omtrent hun recht op geoorloofde exportverkopen gedurende de relevante periode en dat het bewijsmateriaal van de Commissie slechts dealers betreft die naar Duitsland exporteerden.
- 112 De cijfers tonen aan dat het gevolg van de vermeende inbreuk voor de grensoverschrijdende verkopen minimaal was geweest. Verzoeksters verwijzen met name naar het NERA-rapport, waaruit blijkt dat er geen enkel verband bestond tussen de vastgestelde vermindering van de export en de maatregelen van verzoeksters. Aangezien op 24 oktober 1996 corrigerende maatregelen waren genomen, had de vermeende inbreuk slechts enkele weken geduurd en kon de invloed ervan slechts minimaal zijn. Volgens verzoeksters is de Commissie, anders dan deze stelt, wel degelijk verplicht om de invloed of het gevolg van het exportverbod te bewijzen. Zelfs wanneer de overeenkomsten absolute gebiedsbescherming bieden, kan het gevolg op de markt minimaal zijn (arresten Hof van 9 juli 1969, Völk, 5/69, Jurispr. blz. 295, punten 5-7, en 28 april 1998, Javico, C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 17).

- 113 De stelling van de Commissie dat de audits een pressiemiddel vormden, is niet aanvaardbaar. Een audit houdt integendeel impliciet de boodschap in, dat tegen geoorloofde export geen bezwaar bestaat. Wanneer verzoeksters de geoorloofde export hadden willen stoppen, zou een audit niet nodig zijn geweest.
- 114 Volgens verzoeksters had dealer Van Zijll op 31 augustus 1996 reeds toegezegd om niet meer te exporteren, dat wil zeggen ruim vóór het gesprek met de Director of Sales and Marketing op 17 september 1996. Met dealer Staals hadden geen gesprekken plaatsgevonden en hij had eenzijdig, na een interne discussie, besloten om alle export stop te zetten. Met betrekking tot de toezegging van dealer Loven in oktober 1996 herinneren verzoeksters eraan dat op 24 oktober 1996, slechts enkele weken later, corrigerende maatregelen waren genomen.
- 115 De brief van 30 september 1996, die ook was gezonden aan de dealers die hadden bevestigd dat hun exportverkopen volgens de regels verliepen, werd verklaard door het feit dat de audits aan het licht hadden gebracht dat 17 van de 21 dealers waarbij een audit had plaatsgevonden, het dealercontract hadden geschonden. De gesprekken met de districtmanagers waren bedoeld geweest als vooronderzoek naar de aard van de export.
- 116 Met betrekking tot de eerste fase „interne besprekingen en instructies” merkt de Commissie vooraf op dat de in de bestreden beschikking genoemde interne documenten, hoewel zij niet ter kennis van de dealers zijn gebracht, van nut zijn voor de uitlegging van de inhoud van het beleid van Opel Nederland en met name ter weerlegging van de argumenten van verzoeksters dat het ondernemingsbeleid, ongeacht welke informatie „verkeerd” aan de dealers was doorgegeven, slechts strekte ter bestrijding van ongeoorloofde export.
- 117 Met betrekking tot de tweede fase meent de Commissie dat de brief van 28 en 29 augustus 1996 tot doel had om een dreigende sfeer te scheppen

waardoor de dealers werden ontmoedigd om zelfs tot geoorloofde export over te gaan en in elk geval om zich te verzetten tegen elk toekomstig initiatief van Opel Nederland om de gehele export te belemmeren of te verminderen.

- 118 In de eerste plaats wordt deze uitlegging bevestigd door het ontbreken van een aanwijzing dat Opel Nederland heeft gehandeld op basis van bewijzen dat het bereiken van de verkoopdoelstellingen door alle dealers binnen hun eigen contractgebied daadwerkelijk in het gedrang kwam. Er was geen reden voor een ongunstige beïnvloeding van de lokale resultaten, voorzover Opel Nederland de levering niet beperkte. Er ging met name een dreiging uit van de vóór de audit en zonder vermelding van enig bewijs geuite vermoedens van gedrag dat niet met de letter en de geest van het dealercontract strookte; deze dreigende sfeer wordt bevestigd door de verzending van een tweede waarschuwingsbrief in antwoord op legitieme protesten van sommige dealers.
- 119 In de tweede plaats volgt de nagestreefde sensibilisering van de dealers voor de door Opel Nederland uitgewerkte strategie om zelfs de geoorloofde exportverkoppen te beperken, uit de beschikbare verslagen over de contacten met sommige dealers. Dat geldt in het bijzonder voor de reactie van de Director of Sales and Marketing op het antwoord van Wolves Autoservices op de eerste brief. Hoewel Wolves had verklaard slechts aan Duitse eindgebruikers te hebben verkocht en er nog geen audit had plaatsgevonden, had de betrokken directeur de verantwoordelijke districtmanager verzocht om Wolves ervan in kennis te stellen dat „hij primair [was] aangesteld voor eigen gebied” en dat „prioriteit [...] in Nederland [lag]”.
- 120 Het argument van verzoeksters dat de toezegging van dealer Van Zijll om de export te beëindigen eenzijdig was, is onverdedigbaar. De brief van 28 en 29 augustus 1996 was immers voorafgegaan door een gesprek met de salesmanager van Opel Nederland over „buitensporige export” en was onmiddellijk gevolgd door een bijeenkomst met een directeur van zijn moedermaatschappij NIMOX, die had beloofd het probleem met Van Zijll te bespreken en dan op te lossen.

