CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 17 oktober 2002 [1]

I — Inleiding

1. Met deze hogere voorziening wordt opgekomen tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie [2], waarbij beschikking 98/273/EG van de Commissie van 28 januari 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 EG-Verdrag [3] gedeeltelijk nietig is verklaard en de door de Commissie opgelegde geldboete van 110 000 000 ECU is verlaagd tot 90 000 000 EUR. Door de betrokken onderneming is een principale hogere voorziening ingesteld; de Commissie heeft een incidentele hogere voorziening ingesteld.

II — Feiten en relevant rechtskader

2. De feiten en het rechtskader in de onderhavige zaak, zoals deze in het bestreden arrest zijn vervat, kunnen als volgt worden weergegeven.

3. Rekwirante is de holdingmaatschappij van het Volkswagen-concern. De bedrijfsactiviteiten van het concern omvatten de productie van motorvoertuigen van de merken Volkswagen, Audi, Seat en Skoda, alsmede de vervaardiging van componenten en onderdelen. Verdere activiteiten van het concern betreffen industriële motoren, financiële diensten en verzekeringen. Rekwirante bezit voorts een deelneming van 98,99 % in Audi AG (hierna: „Audi"). De commerciële activiteit van Audi, gevestigd te Ingolstadt (Duitsland), omvat voornamelijk de productie en distributie van motorvoertuigen van het merk Audi, alsmede de vervaardiging van onderdelen en motoren.

4. De motorvoertuigen van de merken Volkswagen en Audi worden in de Gemeenschap verkocht via selectieve dealernetten. De invoer in Italië van deze voertuigen en van de onderdelen en accessoires ervan, is uitsluitend in handen van de vennootschap naar Italiaans recht Autogerma SpA (hierna: „Autogerma"), gevestigd te Verona (Italië), een volledige dochteronderneming van rekwirante, die dus tezamen met rekwirante en Audi een economische eenheid vormt. Voor de distributie in Italië wordt beroep gedaan op juridisch en economisch onafhankelijke dealers, die evenwel contractueel met Autogerma verbonden zijn.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — T-62/98, Jurispr. blz. II-2707; hierna: „bestreden arrest".

3 — IV/35.733 — VW (PB L 124, blz. 60; hierna: „beschikking").

5. De dealerovereenkomsten zijn onder bepaalde voorwaarden van de toepassing van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) vrijgesteld bij verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen[4], met ingang van 1 oktober 1995 vervangen door verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995.[5] Volgens artikel 7 van verordening nr. 1475/95 was het verbod van artikel 85, lid 1, tijdens de periode van 1 oktober 1995 tot 30 september 1996 niet van toepassing op overeenkomsten die op 1 oktober 1995 reeds van kracht waren en voldeden aan de voorwaarden voor vrijstelling uit hoofde van verordening (EEG) nr. 123/85.

6. Artikel 1 van verordening nr. 123/85 luidt:

„Artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt overeenkomstig artikel 85, lid 3, [van het Verdrag] onder de in deze verordening genoemde voorwaarden buiten toepassing verklaard voor overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn en waarbij de ene contractpartij zich tegenover de andere verplicht binnen een afgebakend deel van de gemeenschappelijke markt bepaalde, voor het gebruik op de openbare weg bestemde drie- of meerwielige motorvoertuigen, [...] voor wederverkoop slechts:

1) aan hem te leveren,

of

2) aan hem en aan een bepaald aantal van het distributienet deel uitmakende ondernemingen te leveren."

7. Volgens artikel 2 van verordening nr. 123/85 geldt de buitentoepassingverklaring eveneens „wanneer de in artikel 1 genoemde verplichting is verbonden met die van de leverancier om binnen het contractgebied geen contractproducten aan eindgebruikers te leveren".

8. Artikel 3 van verordening nr. 123/85 bepaalt: „De buitentoepassingverklaring [...] geldt eveneens wanneer de [selectieve

4 — PB 1985 L 15, blz. 16.
5 — PB L 145, blz. 25.

distributieovereenkomst] verbonden is met de verplichting van de dealer:

[...]

8) buiten het contractgebied

a) geen vestigingen of opslagplaatsen in stand te houden voor de afzet van contract- en daarmee overeenstemmende producten,

b) zich van klantenwerving voor contract- en daarmee overeenstemmende producten te onthouden;

9) derden niet te belasten met de afzet van of de service voor contractproducten en daarmee overeenstemmende producten buiten het contractgebied;

10) aan een wederverkoper

a) contract- en daarmee overeenstemmende producten slechts te leveren, wanneer deze een van het distributienet deel uitmakende onderneming is,

[...]

11) motorvoertuigen [...] aan eindgebruikers die een tussenpersoon hebben ingeschakeld, slechts te verkopen, wanneer zij voor de aankoop van een bepaald motorvoertuig aan die tussenpersoon daartoe vooraf een schriftelijke, en bij inontvangstneming van het motorvoertuig door de tussenpersoon, tevens de inontvangstneming bestrijkende volmacht hebben gegeven."

9. De tekst van de artikelen 1, 2 en 3 van verordening nr. 1475/95 is nagenoeg identiek met die van de overeenkomstige bepalingen van verordening nr. 123/85. Artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1475/95 bepaalt:

„De vrijstelling geldt niet, wanneer:

[...]

3) de contractpartijen [...] concurrentiebeperkingen overeenkomen die bij deze verordening niet uitdrukkelijk worden vrijgesteld, of

[...]

7) de fabrikant, de leverancier of een andere van het distributienet deel uitmakende onderneming rechtstreeks of onrechtstreeks beperkingen oplegt aan de vrijheid van eindgebruikers, gevolmachtigde tussenpersonen of dealers om bij een door henzelf gekozen, van het distributienet deel uitmakende onderneming binnen de gemeenschappelijke markt contract- of daarmee overeenstemmende producten te betrekken [...], of aan die van de eindgebruikers om de contractproducten of daarmee overeenstemmende producten te wederverkopen, voorzover de verkoop geen handelsoogmerk heeft,

of

8) de leverancier zonder objectief gerechtvaardigde reden aan de dealers vergoedingen toekent, die worden berekend volgens de plaats van bestemming van de wederverkochte motorvoertuigen of volgens de woonplaats van de koper [...]"

10. Vanaf september 1992 en in 1993 is de waarde van de Italiaanse lire sterk gedaald ten opzichte van die van de Duitse mark. Rekwirante heeft haar verkoopprijzen in Italië evenwel niet in dezelfde mate opgetrokken. De uit deze situatie voortvloeiende prijsverschillen brachten mee, dat wederuitvoer van auto's van de merken Volkswagen en Audi vanuit Italië economisch interessant werd.

11. In de loop van de jaren 1994 en 1995 ontving de Commissie brieven van Duitse en Oostenrijkse consumenten met klachten over belemmeringen bij de aankoop van nieuwe auto's van de betrokken merken in Italië met het oog op de onmiddellijke wederuitvoer naar Duitsland of Oostenrijk.

12. Bij brief van 24 februari 1995 liet de Commissie rekwirante weten, dat zij op basis van klachten van Duitse consumenten had vastgesteld, dat de onderneming zelf of Autogerma de Italiaanse dealers van de merken Volkswagen en Audi onder bedreiging met beëindiging van hun dealerovereenkomst had verplicht uitsluitend aan Italiaanse klanten auto's te verkopen. Bij dezelfde brief maande de Commissie rekwirante aan deze belemmering van de wederuitvoer op te heffen en haar binnen drie weken vanaf de ontvangst van de brief in kennis te stellen van de ter zake genomen maatregelen.

13. Bij brief van 30 maart 1995 antwoordde rekwirante, dat de moeilijkheden die een aantal consumenten had onder-

vonden, een gevolg konden zijn van een probleem in de communicatie tussen met name Autogerma en de Italiaanse dealers. Om misverstanden te voorkomen, voegde zij bij het schrijven een kopie van een circulaire die op 16 maart 1995 aan de betrokken dealers was gezonden.

14. Bij brief van 2 mei 1995 antwoordde de Commissie rekwirante, dat de circulaire van 16 maart 1995 de belemmering van de wederuitvoer niet had opgeheven. Zij verwees in dat verband naar nieuwe klachten van Duitse en Oostenrijkse consumenten.

