

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 21 oktober 2003 *

I mål T-368/00,

General Motors Nederland BV, Sliedrecht (Nederländerna),

OpelNederland BV, Sliedrecht,

företrädna av advokaterna D. Vandermeersch, R. Snelders och S. Allcock, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av W. Mölls och A. Whelan, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2001/146/EG av den 20 september 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/36.653 - Opel) (EGT L 59, 2001, s. 1) och, i andra hand, upphävande eller nedsättning av de böter som sökandena ålagts genom detta beslut,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden N.J. Forwood samt domarna J. Pirrung och A.W. H. Meij,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 10 december 2003,

följande

Dom

Bakgrund och tillämpliga bestämmelser

- ¹ Opel Nederland BV (nedan kallat Opel Nederland) grundades den 30 december 1994 som ett helägt dotterbolag till General Motors Nederland BV (nedan kallat General Motors Nederland) och övertog det senares kommersiella

verksamhet i Nederländerna. General Motors Nederland kom därigenom att verka endast som holdingbolag, helägt av General Motors Corp., Detroit (USA).

- 2 Opel Nederland är det enda nationella försäljningsbolaget för bilmärket Opel i Nederländerna. Bolagets affärsverksamhet omfattar import, export och grossistförsäljning av motorfordon, liksom reservdelar och tillbehör. Det medverkar inte i fordonstillverkningen. Opel Nederland har ingått återförsäljar- och serviceavtal med omkring 150 återförsäljare, vilka härigenom räknas som auktoriserade försäljare inom Opels säljorganisation i Europa.
- 3 Enligt kommissionens förordning (EEG) nr 123/85 av den 12 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel [81.3] på vissa grupper av försäljnings- och serviceavtal för motorfordon (EGT L 15, 1985, s. 16; svensk specialutgåva, volym 8, område 1, s. 56), skall återförsäljaravtal under vissa omständigheter undantas från tillämpningsområdet för artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). Förordningen har från den 1 oktober 1995 ersatts av kommissionens förordning (EG) nr 1475/95 av den 28 juni 1995 (EGT L 145, s. 25). Enligt artikel 7 i förordning nr 1475/95 skall förbudet i fördragets artikel [81.1] i EG-fördraget under den period som sträcker sig från den 1 oktober 1995 fram till den 30 september 1996 inte gälla avtal som redan är i kraft den 1 oktober 1995 och som uppfyller de villkor för undantag som avses i förordning nr 123/85.
- 4 Enligt artikel 3.10 a i båda förordningarna får tillverkaren eller importören förbjuda återförsäljare att leverera varor som omfattas av avtalet eller motsvarande varor till återförsäljare som inte tillhör säljorganisationen. Däremot är det inte tillåtet enligt någon av förordningarna att tillverkaren eller importören förbjuder återförsäljarna att leverera varor som omfattas av avtalet eller motsvarande varor till slutkonsumenter, deras bemyndigade mellanhänder eller andra återförsäljare som tillhör tillverkarens eller importörens säljorganisation.

- 5 Som en reaktion på de tecken som tydde på att flera av deras återförsäljare ägnade sig åt export i stor skala, utarbetade och vidtog Opel Nederland en rad åtgärder under andra halvåret 1996.
- 6 Den 28 och den 29 augusti 1996 sände Opel Nederland en skrivelse till 18 återförsäljare som under första halvåret 1996 hade exporterat minst 10 bilar. Skrivelsen löd som följer:

”... Vi har noterat att ert företag har sålt ett stort antal Opelbilar utomlands under första halvåret 1996. Vi anser att antalet är så stort att vi har en stark misstanke om att denna försäljning inte överensstämmer med lydelsen och innebörden av det nuvarande och kommande försäljnings- och serviceavtalet för Opel-återförsäljare. ... Vi har för avsikt att kontrollera ert svar mot de uppgifter som finns registrerade hos oss. Vi kommer att informera er om vad som händer därefter. Ovanstående ändrar inte det faktum att ni är primärt ansvariga för en tillfredsställande försäljning inom ert område ...”

- 7 Ledningen vid Opel Nederland beslöt vid ett möte, den 26 september 1996, att vidta vissa åtgärder avseende exporten från Nederländerna. Åtgärderna beskrevs i mötesprotokollet på följande sätt:

”...Beslut:

- 1) Alla kända exportåterförsäljare (20) kommer att kontrolleras av Opel Nederland BV. Prioritetsordningen är uppifrån och ned enligt listan 'Export-återförsäljare' av den 26 september 1996. J.J. Naval [ekonomichef] organiserar detta.

- 2) W. de Heer [försäljnings- och marknadsföringsdirektör] svarar alla återförsäljare som svarade på det första brevet om exportverksamhet som sändes till dem från Opel. De kommer att informeras om kontrollerna och om att produktbrist kommer att innebära att tilldelningen begränsas.

- 3) Distriktförsäljningscheferna diskuterar exportverksamheten med exportåterförsäljarna inom två veckor. Återförsäljarna kommer att informeras om att på grund av en begränsad produkttillgång kommer de (tills vidare) endast att få det antal bilar som motsvarar deras försäljningsriktlinjer. De kommer att bli ombudda att ange till distriktschefen vilka bilar i deras lagda order som de verkligen vill ha. Sedan får återförsäljarna själva lösa eventuella problem med köparna.

- 4) Återförsäljare som informerar distriktschefen att de inte vill sluta exportera bilar i stor skala ombes att träffa R.A.H.M. de Leeuw [verkställande direktör] och W. de Heer den 22 oktober 1996.

- 5) H.H.C. Notenboom [personalchef försäljning] ber GMAC att kontrollera återförsäljarnas lager för att fastställa antalet bilar i lager. Det antas att ett stort antal kan ha exporterats under tiden.

- 6) I kommande försäljningskampanjer kommer inte fordon som registreras utanför Nederländerna att räknas. Konkurrenterna tillämpar liknande villkor.

- 7) I.M. Aukema [chef för marknadsföring] tar bort exporterande återförsäljare från kampanjlistorna. Resultaten av kontrollerna bestämmer den framtida upptagningen på listan.

- 8) L.O.M. Aelen [personalchef finans] gör ett utkast till brev till återförsäljare med information om att från och med den 1 oktober 1996 kommer Opel Nederland BV att ta ut 150 gulden för att på begäran tillhandahålla officiella importdeklarationer som typgodkännanden och för att iordningställa tullhandlingar för vissa skattebefriade fordon (t.ex. till diplomater).”

- 8 Efter skrivelserna av den 28 och den 29 augusti 1996 och återförsäljarnas svar, sände Opel Nederland den 30 september 1996 en andra skrivelse till de berörda 18 återförsäljarna. Denna skrivelse löd som följer:

”... Ert brev var en besvikelse för oss eftersom det visar att ni inte har någon förståelse för alla Opel-återförsäljares och Opel Nederlands gemensamma intressen. Vår redovisningsavdelning kommer att granska er redovisning. Under den tid granskningen pågår kommer ni inte att få information om kampanjer eftersom vi tvivlar på att era detaljistsiffror är korrekta ...”

- 9 Granskningarna pågick mellan den 19 september och den 27 november 1996.

- 10 Den 24 oktober 1996 sände Opel Nederland ett cirkulär till samtliga återförsäljare avseende försäljning till slutkonsumenter i utlandet. I cirkuläret angavs att det står återförsäljarna fritt att sälja till slutkonsumenter bosatta inom Europeiska unionen och slutkonsumenterna får också använda sig av ombud.

- 11 Till följd av upplysningar om att Opel Nederland systematiskt hindrade export av nya motorfordon från Nederländerna till andra medlemsstater, antog kommissionen den 4 december 1996 ett beslut om undersökningar enligt artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Undersökningarna genomfördes den 11 och den 12 december 1996 hos Opel Nederland och hos Van Twist, en Opel-återförsäljare i Dordrecht (Nederländerna).

- 12 Den 12 december 1996 sände Opel Nederland ut riktlinjer till återförsäljarna avseende försäljning av nya motorfordon till handlare och ombud.

- 13 Den 20 januari 1998 meddelade Opel Nederland sina återförsäljare i ett cirkulär att regeln att inte medge bonus vid exportförsäljning hade upphävts med retroaktiv verkan.

- 14 Den 21 april 1999 delgav kommissionen sökandena ett meddelande om anmärkningar.

- 15 Opel Nederland och General Motors Nederland ingav genom skrivelse av den 21 juni 1999 sitt yttrande över meddelandet om anmärkningar.

- 16 De yttrade sig även inför kommissionens behöriga tjänstemän vid ett förhör den 20 september 1999.

- 17 Den 20 september 2000 antog kommissionen beslut 2001/146/EG om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/36.653 — Opel) (EGT L 59, 2001, s. 1) (nedan kallat det ifrågasatta beslutet), vilket delgavs sökandena den 27 september 2000.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 18 Sökandena har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 november 2000.
- 19 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (andra avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och att som en processledande åtgärd anmoda parterna att besvara vissa skriftliga frågor. Parterna efterkom denna anmodan.
- 20 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 10 december 2002.
- 21 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

- i andra hand upphäva eller nedsätta de böter som fastställts i det ifrågasatta beslutet,

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

22 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan,

- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Det ifrågasatta beslutet

- 23 Genom det ifrågasatta beslutet påfördes sökandena böter om 43 miljoner euro för åsidosättande av artikel 81.1 EG. Kommissionen fastställde i det ifrågasatta beslutet att Opel Nederland hade ingått avtal med Opelåterförsäljarna i Nederländerna i syfte att begränsa eller förbjuda exportförsäljning av fordon av märket Opel till slutkonsumenter som var bosatta i andra medlemsstater och till Opelåterförsäljare som var etablerade i andra medlemsstater.
- 24 Följande huvudpåståenden ligger till grund för kommissionens slutsats: För det första antog Opel Nederland i september 1996 en allmän strategi som syftade till

att begränsa eller hindra all exportförsäljning från Nederländerna. För det andra verkställdes Opel Nederlands allmänna strategi genom enskilda åtgärder som genomfördes i samförstånd med återförsäljarna inom ramen för det faktiska fullgörandet av återförsäljaravtalen. Åtgärderna kom att bli en integrerad del av den avtalsmässiga relation som Opel Nederland hade med återförsäljarna i dess selektiva distributionssystem i Nederländerna.

25 Enligt det ifrågasatta beslutet ingick bland annat följande åtgärder i den allmänna strategin:

- en strategi med begränsade leveranser som innebar att leveranserna begränsades på grundval av befintliga säljprognoser, tillämpad från början av oktober 1996 till den 24 oktober 1996 på försäljningen till slutkonsumenter, och från början av oktober 1996 till den 12 december 1996 på försäljningen till andra Opelåterförsäljare,

- en restriktiv bonuspolicy, enligt vilken man undantog exportförsäljning till slutkonsumenter från bonuskampanjer avseende detaljförsäljningen, tillämpad från den 1 oktober 1996 till den 20 januari 1998,

- ett direkt exportförbud utan åtskillnad, som tillämpades från den 31 augusti 1996 till den 24 oktober 1996 på försäljningen till slutkonsumenter, och från den 31 augusti 1996 till den 12 december 1996 på försäljningen till andra Opelåterförsäljare.

- 26 Vad gäller bötesbeloppets fastställande angavs i det ifrågasatta beslutet att kommissionen i enlighet med artikel 15 i förordning nr 17 skall ta hänsyn till alla relevanta omständigheter och särskilt till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.
- 27 Kommissionen klassificerade i det ifrågasatta beslutet överträdelsen som mycket allvarlig, på grund av att Opel Nederland hade uppställt hinder för förverkligandet av den inre marknaden. Kommissionen beaktade därvid den starka ställning som varumärket Opel har på de berörda marknaderna i Europeiska unionen. Det angavs i det ifrågasatta beslutet att överträdelsen visserligen gällde den nederländska marknaden för försäljning av nya motorfordon, men att även marknader i andra medlemsstater berördes. Samtliga de medlemsstater där priserna på Opelbilar före skatt var betydligt högre än i Nederländerna måste nämligen betraktas som potentiella källor vad gäller efterfrågan vid export. Opel Nederland påstods ha agerat uppsåtligt, eftersom det måste ha haft vetskap om att de ifrågavarande åtgärderna hade till syfte att begränsa konkurrensen. Kommissionen drog slutsatsen att böter skulle fastställas till ett belopp som var lämpligt i förhållande till överträdelsens mycket allvarliga karaktär, och som var tillräckligt avskräckande för att förhindra att den upprepades. 40 miljoner euro ansågs vara en lämplig utgångspunkt för fastställandet av bötesbeloppet.
- 28 Vad gäller överträdelsens varaktighet gjorde kommissionen gällande att den pågick från slutet av augusti eller början av september 1996 fram till januari 1998, det vill säga under 17 månader, vilket innebär att den klassificerades som en överträdelse av medellång varaktighet.
- 29 Kommissionen ansåg att med beaktande av varaktigheten av var och en av de tre specifika åtgärderna, skulle beloppet på 40 miljoner euro ökas med 7,5 procent, det vill säga 3 miljoner euro, vilket medförde att bötesbeloppet ökade till 43 miljoner euro.