- 121 De twee dagen later van dealer Staals verkregen toezegging om geen enkele nieuwe auto te exporteren was evenmin een eenzijdige handeling.
- 122 Het argument van verzoeksters dat de dealers wisten dat hun export niet in overeenstemming met het dealercontract was, houdt geen rekening met het feit dat twee dealers, namelijk Loven en Spoormaker, zelf de toezegging hebben gedaan om alle export stop te zetten, terwijl zij enkel geoorloofde exporttransacties hadden verricht.
- 123 Met betrekking tot de derde fase is de Commissie van mening dat de audits niet enkel tot doel hadden om te achterhalen welke dealers ongeoorloofd hadden gehandeld. De weigering om informatie over de lopende verkoopcampagnes te verstrekken voordat hun verklaringen door de auditafdeling waren gecontroleerd, betekende een straf voor alle exporteurs en heeft dus kracht bijgezet aan de boodschap dat alle export moest stoppen of worden verminderd.
- 124 De Commissie herinnert eraan, dat de overgrote meerderheid van de betrokken dealers op de brief van 28 en 29 augustus 1996 heeft geantwoord dat hun verkopen volkomen in overeenstemming met het dealercontract waren. Hoewel Opel Nederland eind september 1996 nog niet in staat was om het tegendeel te bewijzen, had zij niettemin in de tweede brief van 30 september 1996 het volgende geschreven: „Uw antwoord was voor ons teleurstellend, omdat daaruit totaal geen begrip sprak voor de gezamenlijke belangen van alle Opel-dealers en Opel Nederland.” Zeer waarschijnlijk hebben de dealers zich afgevraagd wat men behalve de door hen bevestigde naleving van het dealercontract, in het „gezamenlijk belang” verder nog van hen verwachtte op exportgebied.
- 125 Volgens de Commissie is het niet noodzakelijk om te bewijzen dat alle dealers het exportverbodbeleid uitdrukkelijk hadden aanvaard. Op grond van artikel 7.3 van de aanvullende bepalingen bij het dealercontract worden de dealers geacht dit beleid te hebben aanvaard zodra het hun is meegedeeld. Het bewijs dat sommige

dealers met Opel Nederland uitdrukkelijke overeenkomsten hadden gesloten om de export te beëindigen, versterkt deze conclusie dus alleen maar.

- 126 De Commissie stelt dat een betrekkelijk kortdurende overeenkomst om de export stop te zetten, een aanzienlijke mededingingsbeperking tijdens de geldigheidsduur ervan kan opleveren. De gevolgen van een dergelijke overeenkomst voor de mededinging worden derhalve niet bepaald door de duur ervan; daarmee wordt rekening gehouden bij de berekening van het bedrag van de geldboete.
- 127 De dealers die uitdrukkelijk waren overeengekomen om hun exportactiviteiten stop te zetten, vertegenwoordigen 65 % van de export gedurende de betrokken periode.
- 128 De Commissie betwist het argument van verzoeksters dat de overeenkomsten slechts de export naar Duitsland betroffen. De maatregelen van Opel Nederland hadden de export van auto's naar Duitsland en Oostenrijk geraakt, omdat dit waarschijnlijk de twee voornaamste bestemmingslanden van de exportactiviteiten waren; de maatregelen hadden echter de export naar alle lidstaten beïnvloed. In elk geval is de aantoonbare afscherming van de Nederlandse markt ten opzichte van de Duitse markt op zich voldoende om een aanzienlijk gevolg op het handelsverkeer tussen lidstaten te bewijzen.
- 129 Met verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest Volkswagen/Commissie herinnert de Commissie eraan dat de concrete gevolgen van een overeenkomst niet in aanmerking behoeven te worden genomen voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, wanneer blijkt dat de overeenkomst tot doel heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Naar hun aard kunnen de onderzochte maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Er kan met een voldoende mate van waarschijnlijkheid worden aangenomen dat zij een al dan niet rechtstreekse daadwerkelijk of potentiële invloed op de handelsstroom tussen lidstaten kunnen uitoefenen.

Beoordeling door het Gerecht

— Voorafgaande opmerkingen

- 130 De derde maatregel die Opel Nederland zou hebben genomen, bestaat volgens punt 110 van de bestreden beschikking in een rechtstreeks exportverbod en/of een rechtstreekse exportbeperking door middel van aan de dealers gerichte instructies en verboden om naar het buitenland te verkopen. Volgens het genoemde punt heeft een aantal dealers zich als gevolg van deze instructies ertoe verbonden af te zien van dergelijke verkopen.
- 131 De punten 79 tot en met 87 van de bestreden beschikking bevatten de elementen die volgens de Commissie bewijzen dat instructies zijn uitgegaan aan een tiental dealers (namelijk Van Zijll, Wolves, Staals, Spoormaker, Hemera, Göttgens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling en Nedam) en dat deze zich daarop jegens Opel Nederland ertoe hebben verbonden om geen auto's meer naar het buitenland te verkopen.
- 132 De Commissie onderscheidt drie fases in de totstandkoming en uitvoering van deze maatregel: de eerste fase wordt genoemd „interne besprekingen en instructies”, de tweede „de ‚eerste waarschuwingsbrief’ [namelijk de brief aan de dealers van 28 en 29 augustus 1996] en de daaropvolgende gebeurtenissen” en de derde „het besluit van 26 september 1996 en de daaropvolgende gebeurtenissen”.
- 133 Volgens de punten 168 en 169 van de bestreden beschikking is de maatregel vanaf eind augustus of begin september 1996 tot en met december 1996 toegepast. De begindatum, eind augustus of begin september 1996, heeft betrekking op de toezegging van dealer Van Zijll in een brief van 31 augustus 1996. De einddatum,

december 1996, heeft betrekking op het tweede „corrigerende” rondschrijven van Opel Nederland van 12 december 1996 aan de dealers.

- 134 Er moet meteen worden beklemtoond dat de Commissie niet stelt dat gedurende de eerste fase inbreuken op het mededingingsrecht hebben plaatsgevonden. De beschrijving van deze fase, in de punten 59 tot en met 69 van de bestreden beschikking, dient ter uiteenzetting van de context waarin de maatregel volgens de Commissie door de directie van Opel Nederland intern is onderzocht en uitgewerkt. Verder wordt daarin gewezen op een gebeurtenis die in juni 1995 zou hebben plaatsgevonden, namelijk een instructie aan dealer Lathouwers om geen Tigra-modellen uit te voeren, maar deze gebeurtenis is niet relevant voor de bestreden beschikking, die maatregelen betreft die vanaf eind augustus of begin september 1996 zouden zijn genomen.
- 135 Het Gerecht zal dus de argumenten van partijen betreffende de tweede en de derde fase zoals beschreven in de bestreden beschikking, bespreken en in de eerste plaats het kernargument van de Commissie, dat aan de tien genoemde dealers opdracht is gegeven om niet naar het buitenland te verkopen en dat zij dit hebben toegezegd.