15. Op 17 oktober 1995 gaf de Commissie een beschikking waarbij zij krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag[6], verificaties gelastte. De verificaties vonden op 23 en 24 oktober 1995 plaats bij rekwirante en Audi, alsook in Italië bij Autogerma en Auto Brenner SpA in Bolzano, Auto Pedross Herbert & Co. in Silandro, Dorigoni SpA in Trento, Eurocar SpA in Udine, IOB Silvano & C. SRL in Gemona, Adriano Mansutti in Tricesimo, Günther Rabanser in Pontegardena, Mutschlechner SAS in Brunico en Franz Nitz in Vipiteno. Door middel van deze verificaties trachtte de Commissie te achterhalen of rekwirante en Audi met Autogerma en haar dealers in Italië overeenkomsten hadden gesloten of tot onderling afgestemde gedragingen waren gekomen, met als doel geen nieuwe auto's te verkopen aan in andere lidstaten woonachtige eindgebruikers.

16. Op basis van de tijdens deze verificaties aangetroffen documenten was de Commissie van mening dat rekwirante, Audi en Autogerma met hun Italiaanse dealers een marktverdelingsbeleid waren overeengekomen. Op 25 oktober 1996 betekende de Commissie aan rekwirante en aan Audi een in die zin gestelde mededeling van punten van bezwaar.

17. Bij brief van 18 november 1996 verzochten rekwirante en Audi om toegang tot het dossier, die hun op 5 december 1996 is verleend.

18. Op 19 december 1996 richtte Autogerma, daartoe uitdrukkelijk geïnstrueerd door rekwirante, een circulaire aan de Italiaanse dealers, waarin zij preciseerde dat de uitvoer naar eindgebruikers (eventueel via tussenpersonen) en naar bij het distributienet aangesloten dealers rechtmatig was en dus geen grond voor sancties opleverde. In deze circulaire werd eveneens gepreciseerd dat de aan dealers op de verkoopprijs van de bestelde auto's toegekende korting, de zogeheten ‚marge', en de betaling van hun bonus volkomen los stonden van de vraag of de auto's binnen dan wel buiten hun contractgebied waren verkocht.

6 — PB 1962 13, blz. 204.

19. Bij brief van 12 januari 1997 zonden rekwirante en Audi de Commissie hun opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar.

20. Zij zetten voorts op een hoorzitting, die plaatsvond op 7 april 1997, hun standpunt uiteen aan de bevoegde diensten van de Commissie.

21. Op 7 oktober 1997 had de advocaat van rekwirante op zijn verzoek een gesprek met de directeur van genoemde diensten, met name over de vraag of de vastgestelde inbreuken volgens de Commissie beëindigd waren of nog voortduurden.

22. Op 28 januari 1998 stelde de Commissie beschikking 98/273/EG vast, ter zake van een procedure op grond van artikel 85 EG-Verdrag. Volgens de tekst van de beschikking is rekwirante de enige adressaat ervan en is zij voor de vastgestelde inbreuk verantwoordelijk, aangezien Audi en Autogerma dochterondernemingen van haar zijn en zij van hun activiteiten op de hoogte was. Wat de Italiaanse dealers betreft, preciseert de Commissie dat zij aan de belemmering van de wederuitvoer niet actief hebben meegewerkt, maar slachtoffer waren van het door de constructeurs en Autogerma gevoerde restrictieve beleid, waarmee zij onder druk hadden ingestemd.

23. Met betrekking tot de verweten feiten noemt de Commissie een aantal documenten als bewijs enerzijds, dat rekwirante en Audi door middel van gerichte maatregelen en met hun eigen financiële middelen en personeel de wederuitvoer van voertuigen uit Italië naar Duitsland of andere lidstaten verhinderden, en anderzijds, dat Autogerma in opdracht van rekwirante en Audi strenge controles bij de Italiaanse dealers had uitgevoerd om de praktijk van verkoop van motorvoertuigen aan buitenlandse kopers uit te bannen, en aan enkele van deze dealers strenge sancties had opgelegd.

24. Wat de maatregelen van rekwirante en Audi betreft, vermeldt de Commissie de „regeling van gedeelde marges" die voor de verkoop van de nieuwe Volkswagen Polo in Italië gold. Volgens dit systeem genoot de dealer in plaats van een algemene korting van 13 % over het gefactureerde bedrag voor elk besteld voertuig, een korting van slechts 8 % bij facturering en een verdere korting van 5 % bij de registratie van het voertuig in zijn contractgebied. Volgens de beschikking voerde Audi een vergelijkbaar systeem in voor de verkoop van de Audi A4 in Italië. Ook vermeldt de Commissie de maatregelen van rekwirante en Audi om de dealervoorraden te verminderen. Deze maatregel, die met een beleid van beperkte leveringen gepaard ging, leidde tot een aanzienlijke verlenging van de levertijden, zodat sommige klanten hun bestelling annuleerden. Bovendien bood deze regeling Autogerma de mogelijkheid om verzoeken van Duitse dealers te weigeren (onderlinge leveringen binnen het distributienet van Volkswagen). Voorts verwijst de Commis-

sie nog naar de door Audi en Autogerma gestelde voorwaarden voor de berekening van de kwartaalbonus van 3 %, die aan de dealers wordt toegekend op basis van het aantal door hen verkochte voertuigen.

25. Tot de door Autogerma aan de dealers opgelegde sancties behoren volgens de Commissie de opzegging van bepaalde dealerovereenkomsten en de intrekking van de kwartaalbonus van 3 % voor de buiten het contractgebied verkochte auto's.

26. De beschikking stelt vast dat de maatregelen van rekwirante, Audi en Autogerma waren bedoeld om de verkoop van motorvoertuigen door Italiaanse dealers te beperken, en betrekking hadden op leveringen zowel aan niet bij het net aangesloten wederverkopers (hierna: „niet-geautoriseerde wederverkopers"), als aan eindgebruikers en dealers van de merken Volkswagen en Audi die in andere lidstaten dan Italië woonachtig of gevestigd waren.

27. De Commissie maakt daarnaast melding van documenten die aantonen dat de hierboven genoemde maatregelen de handel tussen Italië enerzijds en Duitsland en Oostenrijk anderzijds daadwerkelijk beperkten, doordat bestellingen van een groot aantal in deze laatste lidstaten woonachtige klanten door de Italiaanse dealers waren geweigerd.

28. De Commissie meent dat deze maatregelen, die alle deel uitmaken van de contractuele betrekkingen die de fabrikanten via Autogerma met de dealers van hun selectief distributienet in Italië onderhouden, hun oorsprong vinden in een overeenkomst of een onderling afgestemde gedraging en dus inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag opleveren, daar zij de weerslag vormen van een marktverdelingsbeleid. De Commissie preciseert dat voor deze maatregelen geen vrijstelling geldt ingevolge de verordeningen nrs. 123/85 en 1475/95, aangezien geen enkele bepaling van deze verordeningen de mogelijkheid inhoudt om vrijstelling te verlenen voor een overeenkomst die ertoe strekt de wederuitvoer door eindgebruikers, door hen gevolmachtigde tussenpersonen of door andere dealers van het dealernet te verhinderen. Zij stelt verder dat de toekenning van een individuele vrijstelling in casu uitgesloten is, nu rekwirante, Audi en Autogerma geen enkel element van hun overeenkomst met de dealers hebben aangemeld, en dat de belemmering van de wederuitvoer hoe dan ook indruist tegen het doel van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zijnde de bescherming van de consument.

29. Met betrekking tot de opmerkingen van rekwirante en Audi ten aanzien van de mededeling van punten van bezwaar, dat bepaalde documenten die de basis voor de ten laste gelegde inbreuken vormen, bedrijfsinterne documenten van het Volkswagen-concern zijn die enkel een discussie en soms een belangenconflict binnen het concern zelf weergeven, stelt de Commissie dat de bedrijfsinterne conflicten er niet aan afdoen dat rekwirante en haar dochterondernemingen Audi en Autogerma een

overeenkomst met hun dealers zijn aangegaan die strijdig is met de communautaire mededingingsregels. Tegen de eveneens in de opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar ingebrachte argumenten, dat het grootste deel van de wederuitvoer uit Italië naar Duitsland en Oostenrijk ongeoorloofde leveringen aan niet-geautoriseerde wederverkopers betrof en dat de verkopen aan particulieren (eventueel via tussenpersonen) of aan andere dealers van de merken Volkswagen en Audi onbeduidend waren, brengt de Commissie in dat ook wanneer slechts een uiterst gering aantal van de verhinderde verkopen eindgebruikers, hun tussenpersonen of andere dealers van deze merken raakt, de handel tussen de lidstaten niettemin ongunstig wordt beïnvloed, zodat sprake is van een inbreuk op de communautaire mededingingsregels.

