

General Motors BV/Commissie - Het HvJ EG bevestigt het arrest van het GvEA

Gevolgen van een doelbeperking desondanks een blijvend aandachtspunt voor de Commissie

Mr. H.M. Cornelissen

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ('HvJ EG') bevestigde op 6 april 2006¹ het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg

('GvEA') van 21 oktober 2003,² waarbij de door de Commissie op 20 september 2000³ aan General Motors BV ('General Motors')⁴ opgelegde boete van 43 miljoen euro werd verlaagd naar 35,5 miljoen euro. Het HvJ EG achtte het 'rechtstreekse exportverbod zonder onderscheid' en het 'restrictief bonusbeleid' bewezen.

Het belangrijkste van de uitspraak is dat het HvJ EG de beboeting van de gedragingen door de Commissie weliswaar rechtmatig heeft beoordeeld, maar tegelijkertijd het belang van het onderzoek naar de gevolgen van een doelbeperking nog eens benadrukt.

HvJ EG 6 april 2006, zaak C-551/03 P, General Motors BV/Commissie, n.n.g.

Inleiding

De Commissie heeft zich verschillende malen uitgesproken over discriminerende bonussystemen van autofabrikanten die de bonus afhankelijk stelden van de bestemming van het motorvoertuig. Naast de al wat oudere Volkswagen-beschikking⁵ en de General Motors-beschikking, die het onderwerp vormt van deze bespreking, heeft de Commissie inmiddels ook Automobiles Peugeot SA en haar dochteronderneming Peugeot Nederland NV een geldboete opgelegd ('Peugeot-beschikking').⁶ Naar verwachting zal dit – voorlopig – de laatste zijn. De Commissie heeft althans geen andere onderzoeken naar dergelijke bonussystemen bekendgemaakt.

Het mag verbazen dat zoveel autofabrikanten exportverkoop niet meetellen bij het bepalen van de bonus nu de 'wet' op dit punt kristalhelder is. Zowel de thans geldende groepsvrijstellingsverordening voor de motorvoertuigensector, Verordening 1400/2002⁷, als de in de General Motors-zaak centraal staande voorgangster, Verordening 1475/95⁸, laten immers weinig aan duidelijkheid te wensen over. In Verordening 1475/95 was expliciet bepaald:

'De vrijstelling geldt niet, wanneer:

[...]'

*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, [...]'*⁹

¹ HvJ EG 6 april 2006, zaak C-551/03 P, General Motors BV/Commissie, n.n.g.

² GvEA 21 oktober 2003, zaak T-368/00, General Motors Nederland BV en Opel Nederland BV/Commissie, Jur. 2003, p. II-04491 ('General Motors-arrest van het GvEA').

³ Beschikking 2001/146/EG van de Commissie van 20 september 2000, zaak COMP/36.653, Opel Nederland BV en General Motors Nederland BV/Commissie, *Pb. EG* L 59/1 van 28 februari 2001 ('General Motors-beschikking'), zie IP/00/1028.

⁴ De beschikking was gericht aan General Motors Nederland BV en haar 100% dochteronderneming Opel Nederland BV. Beide vennootschappen zijn inmiddels gefuseerd tot General Motors BV. In het vervolg van dit artikel zal daarom worden gesproken van General Motors.

⁵ Beschikking 98/273/EG van de Commissie van 28 januari 1998, zaak IV/35.733, Volkswagen AG, *Pb. EG* L 124/60 van 25 april 1998, zie IP/98/94.

⁶ Beschikking 2006/431/EG van de Commissie van 5 oktober 2005, zaken COMP/E2/36.623, 36.820 en 37.275, SEP e.a./Automobiles Peugeot SA. De belangrijkste punten van deze beschikking zijn gepubliceerd in *Pb. EG* L 173/20 van 27 juni 2006, zie IP/05/1227.

⁷ Verordening (EG) Nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb. EG* L 203/30 van 1 augustus 2002 ('Verordening 1400/2002').

⁸ Verordening (EG) Nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenovereenkomsten inzake motorvoertuigen, *Pb. EG* L 145/25 van 29 juni 1995 ('Verordening 1475/95').