— De instructies aan de dealers

Van Zijll

- 136 Verzoeksters ontkennen niet dat dealer Van Zijll bij brief van 23 augustus 1996 heeft toegezegd om zijn exportactiviteiten onmiddellijk stop te zetten en dat hij deze toezegging tijdens een bijeenkomst met de Director of Sales and Marketing van Opel Nederland op 17 september 1996 heeft herhaald.

- 137 De brief van 23 augustus 1996 is niet in het dossier opgenomen, maar het bestaan ervan vloeit voort uit een brief van Van Zijll aan Opel Nederland van 4 november 1996 (zie de punten 80 en 81 van de bestreden beschikking).
- 138 De vraag rijst of de toezegging van Van Zijll een eenzijdige handeling is geweest, zoals verzoeksters beweren, dan wel een handeling in antwoord op een aansporing of een instructie van Opel Nederland, zoals de Commissie betoogt.
- 139 In de twee in punt 80 van de bestreden beschikking geciteerde documenten van de verantwoordelijken van Opel Nederland van 18 september 1996 wordt gezegd dat na meerdere gesprekken tussen Van Zijll en vertegenwoordigers van Opel Nederland: „Van Zijll, de belangrijkste [exporteur] heeft ermee ingestemd te stoppen [...]” en „wij [namelijk de heer Nefkens van NIMOX, de moedermaatschappij van Van Zijll, Kirpestein (van Van Zijll) en De Heer (van Opel Nederland) [zijn] overeengekomen om de exportactiviteiten te staken”. Deze documenten getuigen ervan dat de toezegging van Van Zijll is verkregen na een interventie van Opel Nederland. Het is trouwens weinig geloofwaardig dat de dealer zijn export op eigen initiatief, in strijd met zijn handelsbelangen, zou hebben beëindigd.

Staals

- 140 Tussen partijen staat vast dat dealer Staals in zijn brief aan Opel Nederland van 20 september 1996 (geciteerd in punt 83 van de bestreden beschikking) heeft toegezegd om niet meer te exporteren „in het licht van de ergernis die hieruit [...] kan volgen” voor Opel Nederland evenals voor Staals.

- 141 De stelling van de Commissie, dat de toezegging van deze dealer is verkregen na tussenkomen van Opel Nederland, vindt steun in het hierboven in punt 139 genoemde document van 18 september 1996, waarin staat:

„[...] Binnen onze mogelijkheden proberen wij de exportactiviteiten de kop in te drukken; Van Zijll, de belangrijkste, heeft ermee ingestemd te stoppen. Aan de anderen wordt gewerkt.”

- 142 Evenals in het geval Van Zijll is het trouwens weinig geloofwaardig dat Staals zijn export op eigen initiatief, in strijd met zijn commerciële belangen, zou hebben beëindigd.

Spoormaker

- 143 Verzoeksters betwisten niet dat dealer Spoormaker, die een bestelling van een Oostenrijkse Opel-dealer voor veertien auto's van het type Astra had ontvangen, vanaf juli 1996 is opgedragen om dit soort bestellingen niet te aanvaarden. Evenmin wordt betwist, dat uit een in punt 87 van de bestreden beschikking geciteerd document van Opel Nederland van 2 oktober van 1996 volgt dat hij zijn toezegging na een gesprek met de districtmanager op 1 oktober 1996 heeft herhaald.

Hemera, Götggens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling, Nedam

- 144 Uit een in punt 84 van de bestreden beschikking geciteerde interne e-mail van een districtmanager van Opel Nederland van 5 oktober 1996 volgt dat deze zes

dealers na de introductiebezoeken van de districtmanagers die op grond van het besluit van Opel Nederland van 26 september 1996 waren afgelegd, allen hebben toegezegd om hun export onmiddellijk te stoppen.

Wolves

- 145 In punt 82 van de bestreden beschikking wordt dealer Wolves Autoservice behandeld. In een handgeschreven notitie van de Director of Sales and Marketing van Opel Nederland op de antwoordbrief van deze dealer op de brief van Opel Nederland van 28 en 29 augustus 1996, geciteerd in punt 82 van de bestreden beschikking, verzocht hij de verantwoordelijke districtmanager de dealer te instrueren zich op zijn eigen contractgebied te concentreren. De bestreden beschikking maakt evenwel geen melding van documenten of andere bewijzen waaruit blijkt dat Wolves heeft toegezegd om niet te exporteren.
- 146 Gelet op het voorgaande is het Gerecht van oordeel dat de Commissie voldoende nauwkeurig en onderling overeenstemmend bewijsmateriaal heeft verzameld als basis voor een sterke overtuiging dat negen dealers (namelijk Van Zijll, Staals, Spoomaker, Hemera, Götggens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling en Nedam) daadwerkelijk vanaf eind augustus of begin september 1996 hebben toegezegd niet meer naar het buitenland te verkopen, en zulks na een aansporing daartoe van Opel Nederland.
- 147 Als resultaat van een wilsovereenstemming tussen Opel Nederland en de betrokken dealers vormt de maatregel een „overeenkomst” in de zin van artikel 81, lid 1, EG, die deel uitmaakt van de bestaande contractuele betrekkingen tussen partijen. Er moet nog worden gepreciseerd dat, zoals de Commissie terecht in punt 117 van de bestreden beschikking opmerkt, het feit dat de dealers niet zonder een zekere druk van Opel Nederland zouden hebben ingestemd, aan het bestaan van een overeenkomst geen afbreuk kan doen.