30. In artikel 1 van de beschikking stelt de Commissie vast dat rekwirante samen met haar dochterondernemingen Audi en Autogerma „inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag, doordat zij met de Italiaanse dealers van haar distributienet overeenkomsten heeft gesloten om de verkoop aan eindgebruikers uit andere lidstaten die ofwel zelf optreden ofwel via een door hen gevolmachtigde tussenpersoon handelen, alsmede aan in andere lidstaten gevestigde erkende dealers van het distributienet te verbieden of te beperken".

31. In artikel 2 van de beschikking gelast zij rekwirante deze inbreuk te beëindigen en daartoe onder meer de door haar opgesomde maatregelen te nemen.

32. Bij artikel 3 van de beschikking legt de Commissie rekwirante wegens de zwaarte van de vastgestelde inbreuk een geldboete op van 102 000 000 ECU. Op dit punt is de Commissie van mening dat de belemmering van paralleluitvoer van motorvoertuigen door eindgebruikers en onderlinge leveringen binnen het dealernet een beletsel vormt voor de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt, een van de grondbeginselen van de Europese Gemeenschap, zodat de inbreuk als zeer ernstig is te beschouwen. Daarbij komt nog, dat de ter zake geldende regels reeds lange tijd vaststaan en dat het Volkswagen-concern de autofabrikant met het hoogste marktaandeel in de Europese Gemeenschap is. Tevens haalt de Commissie documenten aan waaruit moet blijken dat rekwirante heel goed wist dat haar handelwijze een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vormde. Zij wijst erop dat de inbreuk meer dan tien jaar heeft geduurd. Ten slotte houdt de Commissie rekening met enkele verzwarende omstandigheden, namelijk dat rekwirante de gewraakte maatregelen niet heeft beëindigd, ondanks dat de Commissie haar bij twee brieven van 1995 erop attent had gemaakt dat de belemmering of beperking van paralleluitvoer uit Italië inbreuk maakte op de mededingingsregels, en dat rekwirante van de economische afhankelijkheid tussen een autofabrikant en zijn dealers heeft geprofiteerd, wat in casu voor verschillende dealers een omzetverlies heeft teweeggebracht. In dit verband is in de beschikking uiteengezet dat rekwirante,

Audi en Autogerma meer dan vijftig dealers met opzegging van hun contract hebben bedreigd indien zij auto's aan buitenlandse klanten zouden blijven verkopen, en dat in twaalf gevallen de dealerovereenkomst daadwerkelijk is beëindigd, waardoor het voortbestaan van de betrokken ondernemingen in gevaar werd gebracht.

33. De beschikking is bij aangetekende brief van 5 februari 1998 betekend aan rekwirante.

34. Bij brief van 2 maart 1998 informeerde Volkswagen de Commissie over de ter uitvoering van artikel 2 van de beschikking genomen maatregelen en verzocht zij haar te berichten of deze met de in dat artikel voorgeschreven maatregelen overeenkwamen.

35. Bij brief van 27 maart 1998 antwoordde de Commissie dat de genoemde maatregelen in essentie met de in de beschikking voorgeschreven maatregelen overeenkwamen.

36. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 8 april 1998, heeft rekwirante beroep tot nietigverklaring ingesteld.

37. Na de schriftelijke en de mondelinge behandeling, in de loop waarvan bij wijze van maatregel tot organisatie van de processgang partijen zijn verzocht schriftelijke vragen te beantwoorden en specifieke documenten over te leggen, heeft het Gerecht arrest gewezen als volgt:

„1) Verklaart nietig beschikking 98/273/EG van de Commissie van 28 januari 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.733 VW), voorzover daarin is vastgesteld

a) dat een regeling van gedeelde marges en de sanctie van opzegging van bepaalde dealerovereenkomsten maatregelen vormden die waren genomen ter belemmering van de wederuitvoer van auto's van de merken Volkswagen en Audi uit Italië door eindgebruikers en dealers van de betrokken merken uit andere lidstaten;

b) dat de inbreuk tijdens de periode van 1 oktober 1996 tot de vaststelling van de beschikking niet volledig was beëindigd.

2) Verlaagt het bedrag van de bij artikel 3 van de bestreden beschikking aan verzoekster opgelegde geldboete tot 90 000 000 EUR.

3) Verwerpt het beroep voor het overige.

4) Verwijst verzoekster in haar eigen kosten en 90 % van de kosten van de Commissie.

5) Verstaat dat de Commissie 10 % van haar eigen kosten zal dragen."

38. Op 14 september 2000 heeft Volkswagen de onderhavige hogere voorziening ingesteld. In haar memorie van antwoord van 29 november 2000 heeft de Commissie incidentele hogere voorziening ingesteld.

De zaak is ter behandeling verwezen naar de Zesde kamer van het Hof.

Tijdens de terechtzitting, die plaatsvond op 27 juni 2002, hebben Volkswagen en de Commissie hun mondelinge opmerkingen voorgedragen.

III — Onderzoek van de principale hogere voorziening

39. Volkswagen voert tot staving van haar hogere voorziening negen middelen aan.

Het eerste middel: schending van artikel 81, lid 1, EG op het punt van de kwalificatie van de bonusregeling

40. Met het eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting bij de kwalificatie van de „15 %-regel". Volgens deze regel werden voor de betaling van een bonus van maximaal 3 % aan de dealers zowel de verkopen binnen als buiten het contractgebied in aanmerking genomen doch slechts tot ten hoogste 15 % van de totale verkoop. Blijkens punt 49 van het bestreden arrest droeg de toepassing van deze regel, voorzover hij voor de eindgebruikers en de dealers van andere lidstaten een beperking van de mogelijkheid inhield om in Italië auto's te kopen, bij tot de opdeling van de markten, welke situatie niet onder verordening nr. 123/85 viel en niet met artikel 81, lid 1, EG verenigbaar was. Uit het arrest blijkt verder dat deze inbreuk voortduurt, ook al is er geen bewijs van andere mededingingsbeperkende gedragingen door de betrokken onderneming, zoals tussen 1988 en 1992 het geval was.

41. Volkswagen stelt dat de 15 %-regel niet onverenigbaar is met artikel 81, lid 1, EG, aangezien een verkoop buiten het contractgebied voor de dealer minder kosten meebrengt dan verkopen binnen zijn contractgebied. Deze besparingen zijn een gevolg van het ontbreken van zowel advertentie- en commerciële kosten, die contractueel buiten de respectieve gebieden zijn verboden, als kosten voor de service achteraf. Het verlies van de bonus wordt door de verkrijging van een vergelijkbaar voordeel gecompenseerd, zodat de regel economisch neutraal is, de mededinging niet kan beperken en derhalve met artikel 81, lid 1, EG verenigbaar is.

42. De 15 %-regel valt volgens rekwirante in ieder geval onder de vrijstelling van verordening nr. 123/85. De eerste overweging van de considerans van deze verordening omschrijft de onder de vrijstelling vallende overeenkomsten als die waarbij „de leverende contractpartij de wederverkopende contractpartij ermee belast de afzet van en klantenservice voor bepaalde producten uit de automobielsector *binnen een afgebakend gebied te bevorderen* en waarbij de leverancier ten opzichte van de dealer de verplichting op zich neemt contractproducten *binnen het contractgebied* met het oog op wederverkoop slechts aan de dealer of, afgezien van deze laatste, slechts aan een beperkt aantal van het distributienet deel uitmakende ondernemingen te leveren". [7] Bovendien stelt de negende overweging van de considerans dat „de beperkingen waaraan de dealer buiten het contractgebied is onderworpen, tot meer inzet bij afzet en klantenservice binnen een overzichtelijk contractgebied tot een meer consumentgerichte marktkennis en tot een op de behoeften afgestemd aanbod [...] leiden".