- 30 Kommissionen ansåg slutligen att det inte fanns några förmildrande omständigheter i fallet, bland annat beroende på att Opel Nederland efter de kontroller som genomfördes den 11 och den 12 december 1996 hade fortsatt med ett av överträdelsens mest väsentliga inslag, nämligen den restriktiva bonuspolicyn.

Den rättsliga bedömningen

- 31 Till stöd för sin talan har sökandena i första hand anfört fyra grunder. Den första avser frånvaron av bevis för vissa delar av den konstaterade överträdelsen. Den andra, den tredje och den fjärde grunden avser faktiska och rättsliga fel som begicks vid tillämpningen av artikel 81 EG.
- 32 Sökandena har i andra hand anfört en femte grund om åsidosättande av proportionalitetsprincipen och riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna).

A — Första grunden: Bland annat frånvaron av bevis för att Opel Nederland antog en allmän strategi som syftade till att begränsa all export

Parternas argument

- 33 Sökandena har bestritt att Opel Nederland någonsin skulle ha antagit en strategi avsedd att hindra eller begränsa all export utan åtskillnad. Ett noggrant studium

av de handlingar som kommissionen stöder sig på, bland annat sammanträdesprotokollet av den 26 september 1996, visar att strategin endast syftade till att hindra den otillåtna exportförsäljningen till icke-auktoriserade återförsäljare, vilken var förbjuden enligt gällande återförsäljaravtal, och inte till att begränsa den tillåtna exporten till slutkonsumenter eller till andra auktoriserade återförsäljare.

- 34 Sökandena har i detta sammanhang först gjort gällande att kommissionen till stor del baserar sina påståenden på interna arbetsdokument som inte återger företagets policy, och som i alla händelser inte är beviskraftiga. Arbetsdokumenten visar endast hur den interna debatten fördes bland Opel Nederlands personal avseende tänkbara strategier, föranledd av en stark misstanke om att vissa återförsäljare ägnade sig åt export i stor skala till icke-auktoriserade återförsäljare. Slutsatsen att Opel Nederland sökt hindra all export utan åtskillnad får varken stöd i lydelsen av beslutet av den 26 september 1996 eller i den tidigare interna e-postväxlingen.
- 35 För det andra har sökandena angivit att när de bevis som framlagts av kommissionen sätts i sitt rätta sammanhang framgår det att de ingick i den lagliga strategi som Opel Nederland antog, och som bestod i att den otillåtna försäljningen till icke-auktoriserade återförsäljare hindrades. Sett i sitt rätta sammanhang återger beslutet av den 26 september 1996 en policy som utarbetades för att minska omfattningen av den otillåtna exporten till icke-auktoriserade återförsäljare och för att säkra att målet nås för de speciella försäljningskampanjer som är avsedda att främja försäljningen i Nederländerna.
- 36 För det tredje har sökandena gjort gällande att det gjordes tydlig åtskillnad mellan den tillåtna exportförsäljningen och den otillåtna exportförsäljningen i samtliga de meddelanden som sändes till återförsäljarna.

- 37 För det fjärde har sökandena hävdad att de inte utesluter att vissa distriktschefer kan ha missförstått innebörden av beslutet av den 26 september 1996, och att de vid enskilda samtal med vissa återförsäljare kan ha givit dessa ett felaktigt intryck av att Opel Nederland sökte begränsa all export utan åtskillnad. Emellertid kan detta tillfälliga missförstånd hos vissa personer inte utgöra bevis för att företaget hade en sådan allmän strategi.
- 38 För det femte har sökandena angivit att det faktum att företaget vidtog korrigerande åtgärder så snart det insett att beslutet av den 26 september 1996 kunnat missförstås även det bekräftar att det inte hade en strategi som syftade till att förhindra all export. De har bland annat hänvisat till det cirkulär som sändes till samtliga återförsäljare den 24 oktober 1996. Kommissionen har enligt sökandena fel i sitt påstående att cirkuläret endast avsåg försäljningen till slutkonsumenter. Vad gäller den bonuspolicy företaget beslutade om den 26 september 1996, har sökandena hävdad att denna policy inte gavs upp vid det tillfället, beroende på att systemet ansågs försvarbart med beaktande av gemenskapens konkurrensregler, och att den under alla omständigheter inte syftade till att förhindra den tillåtna exporten. När Opel Nederland den 20 januari 1998 beslutade upphäva bonussystemet med retroaktiv verkan, hade kommissionen inte påtalat att systemet stred mot artikel 81 EG.
- 39 Att det inte fanns någon strategi, såsom påståtts, visas, för det sjätte, av att inga sanktionsåtgärder vidtogs, vare sig vid tillåten eller vid otillåten export. Inga återförsäljaravtal sades upp, trots att det visats att flera återförsäljare begått grava avtalsbrott, och ingen återförsäljare förvägrades leverans av fordon på grund av fordonets bestämmelseort eller på grund av några system med begränsade leveranser.
- 40 Slutligen har sökandena gjort gällande att artikel 81 EG endast var tillämplig på den strategi som Opel Nederland påstods ha, om strategin hade accepterats av

dess återförsäljare. Sökandena har, med hänvisning till förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383), punkt 176, hävdade att det inte är förekomsten av någon strategi eller förmodad avsikt hos Opel Nederland att minska exporten som är det viktiga, utan snarare innebörden av de avtal som faktiskt ingåtts med återförsäljarna. Emellertid har det aldrig existerat något avtal, uttryckligt eller underförstått, mellan Opel Nederland och dess återförsäljare avseende ett system med begränsade leveranser eller en restriktiv bonuspolicy, i strid med artikel 81 EG. Det var endast under en mycket kort period mellan oktober och december 1996 som ett mycket begränsat antal återförsäljare (nämligen 9 av totalt 150) förband sig att helt avstå från export.

- 41 Kommissionen har själv medgivit att återförsäljarna inte aktivt hade anslutit sig till den av Opel Nederland förda policyn. Det följer av domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen att ett ensidigt handlande från Opel Nederlands sida inte kan strida mot artikel 81 EG.
- 42 Kommissionen anser att sökandenas argument skall underkännas.

Förstainstansrättens bedömning

- 43 Förstainstansrätten skall först granska den argumentation i det ifrågasatta beslutet som ligger till grund för påståendet att Opel Nederland den 26 september 1996 antog ett beslut av vilket det framgår att det fanns en allmän strategi som syftade till att förhindra eller begränsa exporten från Nederländerna till andra medlemsstater.

- 44 Det följer av punkterna 17 och 21 i det ifrågasatta beslutet att kommissionens påstående grundas på en tolkning av det protokoll som förts vid ett sammanträde som ledningen för Opel Nederland höll den 26 september 1996. I protokollet redogjordes för de åtgärder som fastslagits vid sammanträdet. Kommissionen har förvisso, i punkterna 18–20 i det ifrågasatta beslutet, även hänvisat till interna dokument från tiden före sammanträdet den 26 september 1996 (nämligen en skrivelse från den försäljningsansvarige av den 15 juli 1996, försedd med en handskriven anmärkning av försäljnings- och marknadsföringsdirektören, en skrivelse av den 18 september 1996 från verkställande direktören och en skrivelse från personalchefen (finans) av den 23 september 1996), men dessa hänvisningar syftar endast till att redogöra för det sammanhang i vilket beslutet av den 26 september 1996 ingick. I punkt 21 i det ifrågasatta beslutet anges vidare att Opel Nederlands beslut av den 26 september 1996 hade antagits efter interna överväganden.
- 45 I motsats till vad sökandena har gjort gällande, grundas kommissionens påståenden alltså inte på interna arbetsdokument som inte återger företagets policy. Såsom kommissionen med rätta gjort gällande i sina inlagor, grundas påståendena på protokollet från ledningens sammanträde den 26 september 1996. Detta protokoll utgör ett slutgiltigt dokument avseende de åtgärder som vidtogs av de högst ansvariga inom Opel Nederland.
- 46 Därefter skall det prövas huruvida det kritiserade beslutet av den 26 september 1996 visar på förekomsten av en allmän strategi hos Opel Nederland för att hindra eller begränsa exporten i dess helhet, såsom kommissionen har hävdat, eller snarare, såsom sökandena har hävdat, en laglig strategi för att begränsa den otillåtna försäljningen till icke-auktoriserade återförsäljare, vilken var förbjuden enligt gällande återförsäljaravtal.
- 47 Det skall i detta avseende först anges att det inte görs någon åtskillnad i protokollets lydelse mellan den export som sker i enlighet med återförsäljaravtalen och den export som sker i strid med dessa. Enligt protokollets lydelse avser

de vidtagna åtgärderna all export. Sökandenas påstående att Opel Nederland endast sökt begränsa den export som stred mot återförsäljaravtalen stöds inte på något sätt av protokollets text.

- 48 Riktigheten i denna tolkning, som baserats på protokollets lydelse, bekräftas vid läsningen av de tre interna dokumenten som föregick beslutet av den 26 september 1996. Dokumenten visar att de ansvariga inom Opel Nederland från andra halvåret 1996 oroades av ökningen av exporten, och att de övervägde olika åtgärder som syftade till att begränsa, om än inte stoppa, all export, och inte endast den export som stred mot bestämmelserna i återförsäljaravtalen. Det dokument av den 23 augusti 1996 som omnämns i punkt 65 i det ifrågasatta beslutet, i vilket det står att läsa att "[å]tgärder kommer att vidtas (tillsammans med juridiska avdelningen) för att 'stoppa' exporten helt", bekräftar att de ansvariga inom Opel Nederland hade denna inställning.
- 49 Opel Nederlands beslut att inte längre bevilja bonus vid exportförsäljning kunde av naturliga skäl endast beröra den försäljning som skedde i överensstämmelse med återförsäljaravtalen, eftersom bonus aldrig hade beviljats för annan försäljning än den som skedde till slutkonsumenter.
- 50 Kommissionens tolkning bekräftas även av det faktum att man då beslutet antogs ännu inte hade utfört kontrollerna hos de återförsäljare som misstänktes ha ägnat sig åt exportförsäljning, och att Opel Nederland alltså inte visste om de "exporterande" återförsäljarna verkligen hade accepterat försäljning till icke-auktoriserade återförsäljare.
- 51 Det är dessutom så, i likhet med vad kommissionen har påpekat i sina inlagor, att om de högst ansvariga inom Opel Nederland hade velat göra åtskillnad mellan den tillåtna och den otillåtna exporten, är det inte troligt att de skulle ha

underlåtit att klart nämna detta i sitt beslut av den 26 september 1996. En sådan åtskillnad är nämligen fundamental i den berörda sektorn, på grund av bestämmelserna i förordningarna nr 123/85 och nr 1475/95.

- 52 Sökandena har vidare inte anfört att det skulle finnas några andra dokument hos Opel Nederland från den aktuella tiden, av vilka man klart skulle kunna utläsa att företaget endast sökte minska den otillåtna exporten.
- 53 De meddelanden som sändes till återförsäljarna, som till exempel de som omnämns av sökandena, i vilka en uttrycklig åtskillnad sägs vara gjord mellan den tillåtna och den otillåtna exporten, utgörs nämligen av dels dokument som härrör från tiden långt före den som är aktuell i förevarande mål, dels dokument som utarbetats från och med den 24 oktober 1996, då Opel Nederland, enligt vad bolaget självt uppgivit, vidtog korrigerande åtgärder. Slutsatserna om Opel Nederlands beteende under den period som sträckte sig från juli till oktober 1996 motsägs alltså inte av innehållet i dessa dokument.
- 54 I likhet med vad kommissionen har angivit i sina inlagor är den omständigheten att Opel Nederland vidtog korrigerande åtgärder från och med oktober 1996 inte heller av betydelse för bedömningen av huruvida det förelåg en restriktiv strategi före det datumet.
- 55 Slutligen, såsom kommissionen med rätta gjort gällande i sina inlagor, innebär inte avsaknaden av sanktionsåtgärder mot återförsäljarna att man kan utesluta att en allmän, restriktiv strategi förekommit, särskilt inte när beslutet att inte vidta åtgärder mot de återförsäljare som hade brutit mot sina återförsäljaravtal, såsom anges i punkt 93 i det ifrågasatta beslutet, inte antogs förrän den 23 december 1996, det vill säga efter kommissionens undersökningar som genomfördes den 11 och den 12 december 1996.