- 148 De stelling van verzoeksters dat de toezeggingen van de dealers een eenzijdig karakter hadden, kan dus niet worden aanvaard.
- 149 Overigens kunnen deze toezeggingen, anders dan verzoeksters betogen, niet worden uitgelegd als het resultaat van het „slechte geweten” van de dealers wegens verkooptransacties die niet strookten met het geldende dealercontract. Na de audits was immers gebleken dat de dealers Loven en Spoomaker nooit in strijd met de contractbepalingen hadden geëxporteerd. Bovendien had een „slecht geweten” wel kunnen leiden tot een toezegging om niet meer aan niet-erkende wederverkopers te verkopen, maar het kan geen verklaring zijn voor een onvoorwaardelijke toezegging om alle export te staken.
- 150 Er moet nog worden beklemtoond dat de bestreden beschikking geen bewijs bevat, dat behalve de genoemde negen dealers andere dealers dezelfde toezegging hebben gedaan. De stelling van de Commissie dat het niet enkel gaat om de negen dealers waarvoor het bewijs van een uitdrukkelijke toezegging bestaat, maar om alle twintig als exporteurs geïdentificeerde dealers, is dus niet aanvaardbaar.
- 151 Volgens de in punt 99 van de bestreden beschikking genoemde cijfers van de Commissie vertegenwoordigden de negen betrokken dealers eind juni 1996 omstreeks 65 % van alle exportverkopen. Die cijfers zijn niet betwist. De Commissie heeft terecht uit deze cijfers afgeleid dat Opel Nederland door alleen deze toezeggingen zeker ervan kon zijn dat het exportvolume aanzienlijk zou dalen.
- 152 Het argument van verzoeksters dat de „vluchtige” overeenkomsten met de negen betrokken dealers niet hebben geleid tot een merkbare mededingingsbeperking en evenmin tot een merkbare ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, kan niet worden aanvaard.

- 153 De Commissie betoogt namelijk terecht dat een betrekkelijk kortdurende overeenkomst om de export stop te zetten, tijdens de toepassing ervan kan leiden tot een aanzienlijke mededingingsbeperking en een merkbare ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, en dat de duur van de inbreuk een element is dat bij de berekening van het bedrag van de geldboete in aanmerking wordt genomen. Gelet op de positie van het merk Opel op de automarkten, met name de Nederlandse en de Duitse, op het aantal in 1996 vanuit Nederland voor export verkochte auto's en op het feit dat de negen dealers omstreeks 65 % van de export vertegenwoordigden, was het gevolg van de maatregel voor het handelsverkeer tussen lidstaten en op de mededinging in elk geval niet onaanzienlijk in de zin van de reeds aangehaalde arresten Völk (punten 5-7) en Javico (punt 16).
- 154 Aangezien de bestreden beschikking, zoals hiervóór in de punten 99 en 104 is opgemerkt, hoofdzakelijk is gebaseerd op de stelling dat de door Opel Nederland genomen maatregelen tot doel hadden de mededinging te beperken, was de Commissie overigens niet gehouden om hun gevolg aan te tonen. Bij de bespreking van het eerste middel is immers komen vast te staan dat Opel Nederland haar maatregelen heeft getroffen in het kader van een strategie die was bedoeld om de export te beperken. Wat meer in het bijzonder de rechtstreekse verbodsmaatregel betreft, zet het in punt 65 van de bestreden beschikking geciteerde document van Opel Nederland van 23 augustus 1996 deze analyse kracht bij.
- 155 Hieruit volgt dat de argumenten van partijen betreffende de beoordeling van de concrete gevolgen van de betrokken maatregel niet verder behoeven te worden onderzocht.
- 156 Behalve met de instructies en toezeggingen heeft de Commissie eveneens rekening gehouden met de brieven van Opel Nederland van 28 en 29 augustus en van 30 september 1996 aan de exporterende dealers, die zij aanmerkt als „waarschuings”-brieven, alsmede met de in de loop van september en tot met november 1996 bij de exporterende dealers uitgevoerde audits, die volgens de Commissie eveneens een dreigend karakter hadden.

- 157 Hoewel deze kwalificaties in het licht van de bewoordingen van de twee brieven en de context waarin deze maatregelen tot stand zijn gekomen, niet van elke grond zijn ontbloot, heeft de Commissie naar het oordeel van het Gerecht niet rechtens voldoende bewezen dat deze handelingen deel uitmaken van de inbreuk. De twee brieven en de betrokken audits kunnen namelijk eveneens als gericht op een geoorloofd doel worden beschouwd, te weten het uitoefenen van controle op de exportverkoop teneinde niet met de dealercontracten strokende verkopen aan het licht brengen. Behoudens deze preciseringen is het bestaan van de derde maatregel bewezen.
- 158 Wat de duur van de maatregel betreft, heeft de Commissie naar het oordeel van het Gerecht gelijk waar zij stelt dat het rondschrijven van 24 oktober 1996 niet voldoende kan worden geacht om ten aanzien van het verbod van export naar erkende Opel-dealers een einde te maken aan de inbreuk. Dit rondschrijven betreft immers de verkopen aan eindgebruikers en maakt niet duidelijk dat de verkopen aan in andere lidstaten gevestigde Opel-dealers geoorloofd waren.
- 159 Hieruit volgt dat het vierde middel van verzoeksters ongegrond is.

E — Het subsidiaire middel: schending van het evenredigheidsbeginsel en van de richtsnoeren van de Commissie voor geldboeten

- 160 De beoordeling van de vier principale middelen leidt niet tot nietigverklaring van de gehele beschikking. Derhalve moet het vijfde, subsidiair aangevoerde middel worden behandeld.