⁹ Artikel 6, lid 1, onder 8, Verordening 1475/95. In overweging 16 van de considerans van Verordening 1400/2002 staat het volgende te lezen: 'Ook bonusstelsels op basis van de bestemming van de voertuigen of elke andere vorm van discriminerende levering van producten aan distributeurs, zowel bij producttekorten als in andere gevallen, komen neer op een indirecte verkoopbeperking.'

De Commissie beschouwt de mogelijkheid voor eindgebruikers om producten in andere lidstaten tegen lagere prijzen aan te schaffen als een van de belangrijkste doelstellingen van de interne markt.¹⁰ Dit verklaart ook de betrokkenheid van Nederland bij twee van de drie hiervoor aangehaalde boetebeschikkingen. Nederlandse importeurs wensen de hoge BPM namelijk te compenseren met een lagere prijs vóór belastingen. De Nederlandse brutoprijzen zijn aanzienlijk lager dan die in de ons omringende landen. Duitsland heeft binnen de eurozone zelfs de hoogste prijzen voor belastingen.¹¹ Voor buitenlandse eindgebruikers kan het daarom aantrekkelijk zijn een nieuw motorvoertuig in Nederland aan te schaffen. Echter, fabrikanten wensen uit eigen belang de import van goedkope nieuwe motorvoertuigen uit Nederland door buitenlandse eindgebruikers enigszins te beperken, hetgeen regelrecht in strijd is met voornoemd uitgangspunt van de interne markt. Discriminerende bonussystemen worden dan ook als een hardcore-mededingingsbeperking aangemerkt.¹²

Overigens stelde de Commissie in de Peugeot-beschikking met zoveel woorden, dat geen mededingingsrechtelijke bezwaren bestaan tegen het hanteren van een bonussysteem, waarbij de voorwaarde wordt gehanteerd dat een bepaalde verkoopdoelstelling moet worden gehaald, welke verkoopdoelstelling een bepaald verkoopvolume binnen het primaire verzorgingsgebied van de dealer betreft. Echter, het voorgaande geldt alleen zolang geen sprake is van een discriminerend bonussysteem en de bonus bij het voldoen aan deze voorwaarde dus ook wordt uitgekeerd op exportverkoop.¹³ Het niet-uitkeren van de bonus op exportverkoop zou immers verder gaan dan noodzakelijk is om de dealers aan te sporen hun grootste verkoopinspanningen op hun primaire verzorgingsgebied te richten.

Hierna zal eerst de door General Motors gehanteerde exportbeperking en de beoordeling daarvan door de verschillende instanties, worden geanalyseerd. Vooral zal aandacht worden gegeven aan de beoordeling van het bonussysteem door het GvEA en het HvJ EG. De vraag of en in welke mate de Commissie de mededingingsbeperkende gevolgen van een discriminerend bonussysteem dient te onderzoeken en te bewijzen, staat daarbij centraal.

Exportbeperkingen General Motors

De exportbeperkingen van General Motors omvatten drie maatregelen:

1. een rechtstreeks exportverbod zonder onderscheid;
2. een restrictief leveringsbeleid waarbij de leveringen werden beperkt op basis van bestaande verkoopdoelstellingen;
3. een restrictief bonusbeleid waarbij de exportverkoop aan eindgebruikers werden uitgesloten van bonuscampagnes voor retailverkoop.

Algemeen

General Motors had de sterkst exporterende dealers er bij brief op gewezen dat hun export dermate groot was, dat deze wel eens in strijd kon zijn met de dealerovereenkomst. Eventuele antwoorden van de dealers zouden mogelijk getoetst worden door middel van het houden van een audit bij de desbetreffende dealers.

Tijdens de daaropvolgende directievergadering werd besloten dat bij voornoemde dealers daadwerkelijk een audit zou worden gehouden. De dealers die op de eerder verzonden brief hadden geantwoord, zouden per volgende brief van deze audit, alsmede van het feit dat productschaarste tot een beperkte allocatie zou leiden,

op de hoogte worden gebracht. Echter, in de uiteindelijke brief werd alleen de audit aangekondigd, over de beperkte allocatie werd niet gesproken. Tijdens de directievergadering werd tevens beslist dat de exportkwestie en de beperkte allocatie door de salesmanagers met de dealers zouden worden besproken. Dealers die de salesmanagers zouden mededelen de export niet te willen beëindigen, zouden worden verzocht met enkele directieleden van General Motors bijeen te komen.