- 56 Av detta följer att kommissionens slutsats att Opel Nederland den 26 september 1996 antog en allmän strategi i syfte att förhindra all export var riktig.
- 57 Vidare skall förstainstansrätten pröva sökandenas argument, att förekomsten av en allmän strategi hos Opel Nederland saknade betydelse med avseende på tillämpningen av artikel 81 EG, såvitt den inte hade godkänts av dess återförsäljare eller, med andra ord, om den endast bestod i ett ensidigt agerande.
- 58 Då det inte föreligger avtal mellan företag omfattas ett företags ensidiga agerande, utan ett annat företags uttryckliga eller underförstådda medverkan, inte av artikel 81.1 EG (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière, REG 1966, s. 227, s. 358, svensk specialutgåva, volym 1, s. 251, av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkt 38, svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, och av den 17 september 1985 i de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford mot kommissionen, REG 1985, s. 2725, punkt 21).
- 59 Det ifrågasatta beslutet är på flera ställen tvetydigt, bland annat i punkterna 103 och 136, avseende huruvida kommissionen gör gällande att den allmänna strategin som sådan utgör en överträdelse av artikel 81.1 EG.
- 60 I punkterna 111 och 142 och följande punkter i det ifrågasatta beslutet, om bedömningen av Opel Nederlands beteende med avseende på artikel 81 EG, görs däremot en tydlig åtskillnad mellan den allmänna strategin och de tre enskilda åtgärder som påstås ha vidtagits inom ramen för strategin. De sistnämnda blev enligt kommissionen en integrerad del av distributionsavtalen mellan Opel Nederland och dess återförsäljare, och tillsammans utgör de överträdelsen och föremålet för det ifrågasatta beslutet.

- 61 Under dessa omständigheter kan sökandenas argument inte godtas.
- 62 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på sökandenas första grund.

B — Andra grunden: Felaktig bedömning av sakomständigheter och felaktig rättstillämpning vid bedömningen att Opel Nederland genomförde systematiska leveransrestriktioner i strid med artikel 81 EG

Parternas argument

- 63 Sökandena har medgivit att Opel Nederland den 26 september 1996 beslutade att informera ett flertal återförsäljare om att varje återförsäljare på grund av leveransproblem tills vidare endast skulle tilldelas det antal fordon som angivits i försäljningsriktlinjerna ("Sales Evaluation Guide", nedan kallad SEG). Opel Nederland ansåg att en begränsning av det antal fordon som levererades till de 21 återförsäljare som misstänktes ägna sig åt otillåten försäljning kunde rättfärdigas av en otillräcklig tillgång.
- 64 Sökandena har emellertid gjort gällande, för det första, att beslutet av den 26 september 1996 att använda SEG som gräns för produkttilldelningen aldrig sattes i verket. Ingen order vägrades någonsin av det skälet att återförsäljaren därigenom skulle ha kommit att överträda sin kvot enligt SEG, eller någon annan kvot. På det praktiska planet var det inte möjligt att sätta ett sådant system med leveransbegränsningar i verket på grund av teknikaliteter i det beställningssystem, kallat "GM*Drive", som används inom General Motors företagsgrupp. Så snart en återförsäljare gjort en beställning på ett korrekt sätt behandlas den automatiskt av systemet, utan Opel Nederlands medverkan.

- 65 För det andra har sökandena angivit att beslutet av den 26 september 1996 aldrig meddelades återförsäljarna, vilka följaktligen inte kan anses ha samtyckt till ett system med leveransbegränsningar. Sökandena har i detta avseende hänvisat till domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen. Enligt sökandena finns det inget som visar, och det har aldrig medgivits av Opel Nederland, att en återförsäljare fått besked om att beställningar som överskrider SEG, eller är inom gränsen för SEG-målen men som avser export, inte skulle accepteras.
- 66 Det faktum att Opel Nederland vidtog korrigerande åtgärder i oktober och december 1996 kan inte heller anses vara ett bevis på att det påstådda systemet med restriktioner hade meddelats och satts i verket. Dessa korrigerande åtgärder var endast avsedda som ett svar på de indikationer man fått på att vissa återförsäljare hade fått den felaktiga uppfattningen att Opel Nederland förbjöd export. Genom åtgärderna bekräftades endast återförsäljarnas rätt att ägna sig åt avtalsenlig exportförsäljning, och ingenstans i dem hänvisades det till leveransbegränsningar.
- 67 För det tredje har sökandena gjort gällande att det under alla omständigheter inte angavs i beslutet av den 26 september 1996 att efterlevnad av ett exportförbud var en förutsättning för leveranser, och följaktligen begränsades inte återförsäljarnas frihet att utnyttja de volymer som de tilldelats för avtalsenlig exportförsäljning.
- 68 Även om Opel Nederland hade använt SEG som tak för tilldelningen, skulle detta ha varit en ensidig åtgärd som inte är att likställa med ett avtal som ingåtts med återförsäljarna för att begränsa exporten. Dessutom bedömdes återförsäljarnas prestationer inom ramen för SEG med utgångspunkt i det totala antalet sålda fordon, oavsett deras bestämningsort. Återförsäljarna "straffades" följaktligen inte för att de valde att hellre exportera än att sälja inom sitt eget säljområde.

- 69 Sökandena anger i sin replik att beslutet av den 26 september 1996 att använda SEG vid tilldelningen av leveranser inte innebar en ändring av de avtalsvillkor som reglerar förhållandet mellan Opel Nederland och dess återförsäljare, eftersom det inte någonstans i det standardavtal som gäller för återförsäljning föreskrivs en skyldighet för Opel Nederland att tillhandahålla de kvantiteter som återförsäljarna beställer. Det står Opel Nederland helt fritt att efter eget skön välja huruvida det skall acceptera varje enskild beställning.
- 70 Kommissionen har för det första gjort gällande att meddelandet om systemet med begränsade leveranser till de återförsäljare som utpekats som exportörer var tillräckligt för att systemet skulle integreras i de avtal som reglerade distributionen. För att beslutet skall anses verkställt krävs inte att man påvisar ett avslag i ett konkret fall på en beställning från en återförsäljare.
- 71 För övrigt kan den åtgärd som innebar att leveranserna begränsades till vad som beräknats i SEG anses ha haft konkurrensbegränsande verkningar inom den gemensamma marknaden från den stund de integrerades i distributionsavtalen genom meddelande till de berörda återförsäljarna. Det kan förutses att återförsäljarna får ett större intresse av att betjäna sina lokala kunder när leveranserna begränsas, och att de upphör med eller minskar sin exportförsäljning. Denna exporthämmande verkan är huvudsakligen en följd av Opel Nederlands system för att fastställa försäljningsmål och bedöma återförsäljarnas resultat. Enligt kommissionen avser SEG-målen huvudsakligen det område som återförsäljaren har tilldelats. Detta följer också av de objektiva ekonomiska fördelarna med försäljningen till lokala kunder, eftersom varje beställning avsedd för export blir svår att tillgodose om den inhemska efterfrågan som beräknats för återförsäljarens avtalade område förverkligas, samt av de sammantagna verkningarna av de begränsade leveranserna och Opel Nederlands bonussystem.
- 72 Även om bevis saknas för att en beställning från en återförsäljare verkligen har avvisats, utgör ändringen av de avtalsvillkor som gäller för leverans av fordon till återförsäljare ett avtal som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída

konkurrensen. Denna ändring av villkoren är i sig sådan att den kan medverka till en avskärmning av de nationella marknaderna och följaktligen hindra den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i fördraget.

- 73 Enligt kommissionen är sökandenas påståenden vad gäller beställningssystemet GM*Drive föga övertygande. Det är svårt att tro att en exportpolicy som har beslutats av ledningen för Opel Nederland skulle vara underordnad de tekniska detaljerna i beställningssystemet.
- 74 Kommissionen har tillagt att sökandena inte ens har försökt påvisa att det förekommit sådana produktionsföreningar som skulle ha påverkat hela deras produktsortiment och som skulle ha kunnat ge begränsningspolicyn ett berättigande. Under alla omständigheter kan kommissionens beteckning av Opel Nederlands policy avseende fordonstilldelning, som en åtgärd som var avsedd att avgränsa den nederländska marknaden, inte ifrågasättas med hänvisning till eventuella produktionsproblem, eftersom syftet var att förhindra eller avskräcka från export. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen (REG 2000, s. II-2707), punkt 89.
- 75 Kommissionen har för det andra gjort gällande att beslutet av den 26 september 1996 verkligen hade meddelats återförsäljarna. Enligt beslutets ordalydelse skulle återförsäljarna "komm[a] att informeras" om nämnda politik. Distriktscheferna förväntades agera i enlighet härmed "inom två veckor". Inget tyder på att det beslut som fattades den dagen kom att ändras eller tonas ned i några avseenden, innan det verkställdes av de ansvariga, däribland distriktscheferna. I början av oktober månad 1996 tog distriktscheferna verkligen kontakt med de berörda återförsäljarna. Vid de inledande besöken informerade de dem om exportverksamhet. Det förefaller inte troligt att distriktscheferna endast delvis skulle uppfyllt sitt uppdrag och att de skulle ha underlåtit att informera återförsäljarna om systemet med begränsade leveranser. Kommissionen har dessutom påpekat att de övriga delarna av beslutet av den 26 september 1996, nämligen kontrollerna, bonuspolicyn och utskicket av en andra skrivelse till de exporterande återförsäljarna, verkställdes fullt ut. Slutligen kan sökandenas

påstående, att det inte är uteslutet att vissa distriktschefer kan ha informerat ett begränsat antal återförsäljare muntligen om att det antal bilar som beräknats i SEG huvudsakligen var avsett för den nederländska marknaden, inte tolkas som något annat än ett partiellt medgivande som styrker de övriga delarna.

- 76 För det tredje har kommissionen gjort gällande att de ändringar som gjordes av den policy som meddelades återförsäljarna kom att ingå i avtalet dem emellan. Kommissionen har därvid hänvisat till rättspraxis, enligt vilken en återförsäljares inträde i en säljorganisation medför att denne anses ha accepterat den policy som tillverkaren och dess leverantör antagit, och att deras pågående affärsförbindelse regleras av ett i förväg upprättat allmänt avtal (domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, Ford mot kommissionen, punkt 21, och Volkswagen mot kommissionen, punkt 236). Hänvisningen får i förevarande fall stöd av artikel 7.3 i de kompletterande bestämmelserna till standardavtalet för återförsäljarna av år 1992, i vilken avtalet definieras och det klargörs att det skall tolkas med beaktande av alla senare tillägg och ändringar.
- 77 Vad gäller sökandenas argument om att det inte föreligger någon avtalsmässig skyldighet att leverera, har kommissionen dels gjort gällande att detta är en ny rättslig grund som i enlighet med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte kan tas upp till sakprövning. Dels har kommissionen hävdats att Opel Nederland, genom åtgärden avseende begränsade leveranser utvidgade sitt utrymme för skönsmässig bedömning med en ny bestämmelse avseende de maximala kvantiteter som de åsyftade exporterande återförsäljarna tilldelades.

Förstainstansrättens bedömning

- 78 Förstainstansrätten påpekar för det första att det, såsom framgår av punkt 3 i protokollet från sammanträdet av den 26 september 1996, vilken citeras i punkt 7

ovan, är ostridigt mellan parterna att ledningen för Opel Nederland beslutade informera de återförsäljare som hade utpekats som exportörer om att leveransvolymerna i framtiden skulle komma att begränsas till det antal som beräknats i SEG för varje återförsäljare.