43. Het doel van de 15 %-regel was in overeenstemming met deze overwegingen, nu deze ervoor diende te zorgen dat de dealer zich bij voorrang zou bekommeren om de klanten van zijn gebied, jegens wie hij een bijzondere verantwoordelijkheid had. Rekwirante benadrukt tot slot dat de bonus hoe dan ook een betrekkelijk gering percentage van de totale vergoeding uitmaakte en in de meerderheid van de gevallen is uitbetaald (tot 15 % van de totale verkoop).

44. Volgens rekwirante heeft het Gerecht deze omstandigheden in het bestreden arrest niet in aanmerking genomen.

45. De Commissie stelt dat rekwirante slechts — vrijwel woordelijk — herhaalt wat zij reeds in eerste aanleg heeft aangevoerd, zonder dat zij de redenering van het Gerecht ter discussie stelt. Zij verzoekt het Hof dan ook het middel kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren.

46. Subsidiair stelt de Commissie dat de 15 %-regel heeft bijgedragen tot de op-

7 — Cursivering door rekwirante.

deling van de markten en met dat doel is toegepast, zodat de regel niet voor vrijstelling in aanmerking kon komen.

47. Naar mijn mening dient dit middel niet-ontvankelijk te worden verklaard. Het bestreden arrest stelt in punt 49 vast: „Weliswaar biedt verordening nr. 123/85 de constructeurs aanzienlijke mogelijkheden om hun dealernetten te beschermen, doch dit neemt niet weg dat zij geen maatregelen mogen nemen die tot een opdeling van de markten bijdragen." Uit de aldus eindigende passage blijkt dat het Gerecht in aanmerking heeft genomen dat verordening nr. 123/85 de fabrikanten bepaalde mogelijkheden voor uitzonderingen bood, maar niet de schending toestond van een van de fundamentele beginselen van de gemeenschappelijke markt, dat volgens een bijna rituele formulering in de rechtspraak van het Hof verbiedt dat de markt tussen de lidstaten wordt opgedeeld en dat aldus de in het Verdrag beoogde economische vervlechting wordt bemoeilijkt. [8]

48. Wat rekwirante steeds tracht aan te tonen, is dat de 15 %-regel gerechtvaardigd is en een neutrale uitwerking heeft op de concurrentiepositie van de verschillende dealers (binnen een bepaalde nationale markt, wel te verstaan). Dit doet echter in het geheel niet af aan de vaststelling die aan de redenering van het Gerecht ten grondslag ligt, dat deze regeling van dien aard was dat zij de afsluiting van de markten tussen de lidstaten kon bevorderen. In dit verband breng ik in herinnering dat een verzoekschrift in hogere voorziening dat zich beperkt tot een herhaling of een letterlijke weergave van de voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten, niet aan de eisen van artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG voldoet. Een dergelijke hogere voorziening is in feite een vordering tot heronderzoek van het bestreden arrest, hetgeen een oneigenlijk gebruik van dit buitengewone rechtsmiddel oplevert. Deze eis verhindert uiteraard niet dat een rekwirant reeds aangevoerde argumenten kan herhalen ter betwisting van de uitlegging of de toepassing van het gemeenschapsrecht door het Gerecht. [9] Zoals ik hierboven reeds heb aangetoond, is dit in casu niet het geval.

49. Dit eerste middel moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

Het tweede middel: schending van artikel 81, lid 1, EG, door de maatregelen inzake beperking van leveringen als overeenkomsten aan te merken

50. Rekwirante betwist niet de feitelijke vaststelling van het Gerecht als zodanig,

8 — Zie onder meer de arresten van 30 juni 1966, Société Technique Minière (56/65, Jurispr. blz. 337, blz. 359), 17 oktober 1972, Cementhandelaren/Commissie (8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29), 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22), en 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 48).

9 — Zie inzonderheid de arresten van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punten 42 en 43), en 16 mei 2002, Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses e.a./Commissie (C-321/99 P, Jurispr. blz. I-4287, punten 48 en 49).

dat Volkswagen een contingenteringsstrategie voerde die uitdrukkelijk was bedoeld om de wederuitvoer vanuit Italië volledig te beperken. Wel betwist zij daarentegen, dat deze beperkende maatregelen overeenkomsten als bedoeld in artikel 81 EG kunnen zijn, die binnen de sfeer vallen van „handelsbetrekkingen van lange duur, die in een tevoren gesloten algemene overeenkomst zijn geregeld", in de zin van de arresten van 17 september 1985, Ford/Commissie [10], en 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke. [11]

51. Volgens Volkswagen was de uitsluiting door de fabrikant van bepaalde modellen voertuigen van zijn betrekkingen met de distributeurs in de zaak Ford rechtstreeks gebaseerd op de dealerovereenkomst: deze gaf de fabrikant uitdrukkelijk het recht te bepalen welke modellen hij zou leveren. In het arrest Bayerische Motorenwerke vloeiden de bestreden beperkingen voort uit een aan de distributeurs gezonden circulaire, die meermalen naar de dealerovereenkomst verwees, zodat het Hof op goede grond kon oordelen dat van een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG sprake was, aangezien de circulaire deel uitmaakte van handelsbetrekkingen van lange duur die in een overeenkomst waren geregeld.

52. In de onderhavige zaak liggen de feiten volgens rekwirante anders. Zelfs gesteld dat de dealerovereenkomst in een contingentering voorzag, dat wil zeggen dat een geringer aantal voertuigen werd geleverd dan de dealers besteld hadden, machtigde het de fabrikant niet om de wederuitvoer te verhinderen. De distributeurs waren volgens de overeenkomst vrij om de geleverde auto's aan buitenlandse eindgebruikers en dealers te verkopen. De door het Gerecht geconstateerde mededingingsbeperkende gedraging berust dan ook niet op de overeenkomst, zodat zij als een eenzijdige maatregel moet worden aangemerkt die niet onder artikel 81 EG valt.

53. Volkswagen stelt dat de ruime uitlegging van het begrip overeenkomst die door het Gerecht wordt voorgestaan, de grens tussen de artikelen 81 EG en 82 EG vervormt, doordat zij eerstgenoemd artikel tot een algemeen verbod van mededingingsbeperkende gedragingen maakt. Volkswagen verwijst tot slot naar het arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie [12], waarin het beklemtoont dat voor de toepassing van artikel 81 EG de instemming van de partijen is vereist.

54. Ik herinner er in de eerste plaats aan, dat volgens artikel 81 EG alle overeenkomsten tussen ondernemingen die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die *tot doel of als gevolg hebben* dat zij de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn. Ook mag men niet vergeten dat het

10 — 25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725, punt 21.

11 — C-70/93, Jurispr. blz. I-3439, punten 15 en 16.

12 — T-41/96, Jurispr. blz. II-3383.

Gerecht bewezen achtte, dat een beleid van contingentering van de leveringen aan de Italiaanse dealers was opgezet met als doel de wederuitvoer uit Italië te belemmeren [13] en dat dit beleid op basis van de dealerovereenkomst kon worden opgelegd. [14] Voor de vaststelling van een inbreuk door een heimelijke vorm van samenwerking volstaat dan ook dat de beperking van de leveringen op basis van de dealerovereenkomst mogelijk was en dat de beperking de belemmering van de intracommunautaire mededinging *tot doel of als gevolg* heeft. Hieruit volgt dat de argumenten van rekwirante de redenering van het Gerecht niet kunnen aantasten.

55. Bovendien machtigden, zoals de Commissie opmerkt, ook in de eerdergenoemde zaken Ford/Commissie en Bayerische Motorenwerke de respectieve dealerovereenkomsten de fabrikant niet om specifieke beperkingen aan de uitvoer op te leggen, wat evenwel het Hof er niet van weerhield het toenmalige artikel 85 EG-Verdrag van toepassing te verklaren. In de laatstgenoemde zaak is het feit dat de circulaire naar de hoofdovereenkomst verwijst enkel ten overvloede vermeld en is het niet zo beslissend als rekwirante stelt. Tot slot verwijst het arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, naar een arrest van het Hof van 12 juli 1979, BMW Belgium e.a./Commissie [15], waarin het vaststelt dat een schijnbaar eenzijdige handeling als een overeenkomst moet worden aangemerkt, wanneer degenen voor wie de handeling bestemd is, door hun gedrag blijk hebben gegeven van hun instemming [16], een geval naast — niet in de plaats van — het geval dat is genoemd in de reeds aangehaalde, overigens later gewezen arresten Ford/Commissie en Bayerische Motorenwerke. Tegen de uitkomst van de concrete beoordeling van het Gerecht in de zaak Bayer/Commissie heeft de Commissie een hogere voorziening ingesteld, die thans nog aanhangig is bij het Hof.