Op grond van voornoemde brieven en het verslag van voornoemde directievergadering achtte het GvEA een algemene strategie ter beperking van de export bewezen. General Motors stelde dat alleen een beperking van de contractueel verboden export (verkoop aan buitenlandse niet-erkende wederverkopers) werd beoogd, maar het GvEA maakte hier korte metten mee. Het besluit voor export geen bonussen meer toe te kennen, kon naar zijn aard slechts contractueel toegestane exportverkoop betreffen, omdat bonussen nooit aan verboden exportverkoop worden toegekend.¹⁴

Rechtstreeks exportverbod

Uit de door de Commissie verzamelde documenten kwam naar voren dat negen dealers door interventie van General Motors hadden besloten hun exportactiviteiten te staken. Deze interventie bestond onder meer uit aan de dealers gerichte instructies en verbo-

¹⁰ Artikel 6, lid 1, onder 7, Verordening 1475/95 bepaalde dat de vrijstelling niet gold wanneer '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 en daarvoor klantenservice te verkrijgen, of aan die van de eindgebruikers om de contractproducten of daarmee overeenstemmende producten te wederverkopen, voor zover de verkoop geen handelsoogmerk heeft.'

¹¹ Zie de meest recente versie van het tweejaarlijkse rapport inzake prijzen van motorvoertuigen, *Car prices at 1/11/2005, Main highlights: car price differentials across EU remain unchanged*. (http://ec.europa.eu/comm/competition/car_sector/price_diffs/2005_11_a.pdf).

¹² Artikel 6, lid 1, onder 7 en 8, Verordening 1475/95 en artikel 4, lid 1, onder d, Verordening 1400/2002. Zie ook de antwoorden op de vragen 41 en 43 in de Verklarende Brochure bij Verordening 1400/2002 (http://ec.europa.eu/comm/competition/car_sector/explanatory_brochure_nl.pdf).

¹³ Zie punt 19 van de belangrijkste punten van de Peugeot-beschikking, *Pb. EG L 173/20* van 27 juni 2006: 'In dit verband dient te worden opgemerkt dat in de beschikking niet wordt betwist dat de automobielproducent de mogelijkheid heeft zijn commercieel beleid aan te passen aan de vereisten van de verschillende nationale markten om een zo hoog mogelijke penetratiegraad op deze markten te behalen. In de beschikking wordt inderdaad niet betwist dat de automobielproducent met zijn dealers afspraken kan maken over verkoopdoelstellingen die worden vastgesteld op grond van de verkoopcijfers die in het contractgebied moeten worden gehaald en evenmin wordt betwist dat de automobielproducent passende stimulerende maatregelen kan treffen, in het bijzonder in de vorm van een prestatiebonus, om zijn dealers aan te sporen hun verkoopvolume te verhogen in het aan hen toegewezen gebied.' Zie ook artikel 4, lid 1, Verordening 1475/95 en het antwoord op vraag 43 in de Verklarende Brochure bij Verordening 1400/2002.

¹⁴ R.o. 49 van het General Motors-arrest van het GvEA.

den om motorvoertuigen te exporteren. Deze instructies en verboden werden tijdens bedrijfsbezoeken gegeven.¹⁵

Het GvEA oordeelde dat nu deze maatregel genomen was in het kader van een algemene strategie ter beperking van de export, de Commissie terecht tot het oordeel was gekomen dat sprake was van een hardcore-mededingingsbeperking. Nu het een doelbeperking betrof, behoeften de *concrete* gevolgen van deze maatregel niet te worden onderzocht.¹⁶