- 79 Frågan är huruvida denna åtgärd utgör ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Såsom det erinras om i punkt 58 ovan, omfattas inte ett företags ensidiga agerande av denna bestämmelse.
- 80 Kommissionen har i detta avseende gjort gällande, i punkt 37 i det ifrågasatta beslutet, att de berörda återförsäljarna informerades om beslutet avseende systemet med begränsade leveranser och att beslutet ”därmed” genomfördes. I punkt 105 i det ifrågasatta beslutet sägs det att det rör sig om en restriktion som åläggs återförsäljarna. I punkt 111 hävdar kommissionen apropå de tre åtgärder som anförts, att dessa genomfördes i samförstånd inom ramen för det praktiska fullgörandet av återförsäljaravtalen, och, ånyo, att de hade avtalats med återförsäljarna.
- 81 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att det inte anges några direkta bevis i det ifrågasatta beslutet för att åtgärden i fråga skulle ha meddelats återförsäljarna.
- 82 I punkt 36 i det ifrågasatta beslutet anmärks endast att Opel Nederland inte bestrider att de berörda återförsäljarna till följd av beslutet av den 26 september 1996 kan ha fått felaktig information eller ett felaktigt intryck av att företaget hade för avsikt att tillämpa en restriktiv policy avseende leveranserna, eller förväntade sig att återförsäljarna i fråga skulle minska eller upphöra med exporten, utan att en tydlig åtskillnad gjordes mellan de olika slagen av transaktioner, samt att Opel Nederland medgivit, i sitt yttrande över meddelandet om anmärkningar, att vissa av dess distriktschefer kan ha informerat vissa återförsäljare muntligen om att de försäljningsmål som angavs i deras respektive

SEG främst var avsedda för den nederländska marknaden. Avseende distriktschefernas roll och ställning i företagets organisation sägs det i punkt 37 i det ifrågasatta beslutet att "[m]an ... därför [kan] dra slutsatsen att den åtgärd som vidtogs av distriktscheferna, och som Opel Nederland ... hänvisar till, utgjorde en direkt följd av det beslut som fattades den 26 september 1996, och att detta beslut därmed genomfördes". Det faktum att de enskilda kontrollerna (som nämns i punkt 1 i protokollet från sammanträdet av den 26 september 1996) faktiskt genomfördes och att distriktscheferna lämnade rapporter från sina första besök sägs bekräfta denna slutsats. Slutligen påpekas det i punkt 37 att Opel Nederland ansåg det nödvändigt att vidta korrigeringar i oktober och december 1996.

- 83 Opel Nederland har emellertid i sitt yttrande över meddelandet om anmärkningar klart bestritt att återförsäljarna skulle ha informerats, inte ens felaktigt, om ett system med begränsade leveranser, knutet till SEG. Det medgivande som det antas ha gjort, till vilket det hänvisas i punkt 36 i det ifrågasatta beslutet, avser nämligen inte denna åtgärd utan ett eventuellt felaktigt meddelande från vissa distriktschefer om att SEG först och främst skulle avse den nederländska marknaden och att Opel Nederland sökte begränsa all export utan åtskillnad. Kommissionen har således, för att visa att den särskilda åtgärden i fråga meddelats återförsäljarna, felaktigt anfört att inget bestridande gjorts och att Opel Nederland gjort ett medgivande.
- 84 Vidare gavs försäljnings- och marknadsföringsdirektören W. de Heer, enligt vad som anges i punkt 2 i beslutet av den 26 september 1996, i uppdrag att svara samtliga återförsäljare som hade besvarat den första skrivelsen från Opel Nederland avseende exportverksamhet, för att informera dem om kontrollerna "och om att produktbrist kommer att innebära att tilldelningen begränsas". Emellertid är det så, att även om de skrivelser som W. de Heer sände till de berörda den 30 september 1996, för att fullgöra sitt uppdrag, förvisso innehåller god information om kontrollerna, innehåller de däremot ingenting om vare sig de påstådda leveranssvårigheterna eller den begränsade tilldelning av fordon som förväntades bli följden av dessa.

- 85 Eftersom det förefaller som om försäljnings- och marknadsföringsdirektören för Opel Nederland, tvärtemot vad som uttryckligen hade beslutats fyra dagar tidigare, själv avstod från att nämna de begränsade leveranserna i sin skrivelse av den 30 september 1996 till de berörda återförsäljarna, saknar kommissionen grund för att åberopa avsaknaden av varje tecken på att beslutet av den 26 september 1996 skulle ha ändrats eller mildrats i vissa avseenden innan det verkställdes av de ansvariga, och även för att göra gällande att "de övriga delarna av beslutet av den 26 september 1996" hade "verkställts fullt ut". Kommissionen saknar också grund för sitt antagande att distriktscheferna, vilkas ställning är underordnad försäljnings- och marknadsföringsdirektörens, och vilka därför antas ha handlat i enlighet med sina instruktioner (se punkt 37 i det ifrågasatta beslutet), spontant skulle ha tagit initiativ till att nämna vissa leveransproblem vid sina besök hos de berörda återförsäljarna i oktober 1996.
- 86 De övriga omständigheter på vilka det ifrågasatta beslutet grundas är på sin höjd indicier på att kommissionens påstående om att återförsäljarna informerats om åtgärden skulle vara riktigt.
- 87 Inte heller av handlingarna i övrigt kan slutsatsen dras att åtgärden i fråga verkligen genomfördes. Inte endast saknas bevis, vilket kommissionen har medgivit, på att en enda beställning av en återförsäljare skulle ha avisats med hänvisning till att den skulle ha medfört att återförsäljarens SEG överskreds, utan det kan dessutom utläsas av de sifferuppgifter som ingivits av sökandena som svar på en skriftlig fråga av förstainstansrätten avseende SEG för berörda återförsäljare år 1996, att de återförsäljare som hade överskridit, ibland med bred marginal, sin personliga SEG för år 1996 redan i september samma år, fortsatte att göra beställningar och ta emot leveranser under de månader som följde. Kommissionen har inte bestritt att dessa sifferuppgifter i sig är riktiga. Följaktligen kan inte existensen av det påstådda avtalet heller påvisas med hänvisning till att beslut fattats om åtgärder avseende dess tillämpning eller genomförande, då existensen av dessa åtgärder inte kunnat styrkas.
- 88 Förstainstansrätten anser att det under dessa omständigheter inte är tillräckligt styrkt att åtgärden avseende begränsade leveranser meddelades återförsäljarna,

och ännu mindre att denna åtgärd skulle ha kommit att bli en del av den avtalsmässiga förbindelsen mellan Opel Nederland och dess återförsäljare. Det skall i detta avseende erinras om att det ankommer på kommissionen att införskaffa tillräckligt exakta och samstämmiga bevis till stöd för att den påstådda överträdelsen har ägt rum (domstolens dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen, REG 1984, s. 1679, punkt 20, och förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-185/96, T-189/96 och T-190/96, Riviera Auto Service m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-93, punkt 47).

- 89 Av detta följer att talan kan vinna bifall såvitt avser den andra grunden, och att det saknas anledning att pröva de övriga argument som framförts inom ramen för denna grund.

C — Tredje grunden: Felaktig bedömning av sakomständigheter och felaktig rättstillämpning vid bedömningen att Opel Nederland genomförde ett restriktivt bonussystem i strid med artikel 81 EG

Parternas argument

- 90 Sökandena har inte bestritt att exportförsäljningen till slutkonsumenter ej längre berättigade till bonus efter beslutet av den 26 september 1996. De har emellertid bestritt att denna policy skulle kunna betecknas som ett avtal som de ingått med återförsäljarna för att i strid med artikel 81 begränsa exporten.
- 91 De har för det första gjort gällande att det saknas bevis för att återförsäljarna uttryckligen eller underförstått skulle ha accepterat att begränsa den tillåtna exportförsäljningen som svar på Opel Nederlands nya policy avseende bonus.

Återförsäljarnas fortsatta medverkan i bonuskampanjer visar att återförsäljarna accepterade att inte få bonus för exportförsäljning, men detta är emellertid inte tillräckligt för att visa förekomsten av ett konkurrensbegränsande avtal med återförsäljarna, i strid med artikel 81 EG, om exporten i praktiken fortsatt i samma utsträckning som tidigare. I domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen bekräftade förstainstansrätten att kommissionen hade missförstått begreppet gemensam vilja när den ansåg att fortsatta affärsförbindelser med tillverkaren, efter det att denne hade fattat beslut om och ensidigt genomfört en ny policy, var liktydigt med att grossisterna hade samtyckt här till trots att deras beteende de facto tydligt stred mot denna policy.

- 92 Av sifferuppgifterna framgår att återförsäljarna fortsatte att exportera under hela den period policyn var i kraft, vilket visar att de inte accepterade en exportbegränsning. Sökandena har hänvisat till en rapport av National Economic Research Associates (NERA) av den 21 juni 1999, som visar att volymerna för den avtalsenliga exportförsäljningen inte påverkades av att exporten undantogs från bonuskampanjerna. Under dessa omständigheter går det inte att göra gällande att återförsäljarna accepterade någon exportbegränsning i strid med artikel 81 EG.
- 93 För det andra har sökandena gjort gällande att bonuspolicyn inte syftade till att begränsa konkurrensen. Tvärtom var syftet med systemet att uppmuntra försäljningen i Nederländerna. Opel Nederland ville inte att bonuskampanjerna skulle utgöra ytterligare ett incitament till export, vilket inte är detsamma som att ha exportbegränsning som syfte. De normala marginalerna för återförsäljarna i Nederländerna är tillräckligt stora för att göra exporten lönsam utan bonustilllägg.
- 94 För det tredje har sökandena angivit att bonuspolicyn inte ledde till att konkurrensen begränsades. De relevanta dokumenten visar tvärtom att volymen av den tillåtna exporten inte märkbart minskade av att Opel Nederland utslöt

exportförsäljning till slutkonsumenter från bonuskampanjerna. Detta är inte överraskande, eftersom uteslutandet av exportförsäljningen varken minskade återförsäljarnas incitament till, eller kapacitet för, tillåten exportförsäljning. I detta sammanhang har sökandena hävdade att återförsäljarnas normala marginal på försäljning av Opelbilar uppgår till 5–15 procent av nettopriset enligt katalogen, vilket innebär att de har en reell möjlighet att göra vinst på exportförsäljningen utan bonustillägg.

- 95 En bonuspolicy som utesluter export till slutkonsumenter från bonuskampanjerna i detaljhandelsledet kan endast utgöra en begränsning av exporten om den är kopplad till en leveransbegränsning. I sådana fall skulle återförsäljaren kunna ha intresse av att reservera det begränsade antal fordon han förfogar över för den inhemska marknaden, för att få rätt till bonustilläggen. Opel Nederland har emellertid aldrig genomfört någon restriktiv policy avseende leveranserna. Följaktligen kan bonuspolicyn inte ha haft någon som helst konkurrensbegränsande verkan. Under alla omständigheter har det i själva det ifrågasatta beslutet erkänts att den påstått restriktiva policyn avseende leveranserna övergavs den 24 oktober 1996 vad beträffar försäljning till slutkonsumenter. Kommissionen har följaktligen åtminstone misstagit sig beträffande påståendet att bonuspolicyn avseende detaljhandelsförsäljningen stred mot artikel 81.1 EG från och med den 24 oktober 1996 (och fram till den 28 januari 1998).
- 96 Kommissionen har bestritt att de argument som anförts av sökandena är välgrundade.

Förstainstansrättens bedömning

- 97 Förstainstansrätten påpekar för det första att det är ostridigt mellan parterna, såsom framgår av punkterna 6 och 7 i protokollet från sammanträdet av den

26 september 1996, att ledningen för Opel Nederland beslutade att utesluta exportförsäljningen ur bonussystemet. Det är även ostridigt att beslutet efterföljdes vid ett flertal försäljningskampanjer från den 1 oktober 1996 till den 20 januari 1998, vilket var det datum då åtgärden upphävdes med retroaktiv verkan genom ett cirkulär till återförsäljarna.

- 98 Liksom kommissionen har påpekat i sina inlagor, är det dessutom så att även om sökandena har bestritt att genomförandet av åtgärden utgör ett avtal mellan Opel Nederland och dess återförsäljare, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, behandlades bonusansökningarna från den 1 oktober 1996 i enlighet med då gällande villkor, som innebar att exportförsäljning uteslöts ur bonussystemet. De nya villkoren kom på så vis att ingå i återförsäljaravtalen mellan Opel Nederland och dess återförsäljare och de blev en del av en helhet av pågående affärsförbindelser som reglerades av ett dessförinnan träffat allmänt avtal. Åtgärden i fråga utgör således inte en ensidig åtgärd, utan ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG (domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, punkt 38, och Ford mot kommissionen, punkt 21).
- 99 Såsom klargörs i punkt 135 i det ifrågasatta beslutet, grundas detta huvudsakligen på antagandet att de påstådda åtgärderna hade till syfte att begränsa konkurrensen. Det skall därför även prövas huruvida åtgärden i fråga kan betecknas som en åtgärd som har till syfte att begränsa konkurrensen.
- 100 Kommissionen har i detta avseende med rätta hävdad att när bonus inte längre beviljades för exportförsäljning minskade det ekonomiska handlingsutrymme återförsäljarna hade för sådan försäljning i förhållande till det som de hade för inhemsk försäljning. Återförsäljarna tvingades nämligen att antingen erbjuda de utländska kunderna villkor som var mindre förmånliga än dem som erbjöds de

inhemska kunderna, eller nöja sig med en mindre marginal vid exportförsäljning. Genom att dra in bonusen vid exportförsäljning blev denna mindre intressant för de utländska kunderna eller för återförsäljarna. Åtgärden var alltså i sig ägnad att ha en negativ inverkan på exporten, även i avsaknad av leveransbegränsningar.