56. Gelet op het voorgaande, stel ik voor het tweede middel als ongegrond af te wijzen.

Het derde middel: schending van artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 door de inaanmerkingneming van de bonusregeling bij de berekening van het bedrag van de geldboeten

57. Het Gerecht was van mening dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete met betrekking tot de periode van 1993 tot en met 1996 rekening kon worden gehouden met het bestaan van de onmiskenbaar mededingingsverstorende 15 %-regel die in 1988 was ingevoerd. [17] Het Gerecht kwam tot die conclusie na de stelling van rekwirante te hebben verworpen dat deze regel bij brief van 20 januari 1988, waarbij het model van de zogeheten „Convenzione

13 — Punten 79 en 88 van het bestreden arrest.

14 — Punt 236 van het bestreden arrest.

15 — 32/78 en 36/78—82/78, Jurispr. blz. 2435.

16 — Punten 28 tot en met 30 van het arrest BMW Belgium e.a./Commissie.

17 — Punt 344 van het bestreden arrest.

B" was gevoegd, was aangemeld en derhalve aanspraak kon maken op de boete-immuniteit van artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17.

58. In dit middel haalt Volkswagen wederom de brief van 1988 aan en blijft zij deze omschrijven als een formele aanmelding volgens de destijds geldende regeling, namelijk verordening nr. 27 van de Commissie van 3 mei 1962 [18], zoals gewijzigd.

59. Dit onderdeel van het derde middel treft kennelijk geen doel. In punt 343 van het bestreden arrest staat duidelijk dat („Nog afgezien van de vraag of de mededeling van Convenzione B al dan niet een aanmelding in de zin van verordening nr. 17 was, [...]") bij de vraag of artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 al dan niet van toepassing was, geen rekening werd gehouden met de status die aan de brief van 20 januari 1988 moest worden toegekend. Het Gerecht bevestigde veeleer dat de boete-immuniteit van artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 met betrekking tot de periode van 1993 tot en met 1996 niet van toepassing was, omdat de aangemelde maatregelen naar zijn mening niet binnen de grenzen van de daarin beschreven activiteit vielen. De 15 %-regel ging gedurende deze periode enerzijds vergezeld van en werd aldus versterkt door andere maatregelen die de wederuitvoer konden belemmeren; anderzijds werd de 15 %-regel in die periode ruim uitgelegd en toegepast, zodat op basis daarvan een verbod van alle verkoop buiten het contractgebied boven de 15 % van de totale verkopen mogelijk was.

60. Rekwirante brengt daartegen in dat de boete-immuniteit van artikel 15, lid 5, sub a, volgens de tekst ervan geldt voor maatregelen die naar behoren zijn aangemeld *voorzover* zij binnen de grenzen van de aangemelde activiteit vallen. Ik ben het niet met deze lezing eens. Vanuit semantisch oogpunt kunnen of zelfs moeten de in de voornaamste taalversies gebruikte voegwoorden in de zin van een voorwaarde worden opgevat *(pour autant, soweit, provided, nella mesura, siempre que)*. Vanuit de teleologie van de bepaling ben ik het met de Commissie eens dat het kunstmatig zou zijn te trachten een op één enkel doel gerichte handelwijze op te splitsen in verschillende gedragingen. [19]

61. Het derde middel moet dus ten dele als irrelevant en ten dele als ongegrond worden afgewezen.

Het vierde middel: schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 met betrekking tot de vaststelling dat de gedraging opzettelijk was

62. Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 geeft de Commissie de bevoegdheid tot het

18 — Eerste uitvoeringsverordening van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, 35, blz. 1118).

19 — Onder verwijzing naar punt 234 van het bestreden arrest.

opleggen van geldboeten die maximaal 10 % mogen bedragen van de omzet in het voorafgaande boekjaar, indien de betrokken onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid heeft gehandeld.

63. In punt 334 van het bestreden arrest stelt het Gerecht vast dat de beoordeling van de Commissie dat bij de inbreuk sprake is van opzet en niet van onachtzaamheid, volkomen terecht is. Het verwijst in dat verband naar punt 214 van de beschikking van de Commissie, dat fragmenten bevat uit een aantal documenten waarin verschillende verantwoordelijke personen van de onderneming hun zorg uitspreken dat zij in strijd met de mededinging handelen. Welnu, met dit vierde middel komt Volkswagen op tegen de door de Commissie gebruikte en door het Gerecht gevalideerde methode om het opzettelijke karakter van haar handelwijze vast te stellen. Rekwirante meent dat alleen van een opzettelijke inbreuk sprake is, indien de verschillende personen die de in punt 14 van de beschikking genoemde uitspraken hebben gedaan, als één en dezelfde natuurlijke persoon zouden kunnen worden behandeld die, objectief, de inbreuk pleegt en dit, subjectief, opzettelijk doet.

64. Volgens rekwirante heeft noch de Commissie noch het Gerecht in casu de moeite genomen om te onderzoeken of de concreet voor de inbreuken verantwoordelijke personen met opzet hebben gehandeld. Volgens deze benadering zou de opzet van de inbreuk zijn aangetoond, indien binnen een onderneming bepaalde personen objectief de fout begaan en andere personen, bijvoorbeeld van de afdeling juridische zaken, met de onrechtmatigheid van die gedragingen bekend zijn, met voorbijgaan aan het strafrechtelijk schuldbeginsel dat in dit soort gevallen van toepassing is en dat verlangt dat het wederrechtelijke en het subjectief verwijtbare van een gedraging aan eenzelfde persoon kan worden toegerekend. In het geval van een onderneming zou dit beginsel op zijn minst vereisen dat die onderneming tekortkomingen in de organisatie of een schending van haar controleplicht kunnen worden aangerekend.

65. Het doel van dit middel is niet helemaal duidelijk. Wordt de redenering van rekwirante aanvaard, dan behoeft het bestreden arrest niet significant te worden gewijzigd, tenzij wordt gesteld dat de verweten handelwijze zelfs niet als onachtzaam kan worden gekwalificeerd. Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kunnen immers alleen geldboeten worden opgelegd indien sprake is van opzet dan wel van onachtzaamheid; de hoogte van de boete hangt volgens diezelfde bepaling af van de zwaarte en de duur van de inbreuk. Hoe het ook zij, ik onderschrijf het standpunt van rekwirante niet.

66. In algemene zin laten zich, zoals rekwirante zelf toegeeft, niet alle waarborgen die zijn ontwikkeld in het kader van het strafrecht, waarin de sanctionerende staat en de persoon die van het strafbaar feit wordt beschuldigd tegenover elkaar staan, *en bloc* naar het terrein van het mededingingsrecht overhevelen. Deze garanties dienen juist ter compensatie van het machtsonevenwicht. In het mededingingsrecht ligt een en ander

anders, in die zin dat gepoogd wordt de gemeenschap van individuen die de samenleving vormt en die uit groepen eindgebruikers bestaat, te beschermen tegen machtige organisaties die over aanzienlijke middelen beschikken. Dergelijke overtreders dezelfde procedurele waarborgen bieden als de personen die daaraan de meeste behoefte hebben, zou niet alleen van cynisme getuigen, maar in wezen een uitholling betekenen van de — in dit geval economische — bescherming van het individu, het voornaamste slachtoffer van mededingingsverstorende gedragingen. Ik acht het daarom van belang dat de procedurele voorschriften worden aangepast aan het specifieke gebied van de mededinging. Zo moeten bijvoorbeeld de vereisten van het indiciënbewijs milder worden opgevat, aangezien deze methode veelal de enig mogelijke is om de opzettelijke inbreuk aan te tonen.