Nog niet zolang geleden is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven bevestigd dat in toenemende mate dient te worden gekeken naar de economische effecten van een inbreuk met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁷ Dit betekent dat ook in geval van een hardcore-mededingingsbeperking dient te worden onderzocht of sprake is van een merkbare mededingingsbeperking (en merkbare ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel). De Commissie had daar in de onderhavige zaak aan voldaan. Vast was komen te staan dat de desbetreffende negen dealers maar liefst 65% van alle exportverkopten voor hun rekening namen. Het exportvolume zou als gevolg van het exportverbod dan ook aanzienlijk dalen. Met inachtneming van het voorgaande en gelet op de totale export aantallen en de positie van het merk Opel op de markten voor motorvoertuigen, was de merkbaarheid gegeven.¹⁸

Uit voorgaande overwegingen van het GvEA blijkt dat de Commissie er zelfs in geval van een doelbeperking niet aan ontkomt, ook de (concrete) gevolgen van een doelbeperking te onderzoeken en te bewijzen. Zonder een dergelijk onderzoek zal de (kwantitatieve) merkbaarheid van de mededingingsbeperking in de meeste gevallen immers niet kunnen worden aangetoond. Dit oordeel van het GvEA maakte overigens geen onderdeel uit van het beroep.

Restrictief leveringsbeleid

Zoals opgemerkt, stond vast dat de directie van General Motors weliswaar had besloten de exporterende dealers mee te delen dat de leveringen voortaan zouden worden beperkt, maar werd dit besluit niet uitgevoerd. In die omstandigheden was naar het oordeel van het

GvEA niet rechtens voldoende bewezen dat het restrictief leveringsbeleid ter kennis van de dealers was gebracht en nog minder dat deze maatregel deel was gaan uitmaken van de handelsbetrekkingen tussen General Motors en haar dealers. Met verwijzing naar vaste jurisprudentie herinnerde het GvEA de Commissie er nog eens aan dat zij voldoende nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen dient te verzamelen, die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de gestelde inbreuk heeft plaatsgevonden.¹⁹

De Commissie heeft deze les van het GvEA blijkbaar ter harte genomen door de maatregel van Automobiles Peugeot SA en haar dochteronderneming Peugeot Nederland NV niet zoals in de onderhavige zaak te omschrijven als het hanteren van een restrictief leveringsbeleid, maar als *'op de dealers uitgeoefende druk die het effect van het discriminerende bonussysteem versterkte'*. Ook in de Peugeot-zaak was sprake van directe tussenkomst of tussenkomst door accountmanagers bij de dealers, alsmede van dreigingen met leveringsbeperkingen. Dat de Commissie zich niet twee keer aan dezelfde steen wilde stoten blijkt ook uit het feit dat zij ditmaal bewijs heeft geleverd in de vorm van notulen, waaruit blijkt dat de Vereniging Peugeot Dealers Nederland het nemen van beperkende maatregelen inzake de levering van bepaalde modellen en het verwijderen van de meest geëxporteerde modellen heeft ondersteund en dat de dealers tijdens bijeenkomsten met Peugeot Nederland NV met de doelstellingen van de beperkende maatregelen instemden.²⁰

Ook dit oordeel van het GvEA over het restrictief leveringsbeleid maakte geen onderdeel uit van het beroep van General Motors.

Restrictief bonusbeleid

General Motors erkent dat export niet wordt meegerekend bij de bepaling van de bonus. Echter, zij stelde zich op het standpunt dat de dealers nooit uitdrukkelijk of stilzwijgend hadden ingestemd met de beperking van de exportverkopten. Ondanks het feit dat de dealers deelnamen aan het bonussysteem, wees een rapport van NERA volgens General Motors uit dat de omvang van de exportverkopten door het bonussysteem niet ongunstig beïnvloed was, hetgeen zou aantonen dat de dealers niet met de exportbeperking hadden ingestemd. Daarnaast zou het bonussysteem niet tot doel hebben gehad de mededinging te beperken. Ten slotte stelde General Motors dat het restrictief bonusbeleid geen mededingingsbeperking tot gevolg had gehad. De export was niet merkbaar gedaald, hetgeen niet verwonderlijk was, omdat de normale marge voldoende was om exportverkopten winstgevend te maken. Het restrictief bonusbeleid zou slechts een mededingingsbeperkend gevolg kunnen hebben gehad indien het was gecombineerd met een leveringsbeperking, welke General Motors nooit had uitgevoerd.