- 101 Det framgår dessutom av prövningen av den första grunden att de åtgärder som beslutades av ledningen för Opel Nederland var föranledda av ökningen av exportförsäljningen, och syftade till att minska denna.
- 102 Med beaktande av såväl åtgärdens karaktär som dess syfte och mot bakgrund av det ekonomiska sammanhang i vilket den skulle vidtas, kan det i enlighet med fast rättspraxis fastställas att den utgör ett avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkt 7, av den 8 november 1983 i mål 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 23–25, och domen i det ovannämnda målet CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 26).
- 103 Denna analys av åtgärdens syfte innebär dessutom att sökandenas påstående, att utslutandet av exportförsäljningen från bonussystemet motiverades av att bonusen var avsedd att uppmuntra försäljningen i Nederländerna, saknar betydelse. De argument som sökandena framfört till stöd för detta påstående, avseende såväl det faktum att den inhemska försäljningen ofta medför återköp som förekomsten av en speciell bilskatt i Nederländerna (BPM), är varken samstämmiga eller konkret understödda.
- 104 Enligt fast rättspraxis, och i likhet med vad kommissionen har anmärkt i sina inlagor, är det inte nödvändigt att vid tillämpning av artikel 81.1 EG beakta de faktiska verkningarna av ett avtal, när det framgår att avtalet har till syfte att

hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, s. 494, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkterna 12–14). Parternas argument avseende de faktiska verkningarna av åtgärden i fråga skall följaktligen inte prövas.

105 I övrigt kan sökandenas argument, att de sifferuppgifter som anges i NERA:s rapport visar att exportförsäljningen inte påverkades av åtgärden i fråga, förkastas. Det kan nämligen inte på grund av dessa sifferuppgifter, av vilka det framgår att exportförsäljningen inte upphörde under perioden oktober 1996 till januari 1998, uteslutas att exportförsäljningen skulle ha varit större utan åtgärden i fråga. I punkt 135 i det ifrågasatta beslutet påpekas med rätta att det är omöjligt att avgöra hur många försäljningar per export som faktiskt hindrades genom de åtgärder som Opel Nederland vidtog.

106 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje grunden.

D — Fjärde grunden: Felaktig bedömning av sakomständigheter och felaktig rättstillämpning vid bedömningen att Opel Nederland genomförde ett direkt exportförbud i strid med artikel 81 EG

Parternas argument

107 Sökandena har inledningsvis påpekat att de inte anser det vara uteslutet att vissa chefer vid Opel Nederland kan ha missuppfattat innebörden av beslutet av den

26 september 1996, vars enda syfte var att få exporten till icke-auktoriserade återförsäljare att upphöra, och att dessa chefer vid enskilda samtal med vissa återförsäljare kan ha givit dessa ett felaktigt intryck av att Opel Nederland sökte begränsa all export utan åtskillnad, eller att de underlätit att reagera på vissa återförsäljares för långt gångna ”åtaganden”. Detta kan emellertid på sin höjd ha bidragit till åtaganden med kort varaktighet av de nio återförsäljare som utpekats i det ifrågasatta beslutet (det vill säga återförsäljarna Van Zijll, Staals, och Spoomaker, och senare, Hemera, Göttgens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling och Nedam) och begränsade hur som helst inte märkbart konkurrensen mellan varumärken eller inom varumärket.

- 108 Vad gäller den i det ifrågasatta beslutet angivna första etappen av det påstådda förbudet (kallad ”Interna överväganden och instruktioner”), vilken föregick Opel Nederlands skrivelse till vissa återförsäljare den 28 och 29 augusti 1996, har sökandena gjort gällande att inget av de dokument som omnämns av kommissionen, med undantag för en isolerad händelse i juni 1995 som avsåg Tigra och en som avsåg Spoomaker, visar att Opel Nederland utsatt vissa återförsäljare för kontroller och givit dem varningar i samband med avtalsenlig exportverksamhet. De olika delarna av denna etapp rörde interna förslag till åtgärder som inte meddelades de enskilda återförsäljarna.
- 109 Avseende den i det ifrågasatta beslutet angivna andra etappen av förbudet (kallad ”Den första varningsskrivelsen [av den 28–29 augusti 1996] och efterföljande händelser”), har sökandena påpekat att ett begränsat antal återförsäljare informerades genom skrivelsen i fråga om Opel Nederlands misstankar vad gällde avtalsenligheten av en del av deras försäljning, och de ombads bekräfta att de uppfyllde sina avtalsmässiga skyldigheter. Skrivelsen var tydligt avfattad och innehöll inte någon uppmaning till återförsäljarna att åta sig att upphöra med den avtalsenliga exporten. Samtliga de åtaganden som återförsäljarna Van Zijll och Staals gjorde var ensidiga, och föranledda av Van Zijlls och Staals insikt om att deras exportverksamhet stred mot återförsäljaravtalet.

- 110 Avseende den i det ifrågasatta beslutet angivna tredje etappen av förbudet (kallat "Beslutet av den 26 september 1996 och efterföljande händelser"), har sökandena hävdade att syftet med beslutet av den 26 september 1996 var att bevara det selektiva distributionssystemet intakt, efter det att man sett tydliga tecken på att det förekom otillåten export i stor skala till icke-auktoriserade återförsäljare. Enligt sökandena kan de inte förebrås för att ha beslutat om kontrollerna, vilka endast syftade till att identifiera försäljningen till icke-auktoriserade återförsäljare och alla andra brott mot återförsäljaravtalet.
- 111 Sökandena anser att "avtalen" under alla omständigheter endast berörde nio återförsäljare under en kort period, och att de inte medförde någon märkbar begränsning av konkurrensen. I detta avseende har kommissionen varken beaktat de inblandade återförsäljarnas begränsade antal, eller den korta varaktigheten av ett eventuellt avtal. Sökandena har erinrat om att en övervägande andel av de 150 återförsäljarna inte hyste något tvivel om sin rätt att genomföra exportförsäljning under den aktuella perioden, och att det som kommissionen anförde endast berörde de återförsäljare som exporterade till Tyskland.
- 112 Enligt sifferuppgifterna var verkningarna av den påstådda överträdelsen minimala. Sökandena har bland annat hänvisat till NERA:s rapport, i vilken det anges att det inte finns något samband mellan den konstaterade minskningen av exporten och de åtgärder som vidtogs av sökandena. Eftersom de korrigerande åtgärderna vidtogs den 24 oktober 1996, varade den påstådda överträdelsen endast några veckor och inverkan kan endast ha varit minimal. Tvärtemot vad som påståtts av kommissionen, anser sökandena att kommissionen ändå är skyldig att visa vilken konsekvens eller verkan exportförbudet skulle ha haft. Även om det förelåg ett absolut områdesskydd enligt avtalen, kan påverkan på marknaden ha varit minimal (domstolens dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk, REG 1969, s. 295, punkterna 5-7, svensk specialutgåva, volym 1, s. 409, och av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico, REG 1998, s. I-1983, punkt 17).

- 113 Kommissionens påstående att kontrollerna var ett påtryckningsinstrument kan inte godtas. Tvärtom innebar kontrollerna att beskedet om att avtalsenlig export var tillåten underförstått framfördes. Om sökandena hade velat stoppa den avtalsenliga exporten hade det inte behövts en kontroll.
- 114 Enligt sökandena åtog sig återförsäljaren Van Zijll redan den 31 augusti 1996 att inte exportera, det vill säga bevisligen före samtalet med försäljnings- och marknadsföringsdirektören, vilket ägde rum den 17 september 1996. Vad gäller återförsäljaren Staals ägde inget samtal rum och denne hade ensidigt, efter en intern diskussion, beslutat upphöra med all export. Avseende det åtagande som återförsäljaren Loven gjorde i oktober 1996, har sökandena erinrat om att de korrigerande åtgärderna vidtogs den 24 oktober 1996, endast några veckor senare.
- 115 Den skrivelse av den 30 september 1996 som även sändes till de återförsäljare som hade bekräftat att deras export var avtalsenlig, förklarades av att kontrollerna visade att 17 av de 21 kontrollerade återförsäljarna hade brutit mot återförsäljaravtalet. Avsikten med samtalen med distriktscheferna var att göra en förhandsundersökning för att fastställa vilken slags export som gjordes.
- 116 Vad gäller den första etappen, det vill säga ”Interna överväganden och instruktioner”, har kommissionen inledningsvis påpekat att även om de interna handlingar som omnämns i det ifrågasatta beslutet inte sändes till återförsäljarna är de ändå till hjälp vid tolkningen av Opel Nederlands strategi, och framför allt för att vederlägga sökandenas argument, enligt vilka företagets policy endast var att bekämpa den otillåtna exporten, oavsett vilken information återförsäljarna ”felaktigt” hade fått.
- 117 Vad gäller den andra etappen anser kommissionen att skrivelsen av den 28 och den 29 augusti 1996 hade till syfte att skapa en hotfull stämning som skulle

avskräcka återförsäljarna från att genomföra även tillåten export, samt från att motsätta sig framtida initiativ från Opel Nederland som syftade till att hindra eller minska den sammantagna exporten.

- 118 Denna tolkning får stöd av att tecken saknas på att Opel Nederlands handlande skulle ha grundats på bevis för att uppfyllandet av de försäljningsmål som samtliga återförsäljare hade på sina respektive avtalade områden verkligen hade påverkats. Det fanns ingen anledning till att de lokala resultaten skulle påverkas, förutsatt att Opel Nederland inte begränsade leveranserna. Bland annat det faktum att företaget nämnde att misstanke förelåg om att återförsäljaravtalet inte följdes till ord och mening, innan kontrollerna ägt rum och utan att bevis för avtalsbrott angavs, förefaller dölja ett hot, vilket stöds av att den andra varningsskrivelsen sändes som svar på vissa återförsäljares rättmätiga protester.
- 119 Att syftet var att göra återförsäljarna medvetna om den strategi som Opel Nederland utarbetat för att begränsa även den avtalsenliga exportförsäljningen framgår vidare av de tillgängliga rapporterna över kontakten med vissa återförsäljare. Det gäller i synnerhet försäljnings- och marknadsföringsdirektörens reaktion på Wolves Autoservices svar på den första skrivelsen. Även om Wolves gjorde gällande att det endast sålt till tyska slutkonsumenter och det ännu inte hade blivit kontrollerat, begärde direktören i fråga att den ansvariga distriktschefen skulle informera Wolves om att "han främst [var] utsedd för sitt eget område" och om att "[p]rioriteringen [skulle] ligga i Nederländerna".
- 120 Sökandenas påstående, att återförsäljaren Van Zijlls åtagande att upphöra med export var ensidigt, är ohållbart. Skrivelsen av den 28 och den 29 augusti 1996 hade nämligen föregåtts av en diskussion med de försäljningsansvariga vid Opel Nederland avseende "för stor export", och den följdes omedelbart av ett sammanträde med en direktör vid dess moderbolag Nimox, vilken lovade att diskutera frågan med Van Zijll för att få ett slut på denna export.

- 121 Det åtagande som återförsäljaren Staats gjorde två dagar senare att inte längre exportera nya fordon var inte heller ett ensidigt handlande.
- 122 I sitt argument att återförsäljarna insåg att deras export inte var i överensstämmelse med återförsäljaravtalet har sökandena inte beaktat den omständigheten att två återförsäljare, nämligen Loven och Spoomaker, även de åtagit sig att upphöra med all export, trots att de endast ägnade sig åt tillåten export.
- 123 Vad gäller den tredje etappen har kommissionen gjort gällande att kontrollerna inte endast syftade till att identifiera de återförsäljare vars handlande inte var avtalsenligt. Opel Nederlands vägran att lämna information om pågående försäljningskampanjer innan återförsäljarnas redovisningar granskats av den avdelning som var ansvarig för kontrollerna medförde att samtliga exportörer bestraffades, och förstärkte således budskapet att all export skulle bringas att upphöra, eller minskas.
- 124 Kommissionen har erinrat om att det stora flertalet av de berörda återförsäljarna, som svar på skrivelsen av den 28 och den 29 augusti 1996, meddelade att deras försäljning skedde helt i enlighet med återförsäljaravtalet. Trots att Opel Nederland vid slutet av september månad ännu inte hade kunnat bevisa motsatsen, skrev det ändå i den andra skrivelsen av den 30 september 1996 följande: ”Ert brev var en besvikelse för oss eftersom det visar att ni inte har någon förståelse för alla Opel-återförsäljares och Opel Nederlands gemensamma intressen.” Återförsäljarna hade all anledning att fråga sig vad som förväntades av dem avseende exporten, i deras ”gemensamma intresse...”, utöver den respekt för återförsäljaravtalet som de bekräftat.
- 125 Kommissionen anser det inte vara nödvändigt att bevisa att samtliga återförsäljare uttryckligen accepterade policyn med exportförbud. Återförsäljarna ansågs i enlighet med artikel 7.3 i de kompletterande bestämmelserna till återförsäljaravtalet ha accepterat policyn så snart de fått meddelande om den. Bevisen för att

vissa återförsäljare ingick uttryckliga avtal med Opel Nederland om att upphöra med exporten, tjänar följaktligen endast till att styrka denna slutsats.