67. Tegen deze achtergrond lijkt rekwirante voor zichzelf geen gunstigere behandeling te verlangen dan een willekeurige natuurlijke persoon in een strafrechtelijke procedure krijgt. Haar redenering is uiterst misleidend. Zou voor het bestaan van een inbreuk daadwerkelijk binnen een onderneming moeten worden vastgesteld aan welke persoon of personen zowel de onrechtmatige handelwijze als de opzet of de onachtzaamheid kan worden toegerekend, dan wordt de rechtspersoon niet aan de natuurlijke persoon gelijkgesteld, maar nagenoeg volledig straffeloos; de enkele omstandigheid dat de uitvoeringsopdrachten steeds afkomstig zijn van personen zonder specifiek juridische kennis zou dan immers volstaan om elke beschuldiging te doen falen.

68. Aan de hand van de voorgaande premissen kan het argument reeds concreet worden beoordeeld. Rekwirante handhaaft haar bezwaar tegen het feit dat de opzet in casu bewezen is verklaard op grond van de gedragingen van bepaalde personen en de verklaringen van andere. Het bestreden arrest kan echter niet aldus worden uitgelegd. In punt 334 wordt in zeer heldere bewoordingen vastgesteld dat rekwirante een nationale markt trachtte af te schermen, dat dergelijk gedrag duidelijk onverenigbaar is met de communautaire mededingingsregels en dat rekwirante daarom niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat zij met haar handelwijze die regels schond. In deze methode worden niet individuele verantwoordelijkheden gebundeld, maar wordt geprobeerd de gedraging en de opzet aan de betrokken onderneming als zodanig toe te rekenen; om die reden treffen de in het kader van deze hogere voorziening aangevoerde grieven geen doel.

69. Het Hof moet derhalve eveneens het vierde middel als ongegrond afwijzen.

Het vijfde middel: verdraaiing van de feiten die de inbreuk vormen

70. Rekwirante stelt dat de Commissie haar beschikking heeft doen steunen op de

globale beoordeling van ten hoogste zes mededingingsbeperkende gedragingen met betrekking tot respectievelijk het margebeleid, het bonusbeleid, de beperkte levering aan de Italiaanse markt, de beperking van leveringen binnen het distributienet, de ontbinding van overeenkomsten en de verklaringen houdende verbintenissen. Deze vormen alle tezamen één inbreuk op artikel 81, lid 1, EG. Het Gerecht achtte twee van genoemde gedragingen niet bewezen (namelijk met betrekking tot het margebeleid en de ontbinding van overeenkomsten), maar heeft niettemin de kwalificatie van inbreuk gehandhaafd en is aldus van de door de Commissie vastgestelde feiten afgeweken.

71. Dit middel is ongegrond. De feiten die door de Commissie en vervolgens door het Gerecht zijn beoordeeld, zijn identiek dezelfde. Bij de juiste juridische kwalificatie van die feiten als meervoudige inbreuken, voortdurende inbreuk of eendaadse samenloop van inbreuken geniet het Gerecht volledige vrijheid, met name op het terrein van de rechterlijke toetsing van sancties wegens inbreuk op de mededingingsregels, waarvoor het over de in de artikelen 229 EG en 17 van verordening nr. 17 verleende volledige rechtsmacht beschikt.

72. Ook dit middel is kennelijk ongegrond en moet dus worden afgewezen.

Het zesde middel: schending van het recht om te worden gehoord met betrekking tot bepaalde klachten van individuele personen

73. Rekwirante verwijt het Gerecht dat het haar recht op verdediging heeft geschonden, waar het zich baseert op bewijselementen die in de administratieve fase niet en in de rechterlijke fase eerst na afloop van de schriftelijke behandeling aan rekwirante waren meegedeeld, en dat zij ter terechtzitting niet over voldoende tijd beschikte om daar adequaat op te reageren. Zij verwijst meer bepaald naar de ruim zestig brieven of faxberichten met klachten van consumenten, waaraan het Gerecht zich in punt 105 en impliciet in punt 115 van het bestreden arrest refereert om rekwirantes stelling te verwerpen dat de commerciële handelwijze van Volkswagen en haar distributienet in Italië jegens de consumenten geen belemmering van de wederuitvoer inhield. Met uitzondering van de in de punten 106 tot en met 114 van het bestreden arrest en eveneens in de beschikking van de Commissie genoemde documenten, zijn deze documenten eerst op 10 augustus 1999 ter kennis van rekwirante gebracht, nadat het Gerecht dit had gelast. Ter terechtzitting van 7 oktober 1999 beschikte Volkswagen slechts over dertig minuten spreektijd, zodat zij zich had beperkt tot het maken van een aantal algemene opmerkingen met betrekking tot de klachten. Zij vertrouwde erop dat die

stukken niet als bewijselementen zouden worden gebruikt, nu zij daarvan tijdens de administratieve procedure geen afschrift had ontvangen.

74. Over dit middel wil ik het volgende opmerken.

75. Om te beginnen merkte de Commissie in haar memorie van antwoord op dat rekwirante, anders dan zij stelt, op 5 december 1996 wel degelijk toegang had tot het volledige dossier waarin voormelde klachten waren opgenomen, zoals blijkt uit een door een medewerkster van haar vertegenwoordiger ondertekend stuk dat de Commissie als bijlage heeft bijgevoegd. Volkswagen heeft de juistheid van deze verklaring niet betwist.

76. Ten tweede, indien rekwirante zich ervan had willen verzekeren dat het Gerecht die klachten niet als bewijselementen zou gebruiken, dan had zij haar bezwaar daartegen op zijn laatst tijdens de terechtzitting kenbaar moeten maken, wat zij niet heeft gedaan; evenmin heeft zij bij wijze van uitzonderlijke maatregel om heropening van de schriftelijke behandeling of om verlenging van haar spreektijd tijdens de terechtzitting verzocht. Rekwirante heeft daarentegen blijkens de inhoud van de bij haar verzoekschrift gevoegde mondelinge voordracht, enkel twijfel geuit over de bewijskracht van het geringe aantal klachten, vergeleken met de uitvoer van meer dan 19 000 auto's door de Italiaanse dealers. In die omstandigheden belette niets het Gerecht om in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht naar bewijsstukken te verwijzen, die naar behoren ter kennis waren gebracht.

77. In de derde en laatste plaats staat niet vast dat het Gerecht een van zijn conclusies op die klachten heeft gebaseerd: het verwijst slechts in algemene zin naar de klachten in punt 105 van het bestreden arrest, nadat het de inhoud had weergegeven van andere eveneens in de beschikking van de Commissie genoemde klachten, die het in punt 115 als „voldoende representatief" voor het geheel kwalificeert, zij het dat het de klachten had ingeleid met de zin „In wat volgt zal nader worden ingegaan op bepaalde". Ondanks het gebrek aan precisie en zelfs indien rekwirante het voordeel van de twijfel wordt gegund en er vanuit wordt gegaan dat het Gerecht deze klachten daadwerkelijk als bewijselementen heeft gebruikt, moet het middel om de hierboven gegeven redenen als ongegrond worden afgewezen.

Het zevende middel: fout in de definitie van de motiveringsplicht van de Commissie

78. Rekwirante komt tegen het arrest op, omdat het Gerecht haars inziens de motiveringsplicht van artikel 253 EG onjuist opvat. Zij geeft drie voorbeelden van bezwaren tegen de mededeling van punten van bezwaar die in de latere beschikking van de Commissie niet zijn beantwoord. Het Gerecht wees de vorderingen van verzoekster af op grond dat „de motivering

van de bestreden beschikking de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking [doet] komen, zodat verzoekster de motieven van de bestreden beschikking kon kennen en haar rechten verdedigen, en het Gerecht zijn toezicht op de gegrondheid van de beschikking kan uitoefenen" [20], en stelde vast dat „het niet aan de Commissie stond om te antwoorden op verzoeksters gedetailleerde bezwaren" maar dat het voldoende was dat zij dit deed met betrekking tot „sommige opmerkingen" in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. [21] Volgens deze benadering zou de motivering van een administratieve beschikking geen andere functies dienen, zoals het verduidelijken van de daaraan ten grondslag liggende redenering, het informeren van het publiek, de betrokken onderneming van de gegrondheid overtuigen, en zo tot de acceptatie ervan bijdragen, of voorkomen dat de Commissie een door haar medewerkers voorgestelde gebrekkige tekst vaststelt.