Argumenten van partijen

- 161 Subsidiair betogen verzoeksters dat de opgelegde geldboete van 43 miljoen euro niet in redelijk verband staat met de zwaarte en de duur van de inbreuk. Door de geldboete op 43 miljoen euro vast te stellen, heeft de Commissie artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, het evenredigheidsbeginsel en haar eigen richtsnoeren voor de berekening van het bedrag van de geldboeten geschonden. Bovendien heeft de Commissie geen rekening gehouden met het ontbreken van opzet, de beperkte invloed van de inbreuk op het handelsverkeer tussen lidstaten en met de onmiddellijk door Opel Nederland op eigen initiatief genomen corrigerende maatregelen.
- 162 Verzoeksters zijn van mening dat de aard van de inbreuk niet als „zeer zwaar” kan worden aangemerkt. De Commissie is ten onrechte uitgegaan van een algemeen beleid ter beperking van alle export, hoewel Opel Nederland enkel had getracht om de integriteit van haar distributiesysteem te beschermen en ervoor te zorgen dat de speciale bonuscampagnes ter aanmoediging van de verkoop in Nederland hun doel bereikten.
- 163 In de bestreden beschikking is de onjuiste conclusie getrokken dat de inbreuk een merkbare invloed op de totale markt van de Europese Unie heeft gehad. De Commissie vergist zich waar zij stelt dat het doel van de maatregel voldoende is om het bestaan van een inbreuk aan te tonen. De richtsnoeren vereisen een beoordeling van de concrete invloed op de markt wanneer deze meetbaar is. De Commissie heeft geweigerd om rekening te houden met de door het NERA-rapport geleverde economische bewijzen dat de betwiste maatregelen weinig of geen invloed hebben gehad.
- 164 Verzoeksters voeren aan dat de eenvoudige hypothese dat één van de negen dealers gedurende de betrokken korte periode geoorloofde exportverkopen naar het Verenigd Koninkrijk of naar elke andere lidstaat had kunnen ondernemen, niet voldoende is om aan te tonen dat de ongunstig beïnvloede geografische zone andere lidstaten dan Nederland en Duitsland heeft omvat.

- 165 Een basisboete van 40 miljoen euro ter bestraffing van een inbreuk die hooguit 104 dagen heeft geduurd, is overdreven, in het bijzonder omdat de inbreuk is gepleegd jegens een zeer beperkt aantal dealers. De beschikking bevat geen enkele motivering van het basisbedrag.
- 166 In het bijzonder bestaat er geen enkel aanknopingspunt op grond waarvan verzoeksters het niveau van het basisbedrag kunnen vergelijken met dienovereenkomstige bedragen in andere beschikkingen van de Commissie op dit gebied.
- 167 De beschikking is onjuist voorzover het inbreuktijdvak daarin is bepaald op 31 augustus 1996 tot en met 20 januari 1998, hoewel de vermeende inbreuk hooguit van 31 augustus 1996 tot en met 24 oktober 1996 duurde wat de verkopen aan eindgebruikers betreft, van begin oktober 1996 tot en met 12 december 1996 wat de verkopen aan andere Opel-dealers betreft en van begin oktober 1996 tot en met 24 oktober 1996 wat het restrictieve bonusbeleid betreft. Een totale geldboete van 43 miljoen euro, waarvan 3 miljoen euro enkel voor de duur van de inbreuk, voor een inbreuk die drie maanden heeft geduurd, is in het licht van de eerdere praktijk van de Commissie ter zake buitensporig.
- 168 Verzoeksters zijn van mening dat de beschikking eveneens inbreuk maakt op de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten door geen rekening te houden met verzachtende omstandigheden, zoals het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of praktijken niet daadwerkelijk waren toegepast, het feit dat de inbreuken reeds vóór of direct bij de eerste stappen van de Commissie waren beëindigd, het feit dat bij de betrokken onderneming redelijke twijfel kon bestaan over het inbreukmakende karakter van het restrictieve gedrag en het feit dat de inbreuken niet met opzet waren gepleegd. Elk van deze elementen is in casu van toepassing.
- 169 Zoals verzoeksters in het kader van het tweede en het vierde middel hebben betoogd, was het vermeende restrictieve beleid nooit in de praktijk gebracht. Opel Nederland had nooit getracht om een rechtstreeks exportverbod zonder

onderscheid toe te passen, en in elk geval waren bij het vermeende exportverbod slechts negen dealers betrokken.

- 170 Opel Nederland is het slachtoffer geweest van een omvangrijke fraude en had volkomen rechtmatig getracht de verkopen aan niet-erkende wederverkopers te beperken en de doeltreffendheid van haar retailbonuscampagnes te verzekeren.
- 171 Bij haar rondschrijvens van 24 oktober 1996 en 12 december 1996 had Opel Nederland onmiddellijk corrigerende maatregelen genomen.
- 172 Opel Nederland had goede redenen om aan te nemen dat haar bonusbeleid verenigbaar met het mededingingsrecht was. Haars inziens had de Commissie niet tot april 1999 mogen wachten om in de mededeling van de punten van bezwaar uiteen te zetten dat haars inziens het betrokken bonusbeleid in strijd met artikel 81 EG was.
- 173 Ten slotte zou een eventuele schending van artikel 81 EG grotendeels te wijten zijn aan een tijdelijk misverstand over de rechtmatigheid van de pogingen van Opel Nederland om de integriteit van haar selectieve distributiesysteem te beschermen.
- 174 De Commissie stelt dat de zwaarte van de inbreuk volgt uit het feit dat Opel Nederland bewust had besloten om de geoorloofde en ongeoorloofde export van haar dealers te bestrijden. De stelling van verzoeksters dat de inbreuk kort is geweest, berust op het verkeerde uitgangspunt dat de inbreuk was beperkt tot de periode gedurende welke de drie onderdelen van de marktafschermingsstrategie waren toegepast. In werkelijkheid was het bonussysteem op zich een inbreuk op de mededingingsregels, die werd verergerd door de andere maatregelen van de campagne. In het reeds aangehaalde arrest Volkswagen/Commissie heeft het Gerecht de conclusie van de Commissie niet in twijfel getrokken, dat een discriminerende bonusregeling op zich een zeer zware inbreuk oplevert. Boven-

dien is de duur van de inbreuk een element waarmee geen rekening wordt gehouden bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk of de berekening van het basisbedrag, maar bij de vaststelling van het eindbedrag van de geldboete.