- 126 Kommissionen har gjort gällande att ett avtal av relativt kort varaktighet om att upphöra med export kan utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen under den tid det tillämpas. Följaktligen skall ett sådant avtals verkningar på konkurrensen inte bedömas i förhållande till avtalets varaktighet, vilken beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet.
- 127 De återförsäljare som uttryckligen gick med på att upphöra med sin exportverksamhet stod för 65 procent av all export under den ifrågavarande perioden.
- 128 Kommissionen har bestritt sökandenas påstående att avtalen endast rörde exporten till Tyskland. Opel Nederlands ansträngningar drabbade exportörer av fordon till Tyskland och Österrike, eftersom dessa båda länder föreföll vara de huvudsakliga målen för exportverksamheten, men exporten till samtliga övriga medlemsstater påverkades också av åtgärden. Den bevisliga avskärmningen av den nederländska marknaden i förhållande till den tyska marknaden är under alla omständigheter tillräcklig i sig för att en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstater skall kunna fastställas.
- 129 Kommissionen har, med hänvisning till domstolens dom i det ovannämnda målet Volkswagen mot kommissionen, erinrat om att det inte är nödvändigt att vid tillämpning av artikel 81.1 EG beakta de faktiska verkningarna av ett avtal, när det framgår att avtalets syfte är att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden. De granskade åtgärderna kunde genom sin beskaffenhet påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det kan med tillräcklig grad av sannolikhet förutses att de direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kunde påverka handelsutbytet mellan medlemsstater.

Förstainstansrättens bedömning

Inledande överväganden

- 130 Den tredje åtgärd som Opel Nederland påstås ha vidtagit bestod, enligt punkt 110 i det ifrågasatta beslutet, i ett direkt förbud eller en direkt begränsning av exporten, som genomfördes med hjälp av uppmaningar och förbud riktade till återförsäljarna mot exportförsäljning. Enligt vad som anges i nämnda punkt åtog sig ett flertal återförsäljare att avhålla sig från exportförsäljning, till följd av uppmaningarna.
- 131 I punkterna 79–87 i det ifrågasatta beslutet anges de omständigheter som enligt kommissionen utgör bevisen för att ett tiotal återförsäljare fick dessa uppmaningar (det vill säga Van Zijll, Wolves, Staals, Spoomaker, Hemera, Göttgens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling och Nedam), och att dessa således gentemot Opel Nederland åtog sig att inte genomföra ytterligare exportförsäljning.
- 132 Kommissionen har skilt ut tre etapper avseende åtgärdens tillkomst och genomförande: den första kallad ”Interna överväganden och instruktioner”, den andra ”Den första varningsskrivelsen [det vill säga skrivelsen av den 28 och den 29 augusti 1996 till återförsäljarna] och efterföljande händelser” och den tredje ”Beslutet av den 26 september 1996 och efterföljande händelser”.
- 133 Enligt vad som anges i punkterna 168 och 169 i det ifrågasatta beslutet genomfördes åtgärden från slutet av augusti eller början av september 1996 fram till december 1996. Startdatumet, det vill säga slutet av augusti eller början av september 1996, hänför sig till återförsäljaren Van Zijlls åtagande såsom detta framgår av en skrivelse av den 31 augusti 1996. Slutdatumet, december 1996,

hänför sig till Opel Nederlands andra ”korrigerande” cirkulärskrivelse till återförsäljarna av den 12 december 1996.

- 134 Det skall omgående understrykas att kommissionen inte har påstått att brottet mot konkurrensrätten ägde rum under den första etappen. Beskrivningen av den etappen, i punkterna 59–69 i det ifrågasatta beslutet, tjänar till att påvisa de omständigheter under vilka åtgärden, enligt kommissionen, internt övervägdes och utarbetades av de ansvariga vid Opel Nederland. Av beskrivningen framgår dessutom en händelse som ägde rum i juni 1995, nämligen att en uppmaning riktades till återförsäljaren Lathouwers att inte exportera modellen Tigra, men denna händelse saknar betydelse för det ifrågasatta beslutet, vilket avser de åtgärder som påstås ha vidtagits från slutet av augusti eller början av september 1996.
- 135 Förstainstansrätten skall följaktligen pröva parternas argument avseende den andra och den tredje etappen, såsom dessa anges i det ifrågasatta beslutet, och i första hand kommissionens centrala påstående att de tio återförsäljare som omnämnts ålades att avhålla sig från exportförsäljning och att de åtog sig detta.

Uppmaningarna till återförsäljarna

— Van Zijll

- 136 Sökandena har inte bestritt att återförsäljaren Van Zijll genom en skrivelse av den 23 augusti 1996 åtog sig att omedelbart upphöra med all sin exportverksamhet och att han upprepade detta åtagande vid ett möte med Opel Nederlands försäljnings- och marknadsföringsdirektör den 17 september 1996.

- 137 Skrivelsen av den 23 augusti 1996 finns inte med bland handlingarna i målet men dess existens framgår av en skrivelse från Van Zijll till Opel Nederland av den 4 november 1996 (se punkterna 80 och 81 i det ifrågasatta beslutet).
- 138 Frågan uppstår huruvida Van Zijlls åtagande var ett ensidigt handlande, vilket sökandena har påstått, eller om det var ett svar på ett incitament eller en uppmaning från Opel Nederlands sida, vilket kommissionen har gjort gällande.
- 139 I de två dokumenten från de ansvariga vid Opel Nederland av den 18 september 1996, omnämnda i punkt 80 i det ifrågasatta beslutet, anges, efter ett flertal samtal mellan Van Zijll och de ansvariga vid Opel Nederland, följande: "Van Zijll, som är den största [exportören], har gått med på att sluta.", respektive "Vi [det vill säga Nefkens från NIMOX, Van Zijlls moderbolag, J. H. Kirpestein (från Van Zijll) och W. De Heer (från Opel Nederland)] kom överens om att sluta med exportverksamheten." Dokumenten vittnar om att Van Zijlls åtagande erhöles efter att Opel Nederland hade ingripit. För övrigt är det föga sannolikt att återförsäljaren på eget initiativ skulle ha upphört med sin export, i strid med sina affärsintressen.

— Staals

- 140 Det är ostridigt mellan parterna att återförsäljaren Staals, i sin skrivelse till Opel Nederland av den 20 september 1996 (omnämnd i punkt 83 i det ifrågasatta beslutet), uttryckte sitt åtagande att upphöra med export, "på grund av de nackdelar det kan förorsaka" såväl Opel Nederland som Staals.

- 141 Kommissionens påstående att denna återförsäljares åtagande erhöles efter ingripande från Opel Nederlands sida får stöd av dokumentet av den 18 september 1996, omnämnt i punkt 139 ovan, i vilket följande anges:

”... Med de möjligheter vi har försöker vi att döda exportverksamheten. Van Zijll, som är den största [exportören], har gått med på att sluta. Vi jobbar på de andra.”

- 142 För övrigt är det, liksom i fallet Van Zijll, föga sannolikt att Staals på eget initiativ skulle ha upphört med sin export, i strid med sina affärsintressen.

— Spoomaker

- 143 Sökandena har inte bestritt att återförsäljaren Spoomaker, som hade mottagit en beställning av 14 fordon av modellen Astra från en österrikisk återförsäljare, redan i juli 1996 uppforderades att inte acceptera sådana beställningar. Det har inte heller bestritts att det framgår av ett dokument hos Opel Nederland av den 2 oktober 1996, omnämnt i punkt 87 i det ifrågasatta beslutet, att han upprepade sitt åtagande efter sitt samtal med distriktschefen den 1 oktober 1996.

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

- 144 Det framgår av ett internt meddelande av den 5 oktober 1996 från en distriktschef vid Opel Nederland, omnämnt i punkt 84 i det ifrågasatta beslutet, att dessa sex

återförsäljare åtog sig att omedelbart upphöra med all sin export efter distriktschefernas inledande besök, vilka hade genomförts i enlighet med Opel Nederlands beslut av den 26 september 1996.

— Wolves

- 145 Återförsäljaren Wolves Autoservice omnämns i punkt 82 i det ifrågasatta beslutet. Enligt en handskrivna anteckning av försäljnings- och marknadsföringsdirektören vid Opel Nederland på denna återförsäljares svarsskrivelse till Opel Nederlands skrivelse av den 28 och den 29 augusti 1996, omnämnd i punkt 82 i det ifrågasatta beslutet, ombads den ansvariga distriktschefen att ålägga dessa återförsäljare att koncentrera sig på sitt eget avtalade område. I det ifrågasatta beslutet nämns emellertid inte några andra dokument eller bevis för att Wolves skulle ha åtagit sig att inte exportera.
- 146 Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser förstainstansrätten att kommissionen har lagt fram tillräckligt exakta och samstämmiga bevis för att nio återförsäljare (nämligen Van Zijll, Staals, Spoormaker, Hemera, Göttgens-Beek, Loven, Canton-Reiss, Welling och Nedam) verkligen åtog sig, från slutet av augusti eller början av september 1996, att upphöra med exportförsäljning till följd av ett incitament med detta syfte från Opel Nederland.
- 147 Åtgärden är resultatet av Opel Nederlands och de ifrågavarande återförsäljarnas gemensamma vilja och utgör ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG, vilket kom att ingå i parternas existerande avtalsmässiga relation. Såsom kommissionen med rätta har anmärkt, i punkt 117 i det ifrågasatta beslutet, medför inte den omständigheten att återförsäljarnas samtycke inte lämnades utan viss påtryckning från Opel Nederlands sida, att förekomsten av ett avtal skall ifrågasättas.

- 148 Sökandenas påstående att återförsäljarnas åtagande var av ensidig karaktär kan således inte godtas.
- 149 I övrigt, tvärtemot vad sökandena har angivit, kan man inte göra tolkningen att åtagandena skulle vara resultatet av återförsäljarnas "dåliga samvete" över att ha ägnat sig åt försäljning i strid med det tillämpliga återförsäljaravtalet. Det visade sig nämligen vid kontrollerna att återförsäljarna Loven och Spoormaker aldrig hade genomfört export i strid med bestämmelserna i avtalet. Dessutom skulle ett "dåligt samvete" visserligen ha kunnat vara orsaken till ett åtagande att inte sälja till icke-auktoriserade återförsäljare, men det kan inte vara förklaringen till ett förbehållslöst åtagande att upphöra med all export.
- 150 Det skall vidare understrykas att det i det ifrågasatta beslutet inte anges några bevis för att några andra återförsäljare än de nio som nämnts skulle ha gjort samma åtagande. Kommissionens påstående att det inte endast rör sig om de nio återförsäljare för vilka det finns bevis för ett uttryckligt åtagande, utan om de totalt 20 återförsäljare som hade konstaterats vara exportörer, kan således inte godtas.
- 151 Enligt kommissionens sifferuppgifter, omnämnda i punkt 99 i det ifrågasatta beslutet, stod de nio återförsäljarna emellertid för 65 procent av all export i slutet av juni 1996. Dessa uppgifter har inte bestritts. Kommissionen har med rätta dragit slutsatsen att Opel Nederland tack vare dessa fåtaliga åtaganden kunde försäkra sig om att uppnå en avsevärd minskning av exportvolymen.
- 152 Sökandenas argument att de "kortlivade" avtalen med de nio återförsäljarna i fråga inte medförde någon märkbar begränsning av konkurrensen, och inte heller hade någon märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, kan inte godtas.