79. Alhoewel ik me kan vinden in de wens van rekwirante dat de motivering van administratieve beschikkingen de verschillende door haar genoemde functies zou moeten vervullen, moet ik vaststellen dat de omschrijving van de in artikel 253 EG voorziene plicht, die in de punten 297 en 299 van het bestreden arrest naar voren komt, geheel rechtens is, zoals reeds vele malen in de rechtspraak is bevestigd. [22]

80. Dit middel is derhalve ongegrond en moet eveneens worden afgewezen.

Het achtste middel: ontoereikende motivering van de hoogte van de opgelegde geldboete

81. Volgens rekwirante voldoen de overwegingen in de punten 347 en 348 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht enkel stelt dat de door de Commissie opgelegde geldboete van 102 000 000 ECU „niet abnormaal hoog" is en dat het bedrag van de geldboete „moet worden verlaagd" tot 90 000 000 EUR, niet aan de motiveringsplicht als bedoeld in artikel 33 juncto artikel 46 van 's Hofs Statuut-EG. De motivering had uitvoeriger moeten zijn, te meer daar de uitkomst bij toepassing van de door de Commissie gehanteerde berekeningscriteria aanzienlijk lager zou zijn geweest, namelijk een bedrag van om en nabij 50 000 000 EUR.

82. Rekwirante laakt dat het Gerecht niet de relatieve ernst van elk van de litigieuze gedragingen heeft beoordeeld en dat in het eindbedrag van de geldboete niet voldoende tot uitdrukking is gekomen dat verschillende van de ten laste gelegde feiten waren afgewezen, of dat was gebleken dat de inbreuk van kortere duur was. Buitendien had de omzet niet in aanmerking genomen mogen worden, nu de Commissie deze parameter voor het eerst in de loop van

20 — Punt 297 van het bestreden arrest.

21 — Punt 299 van het bestreden arrest.

22 — Het meest recente voorbeeld hiervan is, tenzij ik me vergis, het arrest van het voltallige Hof van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 41).

de procedure voor het Gerecht heeft aangevoerd en deze hoe dan ook volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 slechts relevant is voor het maximumbedrag.

83. Volkswagen is zich ervan bewust dat het Gerecht volgens de rechtspraak [23] bij een uitspraak over het bedrag van de geldboete die aan ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht zijn opgelegd, volledige rechtsmacht heeft en dat het niet aan het Hof staat, wanneer het in het kader van een hogere voorziening oordeelt over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht. Niettemin is zij van mening dat het Hof op zijn minst moet kunnen nagaan of het Gerecht niet de grenzen van zijn controlebevoegdheid heeft overschreden.

84. Ik herinner eraan dat het Gerecht, zoals rekwirante ook erkent, ter zake van geldboeten over een volledige rechtsmacht beschikt en niet gebonden is aan de hoogte van de geldboete, de berekeningsmethode of de beoordeling van de relatieve ernst en duur, de criteria waar de Commissie bijzondere betekenis aan toekent. Bovendien beschikt het Gerecht bij de oplegging van de geldboete over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid.

85. Anders dan rekwirante stelt, geeft het Gerecht wel degelijk aan om welke redenen het de geldboete niet verder heeft verlaagd. Nadat het in punt 347 van het bestreden arrest opmerkt dat het aan het Gerecht zelf staat de omstandigheden van de zaak te beoordelen teneinde het boetebedrag vast te stellen [24], wat inhoudt dat de verlaging niet noodzakelijk evenredig moet zijn aan de verlaging van de in aanmerking genomen duur en ook niet overeen hoeft te komen met de door de Commissie gehanteerde criteria, geeft het Gerecht onder verwijzing naar punt 336 zijn eigen beoordeling over de ernst van de inbreuk. Gezien het feit dat de inbreuk was bedoeld om een nationale markt af te schermen, acht het Gerecht een dergelijke inbreuk op zich zeer ernstig, daar hij ingaat tegen de meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap en inzonderheid de verwezenlijking van de interne markt: rekwirante heeft het tezamen met haar dochterondernemingen voor consumenten onmogelijk gemaakt onbeperkt te profiteren van de door het Verdrag ingestelde vrijheden van de gemeenschappelijke markt en aldus een van de belangrijkste verwezenlijkingen van de Europese constructie verstoord. Volgens het bestreden arrest was de handelwijze bovendien des te ernstiger wegens de omvang van de industriële groep die de inbreuk pleegde en omdat deze was gepleegd in weerwil van de waarschuwing die had moeten uitgaan van de vaste communautaire rechtspraak inzake nevenimporten in de automobielsector.

86. Het Gerecht stelt dat de omstandigheid dat enkele van de verweten onrechtmatige

23 — Onder verwijzing naar het arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 34).

24 — Zoals wordt bevestigd in het arrest van 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 111).

gedragingen met betrekking tot de regeling van gedeelde marges en de opzegging van bepaalde dealerovereenkomst onvoldoende zijn bewezen, niet afdoet aan de ernst van de inbreuk.

87. In die omstandigheden heeft het Gerecht, ervan uitgaande dat de door de Commissie opgelegde geldboete niet abnormaal hoog was nu zij ongeveer 0,5 % van de omzet in 1997 van de Volkswagen-groep in Italië, Duitsland en Oostenrijk en 0,25 % van de omzet van die groep in de Europese Unie bedroeg, en gelet op alle omstandigheden van het geval, de geldboete tot het reeds genoemde bedrag verlaagd.

88. Naar mijn mening heeft het Gerecht zijn handelwijze afdoende gemotiveerd. Ik stel daarom voor, ook het achtste middel als ongegrond af te wijzen.

Het negende middel: schending van het recht doordat de voortijdige bekendmaking van de beschikking niet is aangemerkt als een gebrek dat de geldigheid aantast

89. In de punten 279 tot en met 283 van het bestreden arrest kritiseert het Gerecht sterk dat essentiële elementen van de beschikking vóór de vaststelling ervan door het college van Commissieleden openbaar zijn gemaakt. Het wijst vervolgens echter de op grond van die onregelmatigheid gevorderde nietigverklaring af, omdat niets de veronderstelling wettigt dat het voorgestelde bedrag van de geldboete of de voorgestelde inhoud van de beschikking zou zijn gewijzigd indien de betrokken informatie niet was verspreid. Het Gerecht steunt zijn redenering op de rechtspraak van het Hof, inzonderheid het arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie [25], alsook op het arrest van het Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie. [26]

90. Rekwirante is van mening dat deze rechtspraak niet relevant is, aangezien de feiten die daaraan ten grondslag liggen, wezenlijk verschillen van die van de onderhavige zaak. Zij stelt dat de beslissing van het Gerecht er in de praktijk op neerkomt dat de Commissie bij dergelijke onregelmatigheden ongestraft blijft, aangezien moeilijk is aan te tonen dat een beschikking een andere inhoud zou hebben gehad indien de instelling rechtmatig had gehandeld. Het loutere risico van een dergelijke mogelijkheid zou dan ook moeten volstaan om de maatregel die op onrechtmatige wijze openbaar is gemaakt, nietig te verklaren. In casu was dat risico een gevolg van het feit dat het college van Commissieleden het voorgestelde bedrag van de geldboete, nadat dit eenmaal bekend was gemaakt, niet meer kon wijzigen zonder het in mededingingszaken bevoegde Commissielid in de ogen van het publiek in diskrediet te brengen.

25 — 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 91.

26 — T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 29.

91. Volgens de Commissie zijn de feitelijke verschillen tussen de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak en de onderhavige zaak, zo die al bestaan, van ondergeschikt belang. Zij stelt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de handelingen van de Commissie, die als college functioneert, en die van haar leden, en meent voorts dat de nietigverklaring van een beschikking enkel en alleen als sanctie om te voorkomen dat zich vergelijkbare feiten voordoen, geen enkele rechtsgrondslag heeft en hoe dan ook onevenredig zou zijn. Wat het risico betreft dat de voortijdige bekendmaking van het voorgestelde bedrag van de geldboete de beoordelingsvrijheid van de Commissieleden kan hebben aangetast, dit is een pure speculatie, die het gebrek aan bewijs van een causaal verband tussen de mededeling naar buiten en de inhoud van de beschikking niet kan goedmaken.