Met betrekking tot het eerste punt oordeelde het GvEA dat de busaanvragen van de dealers waren behandeld volgens de toen geldende voorwaarden die de exportverkopten uitsloten. Deze voorwaarden waren daardoor bestanddeel geworden van de dealerovereenkomsten en opgenomen in het geheel van doorlopende handelsbetrekkingen die in een tevoren gesloten algemene overeenkomst waren geregeld. Daarvoor was naar het oordeel van het GvEA sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag.²¹ Dit oordeel lijkt mij juist. In tegenstelling tot de handelwijze van de distributeurs in het arrest Bayer/Commissie²², hebben de dealers de maatregel in de onderhavige zaak immers niet bewust omzeild, maar hebben zij stilzwijgend geaccepteerd dat ze geen bonus op exportverkopten uitgekeerd kregen.

¹⁵ R.o. 130-150 van het General Motors-arrest van het GvEA.

¹⁶ R.o. 154-155 van het General Motors-arrest van het GvEA.

¹⁷ CBb 28 oktober 2005, AWB 04/794 en 04/829, Vereniging Modint en Modint Credit & Finance B.V./Raad van Bestuur van de NMa, LJN-nummer: AU5316 en 7 december 2005, AWB 04/237 en 04/249, Secon Group B.V. en G-Star International B.V./Raad van bestuur van de NMa, LJN-nummer: AU8309.

¹⁸ R.o. 151-153 van het General Motors-arrest van het GvEA.

¹⁹ R.o. 78-88 van het General Motors-arrest van het GvEA, waarin wordt verwezen naar het arrest van het HvJ EG van 28 maart 1984, zaken 29/83 en 30/83, CRAM en Rheinzink/Commissie, Jur. p. 1679 en het arrest van het GvEA van 21 januari 1999, zaken T-185/96, T-189/96 en T-190/96, Rivera Auto Service e.a./Commissie, Jur. p. II-93.

²⁰ Zie punt 10-13 van de belangrijkste punten van de Peugeot-beschikking, Pb. E.G.L 173/20 van 27 juni 2006.

²¹ R.o. 98 van het General Motors-arrest van het GvEA, waarin het GvEA de standaardjurisprudentie aanhaalt: arrest van het HvJ EG van 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG/Commissie, Jur. p. 3151 en arrest van het HvJ EG van 17 september 1995, zaken 25/84 en 26/84, Ford/Commissie, Jur. p. 2725.

²² HvJ EG 6 januari 2004, gev. zaken C-2/01P en C-3/01P, Bayer/Commissie, Jur. 2004, p. I-00023.

Inzake het doel van het restrictief bonusbeleid oordeelde het GvEA dat de Commissie terecht heeft betoogd dat de economische speelruimte van de dealers bij exportverkopten geringer was geworden dan bij binnenlandse verkopen. Volgens het GvEA waren de dealers *'immers gedwongen om aan buitenlandse klanten minder gunstige voorwaarden te geven dan aan nationale klanten, en dus genoegen te nemen met een lagere marge bij exportverkopten'*. In plaats van de woorden *'en dus'* zal het GvEA mijns inziens *'en/of'* hebben bedoeld. Het GvEA vervolgt immers met de overweging *'Door de intrekking van de bonussen voor de exportverkopten werden deze voor de buitenlandse klanten of voor de dealers minder interessant.'* De dealers hadden immers de keuze: ofwel voor zowel binnenlandse eindgebruikers als buitenlandse eindgebruikers dezelfde prijzen hanteren met minder marge op de verkopen aan buitenlandse eindgebruikers, ofwel dezelfde marge realiseren als gevolg waarvan de prijzen voor buitenlandse eindgebruikers hoger zouden worden dan die voor binnenlandse klanten.²³ Hoe dan ook, het restrictief bonusbeleid had in ieder geval voor een van beide partijen negatieve gevolgen. Ook zonder dat sprake was van een leveringsbeperking kon de maatregel daarom naar zijn aard de mededinging beperken. Bovendien stond vast dat General Motors een vermindering van de exportverkopten beoogde. Gelet op zowel de aard als het deel van de maatregel diende deze te worden beschouwd als een doelbeperking, aldus het GvEA.²⁴