- 153 Kommissionen har nämligen med rätta hävdade att ett avtal av relativt kort varaktighet om att upphöra med export kan medföra en märkbar begränsning av konkurrensen och ha en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, under den tid det tillämpas, samt att överträdelsens varaktighet är en omständighet som beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet. Emellertid, med beaktande av varumärket Opels ställning på bilmärknaderna, bland annat den nederländska och den tyska, det antal fordon som sålts på export från Nederländerna under år 1996 och den omständigheten att de nio återförsäljarna stod för ungefär 65 procent av exporten, var åtgärdens inverkan på handeln mellan medlemsstater och på konkurrensen inte under några omständigheter obetydlig i den mening som avses i domarna i de ovannämnda målen Völk (punkterna 5–7) och Javico (punkt 16).
- 154 Eftersom det ifrågasatta beslutet dessutom, såsom angivits i punkterna 99 och 104 ovan, huvudsakligen grundas på antagandet att de åtgärder som vidtog Opel Nederland hade till syfte att begränsa konkurrensen, var kommissionen inte skyldig att påvisa deras verkan. Det framgår emellertid av prövningen av den första grunden att det är visat att Opel Nederland vidtog sina åtgärder inom ramen för en strategi som syftade till att begränsa exporten. Vad gäller i synnerhet den åtgärd som innebar ett direkt förbud, finner denna bedömning stöd i Opel Nederlands dokument av den 23 augusti 1996, omnämnt i punkt 65 i det ifrågasatta beslutet.
- 155 Följaktligen skall parternas argument avseende bedömningen av åtgärdernas konkreta verkan inte prövas vidare.
- 156 Utöver uppmaningar och åtaganden beaktade kommissionen Opels skrivelser av den 28 och den 29 augusti och av den 30 september 1996, vilka den betecknar som ”varningsskrivelser”, samt de kontroller som gjordes under september och till och med november 1996 hos de återförsäljare som bedrev exportverksamhet, och som även de, enligt kommissionen, var av hotfull karaktär.

- 157 Även om denna beteckning inte helt saknar grund med hänsyn till de två skrivelsernas lydelse och sammanhanget i vilket åtgärderna utarbetades, anser förstainstansrätten att kommissionen inte har visat att dessa handlingar är en del av överträdelsen. De båda skrivelserna och kontrollerna i fråga kan nämligen även tolkas så att de skulle vara av tillåtet slag, nämligen en kontroll av exportförsäljningen i syfte att uppdaga försäljning i strid med återförsäljaravtalen. Med reservation för dessa förtydliganden är förekomsten av den tredje åtgärden styrkt.
- 158 Vad gäller åtgärdens varaktighet anser förstainstansrätten att kommissionen med rätta har hävdat att cirkulärskrivelsen av den 24 oktober 1996 inte kan anses ha räckt för att få överträdelsen att upphöra med avseende på det exportförbud som riktats till de auktoriserade Opel-återförsäljarna. Skrivelsen rörde nämligen försäljningen till slutkonsumenter bosatta i andra medlemsstater, och det klargjordes inte i den att försäljning till andra Opel-återförsäljare, som var etablerade i andra medlemsstater, var tillåten.
- 159 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på sökandenas fjärde grund.

E — Andrahandsgrunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen och kommissionens riktlinjer avseende böter

- 160 Prövningen av de fyra huvudgrunderna leder inte till en ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet i dess helhet. Följaktligen skall den fjärde grund som anförts i andra hand granskas.

Parternas argument

- 161 Sökandena har i andra hand hävdad att de ålagda böterna på 43 miljoner euro inte står i rimligt förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet. Genom att fastställa bötesbeloppet till 43 miljoner euro har kommissionen överträtt artikel 15.2 i förordning nr 17, och åsidosatt proportionalitetsprincipen samt sina egna riktlinjer för beräkning av böter. Kommissionen har dessutom underlåtit att beakta avsaknaden av uppsåt att begå en överträdelse, överträdelsens begränsade inverkan på handeln inom gemenskapen och de korrigerande åtgärder som Opel Nederland omedelbart och på eget initiativ vidtog.
- 162 Sökandena anser att överträdelsen inte kan bedömas vara ”mycket allvarlig”. Kommissionen har felaktigt utgått ifrån förekomsten av en allmän strategi som syftade till att begränsa all export, trots att Opel Nederland endast sökte bevara sitt distributionssystem intakt och försäkra sig om att den bonus som var avsedd för de speciella kampanjer som skulle främja försäljningen inom Nederländerna tjänade sitt syfte.
- 163 I det ifrågasatta beslutet har den felaktiga slutsatsen dragits att överträdelsen hade kännbara konsekvenser för marknaden inom Europeiska unionen i dess helhet. Kommissionen har fel då den påstår att en åtgärds syfte är tillräckligt för att man skall kunna fastställa förekomsten av en överträdelse. Enligt riktlinjerna fordras en bedömning av de konkreta konsekvenserna på marknaden, om dessa är mätbara. Kommissionen har vägrat att beakta de ekonomiska bevis som anförts genom NERA:s rapport, enligt vilka de bestridda åtgärderna hade få eller inga konsekvenser.
- 164 Sökandena har gjort gällande att det enkla antagandet, att någon, vem som helst av de nio återförsäljarna, under den korta period som avses, skulle ha kunnat genomföra avtalsenlig exportförsäljning till Förenade kungariket eller vilken annan medlemsstat som helst, inte är tillräckligt för att fastställa att andra medlemsstater än Nederländerna och Tyskland ingått i det berörda geografiska området.

- 165 Ett grundbelopp på 40 miljoner euro för böterna, som påföljd för en överträdelse som varat i högst 104 dagar är överdrivet, i synnerhet när överträdelsen begåtts i förhållande till ett mycket ringa antal återförsäljare. I beslutet motiveras inte på något sätt detta grundbelopp.
- 166 Dessutom saknas helt referenser som skulle göra det möjligt för sökandena att jämföra storleken av grundbeloppet med motsvarande belopp i andra beslut av kommissionen på området.
- 167 I beslutet fastställs felaktigt att perioden för överträdelsen sträcker sig från den 31 augusti 1996 till den 20 januari 1998, trots att den påstådda överträdelsen på sin höjd pågick från den 31 augusti 1996 till den 24 oktober 1996 vad gäller försäljningen till slutkonsumenter, från början av oktober 1996 till den 12 december 1996 vad gäller försäljningen till andra Opel-återförsäljare och från början av oktober 1996 till den 24 oktober 1996 vad gäller den restriktiva bonuspolicyn. Ett totalt bötesbelopp på 43 miljoner euro, varav 3 miljoner euro endast avser överträdelsens varaktighet, för en överträdelse som pågått under tre månader är överdrivet i förhållande till kommissionens tidigare praxis på området.
- 168 Sökandena anser att beslutet även strider mot riktlinjerna för beräkning av böter genom att förmildrande omständigheter inte har beaktats, såsom att de otillåtna avtalen eller förfarandena inte genomdrivits i praktiken, att man upphört med överträdelsen före eller vid tillfället för kommissionens första ingripande, förekomsten av ett rimligt tvivel inom företaget avseende det restriktiva beteendets tillåtlighet och avsaknaden av uppsåt att begå överträdelsen. Samtliga dessa omständigheter är av betydelse i förevarande fall.
- 169 Såsom sökandena har hävdats inom ramen för den andra och den fjärde grunden, genomfördes den påstådda restriktiva policyn aldrig i praktiken. Opel Nederland försökte aldrig tillämpa ett direkt exportförbud utan åtskillnad, och under alla

omständigheter har det påstådda exportförbudet endast inbegripit nio återförsäljare.

- 170 Opel Nederland var föremål för ett omfattande bedrägeri och sökte inom lagens ramar begränsa försäljningen till icke-auktoriserade återförsäljare, samt säkra att dess bonuskampanjer avseende detaljhandeln hade ändamålsenlig verkan.
- 171 Opel Nederland vidtog omedelbart korrigerande åtgärder genom sina cirkulärskrivelser av den 24 oktober 1996 och av den 12 december 1996.
- 172 Opel Nederlund trodde på goda grunder att dess bonuspolicy var i överensstämmelse med konkurrensrätten. Enligt Opel Nederland hade kommissionen inte behövt vänta till april 1999 med att, i sitt meddelande om anmärkningar, informera företaget om att den ansåg att den ifrågasatt bonuspolicy stred mot artikel 81 EG.
- 173 Slutligen beror en eventuell överträdelse av artikel 81 EG till stor del på ett tillfälligt missförstånd avseende lagligheten i Opel Nederlands försök att bevara sitt selektiva distributionssystem intakt.
- 174 Kommissionen har gjort gällande att överträdelsens allvar är en följd av att Opel Nederland avsiktligt beslutade att bekämpa sina återförsäljares tillåtna och otillåtna export. Sökandenas påstående att överträdelsen hade kort varaktighet grundas på det felaktiga antagandet att överträdelsen begränsades till den period då de tre delarna av strategin för avskärmning av marknaden tillämpades. I själva verket var systemet för beviljande av bonus i sig ett brott mot konkurrensreglerna, försvårat av kampanjens övriga delar. I domen i det ovannämnda målet Volkswagen mot kommissionen ifrågasatte förstainstansrätten inte kommissio-

nens slutsats att ett diskriminerande bonussystem i sig utgör en mycket allvarlig överträdelse. Dessutom är överträdelsens varaktighet inte en omständighet som skall beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar eller vid beräkningen av utgångsbeloppet, utan vid fastställandet av det slutliga bötesbeloppet.

- 175 Kommissionen har gjort gällande att den gjorde en riktig bedömning av överträdelsens faktiska inverkan på marknaden, eftersom de marknader där prisnivån före skatt var märkbart högre än i Nederländerna, såsom i Tyskland, var potentiella källor vad gäller efterfrågan vid export. En sådan marknadsanalys bekräftades i domen i det ovannämnda målet Volkswagen mot kommissionen, i vilken förstainstansrätten fastställde att då kommissionen har fastställt att en biltillverkare har avskärmat en nationell marknad, följer det av detta i sig att transaktionerna till samtliga andra medlemsstater kan påverkas. Man kan för övrigt inte med ledning av de tillgängliga sifferuppgifterna med bestämdhet fastställa överträdelsens fullständiga inverkan, eller inverkan av dess olika delar, på exportvolymerna.
- 176 Kommissionen har ifrågasatt flera av de slutsatser som sökandena har dragit av NERA:s rapport. I rapporten har inte överträdelsens konsekvenser för de tyska slutkonsumenterna beaktats, och effekterna för de återförsäljare som är etablerade utanför Nederländerna har inte undersökts. Den baseras på den felaktiga föreställningen att begränsningarna av exporten inte vållade konsumenterna någon skada, eftersom de hade möjlighet att importera en likvärdig bil av annat märke från Nederländerna eller införskaffa den önskade Opel-modellen i en annan medlemsstat där prisnivån var låg. I rapporten felbedöms således överträdelsens effekter på gemenskapskonsumenternas utövande av sin rätt att köpa en valfri bil i en valfri medlemsstat.
- 177 Kommissionen har påpekat att fastställandet av bötesbeloppet inte är en helt matematisk övning. Varje fall bedöms separat och i vissa av de mål som nämnts av sökandena har den beaktat förmildrande omständigheter, vilket inte är aktuellt i förevarande fall. Kommissionen har hävdatt att grundbeloppet på 40 miljoner euro är i överensstämmelse med dess tidigare praxis på området.

- 178 Kommissionen har erinrat om att domstolen i sin dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen* (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 106, ansåg att kommissionens befogenhet att ålägga böter inte endast syftar till att bestraffa individuella överträdelse, utan dess uppgift är även att föra en allmän politik på konkurrensområdet. När kommissionen bedömer hur allvarlig en överträdelse är skall den följaktligen inte bara ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, utan även det sammanhang inom vilket överträdelsen har begåtts, och säkerställa att dess åtgärder har tillräckligt avskräckande verkan, framför allt vad beträffar sådana överträdelse som är särskilt skadliga. Domstolen förklarade dessutom att det var tillåtet för kommissionen att höja bötesnivån då det rörde sig om upprepade överträdelse vars rättsstridighet var väl fastställd. Det förefaller naturligt att en tydlig, uppsåtlig och mycket allvarlig överträdelse av konkurrensreglerna, avsedd att avskärma en nationell marknad från den övriga gemenskapen, som begåtts av en stor producent av ett varumärke av stort värde, vilken inte avskräckts från att handla på så sätt, trots kommissionens ansträngningar under mer än 30 år, kan bli bötfälld med ett utgångsbelopp på 40 miljoner euro.
- 179 Enligt kommissionen kan ingen av de förmildrande omständigheter som anförts av sökandena godtas i förevarande fall.

Förstainstansrättens bedömning

Inledande överväganden

- 180 Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 får kommissionen genom beslut ålägga företag böter, om dessa uppsåtligen eller genom underlåtenhet har överträtt bestämmelserna i artikel [81.1] EG, om lägst 1 000 euro och högst 1 miljon euro, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen.

Bötesbeloppet skall bestämmas med hänsyn till såväl hur allvarlig överträdelsen är som till hur länge den har pågått.