92. In de punten 279 tot een met 282 van het bestreden arrest acht het Gerecht allereerst bewezen dat vóór de vaststelling van de beschikking een essentieel element van het aan het adviescomité voorgelegde ontwerp, dat daarna ter definitieve goedkeuring aan het college van Commissieleden is voorgelegd, aan de pers is uitgelekt. Het betrof het bedrag van de geldboete die men voornemens was op te leggen, waarover het publiek met grote nauwkeurigheid werd geïnformeerd. Het Gerecht beklemtoont vervolgens dat een dergelijke onregelmatigheid onverenigbaar is met de geheimhoudingsplicht van de leden en personeelsleden van de instellingen als bedoeld in artikel 214 van het Verdrag; dat de waardigheid van de betrokken onderneming is aangetast, nu zij via de pers de inhoud van de sanctie die haar zeer waarschijnlijk zou worden opgelegd, heeft vernomen, en dat het beginsel van behoorlijk bestuur is geschonden. Tot slot, en dit is het voornaamste verwijt, schendt de voortijdige openbaarmaking het beginsel van het vermoeden van onschuld, aangezien de vermoedelijke beslissing aan de pers is meegedeeld nog voordat de betrokken onderneming formeel is veroordeeld.

93. Het Gerecht verbindt evenwel geen enkele consequentie aan die ernstige onregelmatigheid, aangezien niet is bewezen dat de beschikking een andere inhoud zou hebben gehad indien dit zich niet had voorgedaan.

94. Ik twijfel er niet aan dat de rechtspraak van het Hof over de vraag in hoeverre onregelmatigheden in de administratieve procedure tot ongeldigheid leiden, in het bestreden arrest correct is toegepast. De onderhavige zaak kenmerkt zich niet door wezenlijke bijzonderheden. Niettemin vraag ik me af of het Gerecht niet enkel en alleen op grond van zijn vaststelling dat een fundamenteel recht is geschonden, te weten het vermoeden van onschuld als bedoeld in artikel 6, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en artikel 48, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, ambtshalve de door het Hof in zijn arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie [27] voorgestane oplossing had moeten toepassen, namelijk verlaging van de geldboete wegens schending van een andere waarborg voor een eerlijk proces. Na enig beraad lijkt me dat

27 — C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417.

niet de aangewezen weg. Een dergelijke verlaging zou onvermijdelijk de vorm van een financiële vergoeding voor de geleden schade krijgen en tegelijkertijd een afschrikwekkende werking hebben. Buiten het feit dat ik, evenals advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Baustahlgewebe/Commissie, van mening ben dat de aangewezen procedure voor aanspraken van die aard een vordering tot schadevergoeding tegen de Gemeenschap is, is in casu echter geen sprake van een al dan niet impliciet verzoek in die zin; rekwirante kan dan ook slechts worden uitgenodigd de stappen te nemen die op grond van de schending van haar rechten, die door het Gerecht is vastgesteld, tot haar beschikking staan.

95. Ik stel derhalve voor het negende en laatste middel en daarmee de door Volkswagen ingestelde hogere voorziening in haar geheel af te wijzen.

IV — De incidentele hogere voorziening

96. De Commissie betwist de rechtsgrondslag van de verlaging van de geldboete in het bestreden arrest. Zij stelt dat het Gerecht, nadat het in punt 342 duidelijk had vastgesteld dat de aanmelding in 1988 van Convenzione B, waarin de 15 %-regel was neergelegd, niet op de door verordening nr. 17 vereiste wijze was geschied, niet nader op dit vraagstuk is ingegaan en in het volgende punt heeft vastgesteld dat „het feit dat deze overeenkomst reeds in 1988 aan de Commissie was meegedeeld, haar ertoe [zou] hebben moeten nopen de overeenkomst op zich niet als een element te beschouwen dat een verhoging van het boetebedrag wegens de ernst van de inbreuk rechtvaardigde". Het Gerecht was derhalve van oordeel dat de periode van 1988 tot 1992, tijdens welke de 15 %-regel de enige verweten handeling was, bij de vaststelling van de geldboete niet in aanmerking moest worden genomen, ook al zou deze regeling terecht als onverenigbaar met het Verdrag zijn beoordeeld. [28]

97. Deze benadering gaat volgens de Commissie in tegen de rechtspraak van het Hof, die het Gerecht zelf in punt 342 van zijn arrest heeft aangehaald. [29] Volgens deze rechtspraak geldt de boete-immuniteit van artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 enkel voor overeenkomsten die op de voorgeschreven wijze zijn aangemeld.

98. De Commissie betoogt dat de naleving van de formele aanmeldingsvereisten van artikel 4 van verordening nr. 27 haar in staat moet stellen de overeenkomst aan het mededingingsrecht te toetsen. Daarbij komt nog dat de Commissie de afzendster uitdrukkelijk had meegedeeld dat haar brief niet als een aanmelding kon worden aangemerkt en dat zij derhalve geen uitspraak kon doen over de verenigbaarheid van de overeenkomst met de mededingingsregels. Wanneer ook ondernemingen die een overeenkomst wel meedelen, maar niet aan de

28 — Punt 343 van het bestreden arrest.

29 — Arresten van 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie (gevoegde zaken 240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Jurispr. blz. 3831, punt 77), en 10 juli 1980, Distillers Company/Commissie (30/78, Jurispr. blz. 2229, punten 23 en 24).

overige vormvereisten voldoen, voor boete-immuniteit in aanmerking komen, zal de voornaamste stimulans voor ondernemingen om een formele aanmelding te doen geheel verdwijnen.

99. Gelet op het voorgaande verzoekt de Commissie het Hof, het bestreden arrest te vernietigen voorzover daarin de geldboete is verlaagd op grond dat met betrekking tot de toepassing van de 15 %-regel geen inbreuk is gepleegd tussen 1988 en 1992, en de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen om dit met inachtneming van dit aspect van de inbreuk een uitspraak over het definitieve bedrag van de geldboete te laten doen.

100. Volkswagen legt in haar verweer datzelfde fragment van het bestreden arrest aldus uit, dat de 15 %-regel onverenigbaar was met het Verdrag, ook in de periode van 1988 tot 1992, maar dat daarmee bij de berekening van de geldboete geen rekening behoefde te worden gehouden, omdat het de enige inbreuk was die haar gedurende die periode werd verweten. Bovendien beschikt het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht over een ruime beoordelingsbevoegdheid, zodat vernietiging van het arrest enkel aan de orde zou zijn indien mocht blijken dat het de grenzen van die bevoegdheid heeft overschreden.

101. Punt 343 van het bestreden arrest is enigszins onduidelijk. Ten eerste vermijdt het Gerecht nadrukkelijk een uitspraak over de geldigheid van de mededeling van Convenzione B in 1988. De formulering van het voorgaande punt versterkt deze indruk, zoals de Commissie zelf opmerkt. Het is daarom twijfelachtig of de vordering tot vernietiging kan slagen, nu deze is gebaseerd op het uitgangspunt dat het Gerecht de boete-immuniteit van artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 verkeerd heeft toegepast. Ten tweede blijkt niet duidelijk op welke andere grond het Gerecht kan hebben geweigerd een gedraging in aanmerking te nemen, die het zelf als onverenigbaar met het Verdrag had geoordeeld. Dit moet aldus worden uitgelegd, dat het Gerecht ervan is uitgegaan dat de aanmelding van 1988 diende om aan te tonen dat de 15 %-regel op zich niet voldoende ernstig was om een sanctie te rechtvaardigen. Hoe het ook zij, die onduidelijkheid moet in dit geval ten gunste van de betrokken onderneming uitvallen.

102. Om deze redenen stel ik voor, de incidentele hogere voorziening van de Commissie af te wijzen.

V — Kosten

103. Mocht het Hof beide hogere voorzieningen inderdaad afwijzen, dan dient elk der partijen in de eigen kosten te worden verwezen.

104. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dient het Hof, wanneer de hogere voorziening ongegrond is, te beslissen ten aanzien van de proceskosten. Artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt ten eerste, dat de in het ongelijk gestelde partij, voorzover dit is gevorderd, in de kosten wordt verwezen, en ten tweede dat, indien meer partijen in het ongelijk zijn gesteld, het Hof over de verdeling van de proceskosten beslist. Volgens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

In casu moet elk der partijen, nu de vorderingen en de middelen van beide partijen zijn afgewezen, in haar eigen kosten worden verwezen.

VI — Conclusie

105. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging zowel de door Volkswagen ingestelde hogere voorziening als de door de Commissie ingestelde incidentele hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, af te wijzen en elk der partijen in de eigen kosten te verwijzen.