Het HvJ EG herhaalt vervolgens nog eens de hoofdregel dat bij de beoordeling van een overeenkomst onder artikel 81 niet alleen rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van een overeenkomst, maar ook met andere factoren, zoals de doelstellingen die de overeenkomst als zodanig beoogt, tegen de achtergrond van de economische en juridische context. Hieraan wordt voldaan, indien een overeenkomst duidelijk doet blijken van de wil om exportverkopten ongunstiger te behandelen dan binnenlandse verkopen en aldus tot gevolg heeft dat de betrokken markt wordt afgeschermd. Dit kan ook met indirecte maatregelen worden verwezenlijkt, voor zover deze de economische voorwaarden van de betrokken transacties beïnvloeden.²⁵

Het HvJ EG voegt hieraan toe dat een overeenkomst ook dan als beperkend kan worden beschouwd, wanneer deze niet *alleen* tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook legitieme doelstellingen nastreeft.²⁶

Het GvEA had geoordeeld dat volgens vaste jurisprudentie in geval van een doelbeperking de concrete gevolgen van een overeenkomst niet in aanmerking behoeven te worden genomen.²⁷ Desondanks overwoog het GvEA dat de cijfers uit het NERA-rapport niet uitsluiten dat de exportverkopten zonder het restrictief bonusbeleid hoger zouden zijn geweest en dat de Commissie terecht had opgemerkt dat het onmogelijk was vast te stellen hoeveel exporttransacties daadwerkelijk door het restrictief bonusbeleid waren verhinderd.²⁸

In reactie op het door General Motors aangevoerde middel met betrekking tot de gevolgen van het restrictief bonusbeleid merkte het HvJ EG op dat volgens vaste jurisprudentie, *'om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het gevolg ervan is, de mededinging moet worden gezien binnen het feitelijk kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen'*.²⁹ In een situatie zoals de onderhavige dient volgens het HvJ EG te worden onderzocht hoe de dealers zich zouden hebben gedragen en hoe de mededingingssituatie op de betrokken markt eruit zou hebben gezien, wanneer export-

verkopten ook voor een bonus in aanmerking zouden zijn gekomen. Het HvJ EG oordeelt dat het GvEA dit onderzoek heeft verricht, met name door vast te stellen dat de economische speelruimte van de dealers bij exportverkopten geringer was geworden dan bij binnenlandse verkopen.³⁰

Heeft het HvJ EG hier nu geoordeeld dat ook in geval van een doelbeperking de concrete gevolgen van een overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen om te beoordelen of een overeenkomst als verboden dient te worden beschouwd?

Ik denk het niet. De Commissie baseerde haar beschikking weliswaar primair op de stelling dat het restrictief bonusbeleid tot doel had de mededinging te beperken, maar voerde als alternatief aan dat dit bonusbeleid tevens tot gevolg had dat de mededinging werd beperkt. Ook deze subsidiaire stelling dient derhalve te worden onderzocht. Bovendien refereert het HvJ EG in r.o. 72 expliciet aan de gevolgen.

Het HvJ EG heeft daarbij echter verwarring gecreëerd. De Commissie en het GvEA hadden immers onderzoek gedaan naar de gevolgen van het restrictief bonusbeleid in het kader van de stelling dat het restrictief bonusbeleid naar zijn aard mededingingsbeperkend was en er dus sprake was van een doelbeperking. Echter, het HvJ EG lijkt te suggereren dat het GvEA dit onderzoek gedaan zou hebben in het kader van het gevolgonderzoek.

Hoe dan ook, uit deze zaak kan worden afgeleid dat onderzoek naar en bewijs van de feitelijke situatie waarin de mededinging zich concreet afspeelt noodzakelijk is om de aard van een concurrentiebepalende maatregel vast te stellen. Zoals hiervoor al opgemerkt, geldt hetzelfde voor de merkbaarheid. De Commissie doet er naar mijn idee dan ook goed aan altijd onderzoek uit te voeren en bewijs aan te dragen van de gevolgen van een restrictieve maatregel. Als

²³ Tusseliggende mogelijkheden, zoals een mix van beide maatregelen of het uitsmeren van de lagere marge op exportverkopten over zowel de prijzen voor binnenlandse eindgebruikers als voor buitenlandse eindgebruikers worden voor het gemak verder buiten beschouwing gelaten.