- 181 Enligt artikel 17 i samma förordning har domstolen oinskränkt rätt enligt fördragets artikel 172 (nu artikel 229 EG) att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten. Domstolen kan upphäva, sätta ned eller höja ålagda böter eller viten.
- 182 År 1998 antog kommissionen riktlinjer för beräkning av böter för att, enligt första skälet i dokumentet, säkerställa öppenheten och objektiviteten i dess beslut inom detta område.
- 183 I andra skälet i riktlinjerna anges att kommissionens nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet följer ett i riktlinjerna föreskrivet schema, vilket bygger på ett grundbelopp som kan ökas för att beakta försvårande omständigheter och minskas för att beakta förmildrande omständigheter. Grundbeloppet fastställs, enligt punkt 1 i riktlinjerna, på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet.
- 184 I punkt 1 A i riktlinjerna anges att man vid bedömningen av överträdelsens allvar skall beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden. Överträdelserna delas således in i tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser (möjliga belopp: från 1 000 till 1 miljon euro), allvarliga överträdelser (möjliga belopp: från 1 miljon till 20 miljoner euro) och mycket allvarliga överträdelse (möjliga belopp: från 20 miljoner euro).

- 185 Enligt punkt 1 B i riktlinjerna måste en överträdelses varaktighet beaktas för att skilja mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år: inget tilläggsbelopp), överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år: tilläggsbeloppet kan uppgå till 50 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar) och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år: tilläggsbeloppet kan för varje år fastställas till 10 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar).
- 186 I punkterna 2 och 3 i riktlinjerna görs en icke uttömmande uppräknig av försvårande respektive förmildrande omständigheter som kommissionen i förekommande fall beaktar.
- 187 I det ifrågasatta beslutet görs ingen uttrycklig hänvisning till riktlinjerna. Däremot har kommissionen förklarat och motiverat bötesåläggandet mot bakgrund av riktlinjerna i sina inlagor.
- 188 Gemenskapsdomstolen är i sin bedömning av böterna inte bunden av riktlinjerna. Den har därvidlag, enligt artikel 17 i förordning nr 17, full prövningsrätt. Å andra sidan, även om kommissionen får fastställa bötesbeloppet i enlighet med metoden i riktlinjerna, måste den hålla sig inom ramen för de påföljder som fastställs i artikel 15 i förordning nr 17.
- 189 Bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i ärendet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som absolut skall tas i beaktande (domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611, punkt 54, och i

det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33). Enligt fast rättspraxis har dessutom kommissionen inom ramen för förordning nr 17 befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar när den fastställer bötesbeloppet för att därigenom kunna främja att företagen iakttar konkurrensreglerna (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59, av den 11 december 1996 i mål T-49/95, Van Megen Sports mot kommissionen, REG 1996, s. II-1799, punkt 53, och av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127). Det åligger inte desto mindre förstainstansrätten att kontrollera om det ålagda bötesbeloppet står i proportion till överträdelsens allvar och varaktighet (domen i det ovannämnda målet Deutsche Bahn mot kommissionen, punkt 127), och att göra en avvägning mellan överträdelsens allvar och de omständigheter som klaganden åberopat (domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 48).

Böterna

- 190 I punkterna 175–202 i det ifrågasatta beslutet har kommissionen angivit sina argument för att ålägga sökandena böter på 43 miljoner euro, böter som de enligt artikel 3 i det ifrågasatta beslutet är solidariskt ansvariga för. I korthet har kommissionen klassificerat överträdelsen som ”mycket allvarlig” — med beaktande av överträdelsens art, dess konkreta inverkan på marknaden, i de fall denna varit mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden — och av ”medellång varaktighet”, medan den inte fastställt några förmildrande omständigheter, och ej heller några försvårande.
- 191 Förstainstansrätten bedömer att klassificeringen av överträdelsen som ”mycket allvarlig” är rättfärdigad och vederbörligen motiverad i det ifrågasatta beslutet. Bortsett från dess varaktighet, hade överträdelsen till syfte att avskärma den inre marknaden. En sådan uppenbar överträdelse av konkurrensrätten är till sin natur särskilt allvarlig. Den motverkar gemenskapens mest grundläggande mål och särskilt förverkligandet av den inre marknaden (dom av den 22 april 1993 i mål T-9/92, Peugeot mot kommissionen, REG 1993, s. II-493, punkt 42; svensk specialutgåva, volym 14, s. II-53).

- 192 Överträdelsens karaktär blir än allvarligare på grund av sökandenas storlek och varumärket Opels betydelse på den europeiska marknaden, i synnerhet på de nederländska och tyska marknaderna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 120), och på grund av att den begåtts trots den varning som kommissionens tidigare beslutspraxis utgör och trots fast rättspraxis på området för parallellimport, i synnerhet inom bilsektorn.
- 193 Vad gäller överträdelsens konsekvenser för marknaden och storleken av den geografiska marknaden i fråga, anger kommissionen först, i punkt 184 i det ifrågasatta beslutet, att överträdelsen berörde den nederländska marknaden för försäljning av nya motorfordon, men att den även påverkade marknaderna i andra medlemsstater, i synnerhet i Tyskland.
- 194 Det finns grund även för denna bedömning. I första hand berör överträdelsen de nederländska och tyska marknaderna, men i princip kan marknaderna i samtliga de medlemsstater där priset före skatt på Opelbilar under den ifrågasatta perioden var märkbart högre än i Nederländerna betraktas som potentiella källor vad gäller efterfrågan vid export. Det skall emellertid medges att kommissionen inte har anfört några omständigheter som konkret tyder på att det under den aktuella tiden fanns en efterfrågan från konsumenter eller Opel-återförsäljare som var bosatta eller etablerade i andra medlemsstater än Tyskland, med undantag för en förfrågan i juli 1996 från en Opel-återförsäljare som var etablerad i Österrike, omnämnd i punkt 86 i det ifrågasatta beslutet.
- 195 Kommissionen har vidare angivit, i punkt 185 i det ifrågasatta beslutet, att en åtgärds konkurrensbegränsande syfte är tillräckligt för att en överträdelse skall kunna fastställas, och att det inte föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17 att överträdelsen måste bedömas genom hänvisning till dess faktiska verkningar på marknaden, det vill säga den skada som åsamkas köparna av produkterna i fråga.

- 196 Fastän detta påstående inte är felaktigt, har kommissionen underlåtit att påpeka att den i sina egna riktlinjer, punkt 1 A, uttryckligen har åtagit sig att vid bedömningen av överträdelsens allvar, utöver överträdelsens art och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden, beakta dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar. I förevarande fall har samtliga dessa kriterier dessutom anförts i punkt 177 i det ifrågasatta beslutet.
- 197 Emellertid har kommissionen, såsom har angivits i punkt 105 ovan, med rätta hävdad att det i förevarande fall är omöjligt att avgöra hur många exportförsäljningar som faktiskt hindrades genom åtgärderna. Med hänsyn till de volymer som handeln omfattade under de sju första månaderna år 1996 (1496 exporterade fordon enligt punkt 64 i det ifrågasatta beslutet), är det emellertid rimligt att anta att effekterna av den tredje åtgärden, som bestod i en direkt begränsning av exporten från de nio återförsäljarna i fråga, var betydande. De sifferuppgifter som redovisats av sökandena som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten ger i övrigt intryck av att antalet beställningar från ett flertal av de 21 "exporterande" återförsäljarna under oktober, november och december 1996 sjönk märkbart i förhållande till de föregående månaderna samma år. Effekterna av bonuspolicyn är å andra sidan mer osäkra, eftersom den visserligen fick till följd att exportförsäljningen blev mindre förmånlig, men det inte har visats att exportförsäljningen blev olönsam.
- 198 Kommissionen har även, i punkterna 189–193 i det ifrågasatta beslutet, beaktat den omständigheten att Opel Nederland handlade uppsåtligen och inte har kunnat vara omedveten om att åtgärderna i fråga hade till syfte att begränsa konkurrensen. Även denna bedömning är berättigad. Det framgår av dokumenten av den 3 och den 12 september 1996, omnämnda i punkterna 51 och 27 i det ifrågasatta beslutet, att Opel Nederland var medvetet om att exportbegränsningen och bonuspolicyn var förbjudna enligt gemenskapsrätten. Även om företaget skulle ha hyst tvivel avseende huruvida dess bonuspolicy var förenlig med konkurrensrätten, har det dock underlåtit att, före eller efter de kontroller som gjordes i december 1996, kontakta kommissionen i frågan. Under dessa omständigheter kan sökandena inte med framgång åberopa argumentet att kommissionen inte hade behövt vänta till april 1999 med att informera Opel Nederland, i sitt meddelande om anmärkningar, om att den ansåg att bonuspolicyn i fråga stred mot artikel 81 EG.

- 199 Med hänsyn till överträdelsens allvar har kommissionen bedömt att ett belopp på 40 miljoner euro utgör en lämplig bas för fastställandet av grundbeloppet. Förstainstansrätten anser att detta belopp, under förevarande omständigheter och under förutsättningen att de tre påstådda åtgärderna verkligen förekommit, är berättigat och vederbörligen motiverat i det ifrågasatta beslutet, även med beaktande av de reservationer som gjorts i punkterna 150, 157, 194 och 197 ovan avseende det antal återförsäljare som medverkat, den rättsstridiga karaktären av skrivelserna av den 28 och den 29 augusti och av den 30 september 1996 och av kontrollerna, den berörda geografiska marknaden och överträdelsens faktiska inverkan.
- 200 Emellertid finns det skäl att sätta ned detta belopp med hänsyn till att det inte är visat att den åtgärd som avsåg leveransbegränsningar existerat. Kommissionen har nämligen bedömt överträdelsens allvar även i förhållande till antalet påstådda åtgärder. Med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall, anser förstainstansrätten att det är lämpligt att bestämma grundbeloppet till 33 miljoner euro, med avseende på överträdelsens allvar.
- 201 Vad gäller överträdelsens varaktighet är det visat att den pågick från slutet av augusti 1996 eller början av september 1996 fram till januari 1998, det vill säga under 17 månader. Enligt riktlinjerna rör det sig följaktligen om en överträdelse med medellång varaktighet, varvid en ökning medges med upp till 50 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar.
- 202 I förevarande fall ökade kommissionen, med beaktande av respektive åtgärds varaktighet, beloppet på 40 miljoner euro med 7,5 procent, det vill säga 3 miljoner euro, vilket innebär att grundbeloppet kom att uppgå till 43 miljoner euro.
- 203 Förstainstansrätten kan ansluta sig till detta förhållningssätt, som bland annat innebär att hänsyn tas till den omständigheten att de direkta förbuden upphävdes i slutet av oktober 1996 respektive i slutet av december 1996. Med beaktande av

den nedsättning av bötesbeloppet som avsåg överträdelsens allvar, skall således ökningen med 7,5 procent tillämpas på beloppet 33 miljoner euro, det vill säga 2 475 000 euro, vilket innebär att bötesbeloppet kommer att uppgå till 35 475 000 euro.

- 204 Slutligen anser förstainstansrätten att kommissionen inte var skyldig att beakta förmildrande omständigheter, såsom sökandena gjort gällande. Det följer nämligen av det som anförts ovan, att det här inte rör sig om ett fall där avtalen, såsom dessa fastställts av förstainstansrätten, i praktiken inte har tillämpats, där överträdelserna har upphört direkt efter kommissionens första ingripanden, eller där överträdelsen inte var uppsåtlig.
- 205 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den femte grunden, förutom med avseende på bötesbeloppet.

Rättegångskostnader

- 206 Enligt artikel 87.3 i förstainstansrättens rättegångsregler kan förstainstansrätten, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad. Eftersom talan har bifallits i mycket liten utsträckning anser förstainstansrätten att det är skäligt med hänsyn till omständigheterna i fråga att besluta att sökandena skall bära fyra femtedelar av sina rättegångskostnader samt ersätta fyra femtedelar av kommissionens rättegångskostnad och att kommissionen skall bära en femtedel av sin rättegångskostnad samt ersätta en femtedel av sökandenas rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) Kommissionens beslut 2001/146/EG av den 20 september 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (COMP/36.653—Opel) ogiltigförklaras till den del det däri fastställs att en åtgärd föreligger avseende leveransbegränsningar i strid med artikel 81.1 EG.
- 2) Det bötesbelopp som sökandena ålagts enligt artikel 3 i det ifrågasatta beslutet nedsätts till 35 475 000 euro.
- 3) Talan ogillas i övrigt.
- 4) Sökandena skall bära fyra femtedelar av sina rättegångskostnader samt ersätta fyra femtedelar av kommissionens rättegångskostnad. Kommissionen skall bära en femtedel av sin rättegångskostnad samt ersätta en femtedel av sökandenas rättegångskostnader.

Forwood

Pirrung

Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 21 oktober 2003.

H. Jung

N.J. Forwood

Justitiesekreterare

Ordförande