- 175 Volgens de Commissie heeft zij de werkelijke invloed van de inbreuk op de markt juist beoordeeld, omdat de markten waarop de prijzen voor belasting op een aanzienlijk hoger niveau lagen dan in Nederland, zoals in Duitsland, potentiële bronnen van een exportvraag zijn. Deze marktanalyse is bevestigd door het reeds aangehaalde arrest Volkswagen/Commissie, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat wanneer de Commissie vaststelt dat een autofabrikant een nationale markt heeft afgeschermd, dit uit de aard der zaak meebrengt dat de transacties naar alle andere lidstaten de ongunstige gevolgen daarvan hebben kunnen ondergaan. Op grond van de beschikbare cijfers kan trouwens niet precies worden beoordeeld welke weerslag de inbreuk in zijn geheel of de verschillende onderdelen op het exportvolume heeft gehad.
- 176 De Commissie trekt een aantal conclusies die verzoeksters aan het NERA-rapport ontnemen in twijfel. In dit rapport wordt slechts rekening gehouden met de gevolgen van de inbreuk voor de Duitse eindgebruikers en wordt de weerslag op de niet in Nederland gevestigde Opel-dealers niet onderzocht. Het steunt op de verkeerde premisse dat de exportbeperkingen de consumenten geen enkele schade hadden toegebracht, omdat zij altijd nog in staat waren om een gelijkwaardige auto van een ander merk uit Nederland te importeren of het gewenste Opel-model in een andere lidstaat met een laag prijsniveau te kopen. Het rapport miskent daarmee de gevolgen die de inbreuk had voor de uitoefening van het recht van de communautaire consumenten om de auto van hun keuze in de lidstaat van hun keuze te kopen.
- 177 De Commissie merkt op dat de vaststelling van het bedrag van een geldboete geen zuiver wiskundige exercitie is. Elk geval wordt afzonderlijk beoordeeld en in sommige van de door verzoeksters genoemde gevallen heeft zij rekening gehouden met verzachtende omstandigheden, die in casu ontbreken. Volgens haar is het basisbedrag van 40 miljoen euro wel in overeenstemming met haar eerdere praktijk op dit gebied.

- 178 Zij herinnert eraan dat het Hof in zijn arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (100/80—103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 106) heeft geoordeeld dat de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen niet enkel tot doel heeft om individuele inbreuken te bestraffen, maar ook om een algemeen beleid op mededingingsgebied te voeren. Bijgevolg moet de Commissie, wanneer zij de zwaarte van de inbreuk beoordeelt, niet enkel de bijzondere omstandigheden van het geval, maar ook de context waarbinnen de inbreuk is gepleegd, in aanmerking nemen en ervoor zorgen dat haar optreden een afschrikkende werking heeft, vooral voor het soort inbreuken dat bijzonder schadelijk is. Bovendien heeft het Hof verklaard dat de Commissie het boetebedrag mag verhogen wanneer zij wordt geconfronteerd met herhaalde inbreuken waarvan de onwettigheid duidelijk vaststaat. Het lijkt normaal dat een duidelijke, opzettelijke en zeer zware inbreuk op de mededingingsregels met als doel een nationale markt van de rest van de Gemeenschap te isoleren, gepleegd door een belangrijke producent van een hoogwaardig product die zich niet liet weerhouden om zo te handelen ondanks de sinds meer dan 30 jaar door de Commissie geleverde inspanningen, wordt beboet met een basisbedrag van 40 miljoen euro.
- 179 Volgens de Commissie kan geen van de door verzoeksters aangevoerde verzachtende omstandigheden in casu worden aanvaard.

Beoordeling door het Gerecht

— Voorafgaande opmerkingen

- 180 Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kan de Commissie aan ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk hebben gemaakt op artikel [81], lid 1, EG, bij beschikking geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen euro, of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande

boekjaar. 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.

- 181 Volgens artikel 17 van dezelfde verordening heeft het Hof volledige rechtsmacht in de zin van artikel 172 van het Verdrag (thans artikel 229 EG) ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of dwangsom wordt vastgesteld; het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen.
- 182 In 1998 heeft de Commissie richtsnoeren voor de berekening van geldboeten vastgesteld, om, aldus de eerste alinea van de considerans van dit document, de doorzichtigheid en de objectiviteit van haar beslissingen op dit gebied te verzekeren.
- 183 Volgens de tweede alinea van de considerans van de richtsnoeren zal het bedrag van de geldboete voortaan worden berekend volgens de nieuwe in de richtsnoeren voorziene methode, die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij verzwarende omstandigheden verhogingen, en verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast. Volgens punt 1 van de richtsnoeren wordt het basisbedrag naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk bepaald.
- 184 In punt 1 A van de richtsnoeren staat dat bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk rekening dient te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt. De inbreuken worden in drie categorieën ingedeeld: niet te ernstige inbreuken (mogelijke boetebedragen van 1 000 tot 1 miljoen euro), zware inbreuken (mogelijke boetebedragen van 1 miljoen tot 20 miljoen euro) en zeer zware inbreuken (mogelijke boetebedragen boven 20 miljoen euro).

- 185 Volgens punt 1 B van de richtsnoeren wordt rekening gehouden met de duur van de inbreuk, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen inbreuken van korte duur (over het algemeen korter dan één jaar; geen bijkomend bedrag), inbreuken van middellange duur (over het algemeen één tot vijf jaar; een bijkomend bedrag dat kan oplopen tot 50 % van het bedrag dat op basis van de zwaarte van de inbreuk wordt opgelegd) en inbreuken van lange duur (over het algemeen meer dan vijf jaar; een bijkomend bedrag dat voor elk jaar kan worden gesteld op 10 % van het bedrag dat op basis van de zwaarte van de inbreuk wordt opgelegd).
- 186 In de punten 2 en 3 van de richtsnoeren worden op niet-limitatieve wijze verzwarende en verzachtende omstandigheden opgesomd waarmee de Commissie eventueel rekening houdt.
- 187 Er moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking geen uitdrukkelijke verwijzing naar de richtsnoeren bevat. Daarentegen heeft de Commissie in haar memories de geldboete in het licht van de richtsnoeren uitgelegd en nader verklaard.
- 188 De richtsnoeren lopen niet vooruit op de beoordeling van de geldboete door de gemeenschapsrechter die daartoe krachtens artikel 17 van verordening nr. 17 volledige rechtsmacht heeft. Anderzijds kan de Commissie het bedrag van de geldboete weliswaar volgens de methode van de richtsnoeren bepalen, doch dient zij binnen het kader van de in artikel 15 van verordening nr. 17 omschreven sancties blijven.
- 189 Vervolgens moet eraan worden herinnerd dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van hoe dan ook in aanmerking te nemen criteria bestaat (beschikking Hof van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie, C-137/95 P, Jurispr.

blz. I-1611, punt 54, en arrest Ferriere Nord/Commissie, reeds aangehaald, punt 33). Bovendien beschikt de Commissie volgens vaste rechtspraak over een beoordelingsbevoegdheid bij het bepalen van het bedrag van de geldboeten in het kader van verordening nr. 17, teneinde het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven (arresten Gerecht van 6 april 1995, Martinelli/Commissie, T-150/89, Jurispr. blz. II-1165, punt 59; 11 december 1996, Van Megen Sports/Commissie, T-49/95, Jurispr. blz. II-1799, punt 53, en 21 november 1997, Deutsche Bahn/Commissie, T-229/94, Jurispr. blz. II-1689, punt 127). Niettemin dient het Gerecht te controleren of de hoogte van de opgelegde geldboete in verhouding staat tot de zwaarte en de duur van de inbreuk (arrest Deutsche Bahn/Commissie, reeds aangehaald, punt 127), en moet het de zwaarte van de inbreuk en de door de verzoekende partij aangevoerde omstandigheden tegen elkaar afwegen (arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 48).

— De geldboete

- 190 In de punten 175 tot en met 202 van de bestreden beschikking zet de Commissie de redenen uiteen waarom zij heeft gemeend een geldboete van 43 miljoen euro te moeten opleggen aan verzoeksters, die volgens artikel 3 van de bestreden beschikking hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling zijn. Kort samengevat, beschouwt de Commissie de inbreuk als „zeer zwaar”, waartoe zij rekening houdt met de aard ervan, de gevolgen ervan voor de markt, voorzover meetbaar, de omvang van de relevante geografische markt en een „middellange duur”, zonder daarbij verzachtende of verzwarende omstandigheden te betrekken.
- 191 Het Gerecht acht de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar” gerechtvaardigd en in de bestreden beschikking deugdelijk gemotiveerd. Los van de duur ervan had de inbreuk tot doel om de binnenlandse markt af te schermen. Een dergelijke klaarblijkelijke inbreuk op het mededingingsrecht is naar zijn aard bijzonder zwaar. Daardoor worden de meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap en in het bijzonder de verwezenlijking van één enkele markt tegengewerkt (arrest Gerecht van 22 april 1993, Peugeot/Commissie, T-9/92, Jurispr. blz. II-493, punt 42).

- 192 De zwaarte van de inbreuk wordt nog ernstiger door de omvang van verzoeksters en de betekenis van het merk Opel op de Europese markt, meer in het bijzonder op de Duitse en Nederlandse markt (zie in die zin arrest *Musique diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 120), en door het feit dat de inbreuk is gepleegd ondanks de waarschuwing die van de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie uitgaat en van de vaste rechtspraak op het gebied van parallelimporten, in het bijzonder in de automobielsector.
- 193 Wat de weerslag van de inbreuk op de markt en de omvang van de relevante geografische markt betreft, zet de Commissie in punt 184 van de bestreden beschikking om te beginnen uiteen dat de inbreuk de Nederlandse markt voor de verkoop van nieuwe auto's betreft, maar eveneens gevolgen heeft gehad voor de markten in andere lidstaten, meer in het bijzonder in Duitsland.
- 194 Deze beoordeling is eveneens juist. De inbreuk betreft in de eerste plaats de Nederlandse en de Duitse markt, maar in beginsel kunnen de markten van alle lidstaten waar de prijs van Opel-auto's voor belasting tijdens de betrokken periode aanzienlijk hoger was dan in Nederland worden beschouwd als potentiële bronnen van een exportvraag. De Commissie heeft echter geen concrete aanwijzingen verschaft over een gedurende de betrokken periode bestaande vraag van Opel-gebruikers of -dealers die in andere lidstaten dan Duitsland wonen of gevestigd zijn, met uitzondering van een in punt 86 van de bestreden beschikking genoemde order in juli 1996 van een Opel-dealer in Oostenrijk.
- 195 Vervolgens zet de Commissie in punt 185 van de bestreden beschikking uiteen dat het mededingingsbeperkende doel van een maatregel volstaat om een inbreuk vast te stellen en dat artikel 15 van verordening nr. 17 niet voorschrijft dat de inbreuk moet worden beoordeeld aan de hand van de reële resultaten op de markt, dat wil zeggen aan de hand van het aan de kopers van de betrokken producten toegebrachte nadeel.

- 196 Hoewel deze stelling niet onjuist is, verzuimt de Commissie erop te wijzen dat zij in punt 1 A van haar eigen richtsnoeren uitdrukkelijk de verplichting is aangegaan om bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, behalve met de eigen aard van de inbreuk en met de omvang van de betrokken geografische markt, rekening te houden met de concrete weerslag ervan op de markt, wanneer die meetbaar is. In deze zaak worden al deze criteria overigens wel in punt 177 van bestreden beschikking genoemd.
- 197 Zoals in punt 105 hiervóór echter is opgemerkt, betoogt de Commissie terecht dat het in casu onmogelijk is om te bepalen hoeveel exporttransacties door de maatregelen daadwerkelijk zijn verhinderd. Gelet op het in de eerste zeven maanden van 1996 bereikte volume (volgens punt 64 van de bestreden beschikking waren 1 496 auto's geëxporteerd) kan evenwel redelijkerwijs ervan worden uitgegaan dat de invloed van de derde maatregel, die een rechtstreekse beperking van de export van de betrokken negen dealers inhield, aanzienlijk is geweest. De door verzoeksters in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht verstrekte cijfers lijken er immers op te wijzen dat het aantal bestellingen van verschillende van de 21 „exporterende”-dealers in oktober, november en december 1996 aanzienlijk was gedaald ten opzichte van de voorafgaande maanden van hetzelfde jaar. De invloed van het bonusbeleid is daarentegen onzekerder, omdat de exportverkopen na de invoering van het bonusbeleid minder winst opleverden, maar niet is komen vast te staan dat zij niet meer winstgevend waren.
- 198 De Commissie heeft in de punten 189 tot en met 193 van de bestreden beschikking ook rekening gehouden met het feit dat Opel Nederland opzettelijk heeft gehandeld en moet hebben geweten dat de betrokken maatregelen tot doel hadden de mededinging te beperken. Die beoordeling is eveneens gerechtvaardigd. Blijkens de in de punten 51 en 27 van de bestreden beschikking geciteerde documenten van 3 en 12 september 1996 wist Opel Nederland dat de exportbeperking en het bonusbeleid door het gemeenschapsrecht worden verboden. Voorzover zij twijfelde aan de verenigbaarheid van haar bonusbeleid met het gemeenschapsrecht, heeft zij nagelaten om de Commissie daarover voor of na de in december 1996 verrichte verificaties te raadplegen. In die omstandigheden kunnen verzoeksters niet stellen dat de Commissie niet tot april 1999 had mogen wachten alvorens Opel Nederland in de mededeling van de punten van bezwaar kenbaar te maken dat zij van mening was dat het betrokken bonusbeleid in strijd met artikel 81 EG was.

- 199 Gelet op de zwaarte van de inbreuk is de Commissie van mening dat een bedrag van 40 miljoen euro een passende grondslag vormt voor de vaststelling van het basisbedrag. Naar het oordeel van het Gerecht is dit bedrag in de omstandigheden van het geval en uitgaande van het bestaan van de drie gewraakte maatregelen, gerechtvaardigd en in de bestreden beschikking deugdelijk gemotiveerd, zelfs rekening houdend met de hiervóór in de punten 150, 157, 194 en 197 genoemde twijfels over het aantal bij de zaak betrokken dealers, met het ongeoorloofde karakter van de brieven van 28 en 29 augustus en 30 september 1996 en met de audits, de betrokken geografische markt en de concrete weerslag van de inbreuk.
- 200 Niettemin moet dit bedrag worden verminderd, gelet op het feit dat de restrictieve leveringsmaatregel niet is bewezen. De Commissie heeft immers de zwaarte van de inbreuk ook op grond van het aantal gewraakte maatregelen gewaardeerd. In die omstandigheden acht het Gerecht het passend om het basisbedrag, wat de zwaarte van de inbreuk betreft, vast te stellen op 33 miljoen euro.
- 201 Wat de duur van de inbreuk betreft, staat vast dat deze van eind augustus of begin september 1996 tot en met januari 1998, dus zeventien maanden, heeft geduurd. Volgens de richtsnoeren gaat het dus om een inbreuk van middellange duur, waarvoor een verhoging tot 50 % van het bedrag voor de zwaarte van de inbreuk kan worden opgelegd.
- 202 In casu, heeft de Commissie, rekening houdend met de respectieve duur van de drie gewraakte maatregelen, het bedrag van 40 miljoen euro verhoogd met 7,5 %, dus met 3 miljoen euro, wat het basisbedrag van de geldboete op 43 miljoen euro brengt.
- 203 Het Gerecht kan instemmen met deze benadering die met name rekening houdt met het feit dat de rechtstreekse verboden respectievelijk eind oktober 1996 en eind december 1996 zijn ingetrokken. Gelet op de vermindering van het bedrag

van de geldboete voor de zwaarte van de inbreuk, moet de verhoging van 7,5 % derhalve worden berekend over het bedrag van 33 miljoen euro, zijnde 2 475 000 euro, wat het bedrag van de boete brengt op 35 475 000 euro.

- 204 Ten slotte is het Gerecht van oordeel dat de Commissie niet verplicht was om rekening te houden met de door verzoeksters aangevoerde verzachtende omstandigheden. Uit het voorgaande volgt immers dat de gevallen van daadwerkelijke niet-toepassing van de door het Gerecht bewezen geachte overeenkomsten, van stopzetting van de inbreuken na het eerste optreden van de Commissie of van een niet-opzettelijke inbreuk zich in casu niet voordoen.
- 205 Hieruit volgt dat het vijfde middel niet kan slagen, behalve wat het bedrag van de geldboete betreft.

Kosten

- 206 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien het beroep gedeeltelijk is toegewezen, brengt een rechtvaardige beoordeling van de omstandigheden van het geval mee dat verzoeksters vier vijfde van hun eigen kosten en vier vijfde van de kosten van de Commissie dragen, en dat de Commissie een vijfde van haar eigen kosten en een vijfde van de kosten van verzoeksters draagt.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig beschikking 2001/146/EG van de Commissie van 20 september 2000 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/36.653 — Opel) voorzover daarin het bestaan van een met artikel 81, lid 1, EG strijdige restrictieve leveringsmaatregel wordt vastgesteld.
- 2) Vermindert het bedrag van de in artikel 3 van de bestreden beschikking aan verzoeksters opgelegde boete tot 35 475 000 euro.
- 3) Verwerpt het beroep voor het overige.
- 4) Verwijst verzoeksters in vier vijfde van hun eigen kosten en vier vijfde van de kosten van de Commissie, en de Commissie in een vijfde van haar eigen kosten en een vijfde van de kosten van verzoeksters.

Forwood

Pirrung

Meij

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 oktober 2003.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

N. J. Forwood