²⁴ R.o. 100-102 van het General Motors-arrest van het GvEA, waarin het GvEA wederom standaardjurisprudentie aanhaalt: HvJEG 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller/Commissie, Jur. p. 131, HvJ EG 8 november 1983, gev. zaken 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, IAZ e.a./Commissie, Jur. p. 3369 en HvJEG 28 maart 1984, gev. zaken 29/83 en 30/83, Cram en Rheinink/Commissie, Jur. p. 1679.

²⁵ R.o. 66-70 van het General Motors-arrest.

²⁶ R.o. 64 van het General Motors-arrest, waarin het HvJ EG verwijst naar zijn vaste jurisprudentie: arrest van het HvJ EG van 13 juli 1966, zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig/Commissie, Jur. p. 450 en 516, arrest van het HvJ EG van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, zie voetnoot 25, arrest van het HvJ EG van 8 juli 1999, zaak C-235/92 P, Montecatini/Commissie, Jur. p. I-4539 en arrest van het HvJ EG van 15 oktober 2002, zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, Jur. p. I-8375.

²⁷ R.o. 104 van het General Motors-arrest van het GvEA.

²⁸ R.o. 105 van het General Motors-arrest van het GvEA.

²⁹ R.o. 72 van het General Motors-arrest, waarin het HvJ EG verwijst naar haar vaste jurisprudentie: arresten van 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, Deere/Commissie, Jur. p. I-3111 en zaak C-8/95 P, New Holland Ford / Commissie, Jur. p. I-3175.

³⁰ R.o. 73-74 van het General Motors-arrest.

uit die marktanalyse blijkt dat de restrictieve maatregel een zodanig groot potentieel heeft om de mededinging negatief te beïnvloeden, dan is zij naar haar aard al in strijd met artikel 81 EG. Indien daadwerkelijk mededingingsbepalende effecten worden aangetoond, is zij zeker in strijd met artikel 81 EG.

Met betrekking tot de concrete gevolgen oordeelde de Commissie in deze zaak dat niet viel te zeggen hoeveel exportverkopen feitelijk werden verhinderd, maar General Motors deed volgens haar wel alles wat in haar macht lag om het grootst mogelijke effect te krijgen. Niet alleen exportverkopen aan Duitse eindgebruikers – zoals General Motors stelde – maar alle exportverkopen werden volgens de Commissie beperkt.³¹ Hiermee lijkt de Commissie dan ook voornamelijk de merkbaarheid te hebben willen aantonen. Opvallend is dat de Commissie ook in de Peugeot-beschikking de ‘merkbare en kwantificeerbare gevolgen van de maatregelen’ aanvoerde.³²

Boete

Ten slotte enige aandacht voor de boete die General Motors werd opgelegd. Deze is gebaseerd op zogenaamde boeterichtsnoeren uit 1998 (‘boeterichtsnoeren 1998’).³³ Hierin staat beschreven dat allereerst een basisbedrag wordt vastgesteld waarop bij verzwarende omstandigheden een verhoging en bij verzachtende omstandigheden een verlaging wordt toegepast. Het basisbedrag bestaat uit de som van het bedrag dat is vastgesteld op basis van de zwaartecategorie van de inbreuk en het bedrag dat op grond van de duur aan de inbreuk is gekoppeld.

Zwaarte

Met een verwijzing naar het Volkswagen-arrest van het GvEA³⁴ werd de inbreuk van General Motors als ‘zeer zwaar’ aangemerkt. De boeterichtsnoeren 1998 koppelen hieraan mogelijke boetebedragen van meer dan 20 miljoen euro. Het GvEA achtte het passend

om General Motors met betrekking tot de zwaarte een boetebedrag van 33 miljoen euro op te leggen.³⁵ Zoals beschreven in de boeterichtsnoeren 1998,³⁶ werd dit relatief hoge bedrag gerechtvaardigd vanwege (a) het marktafscherpende doel van de maatregelen, waardoor een van de meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap werd tegengewerkt, (b) door de omvang van General Motors en de betekenis van het merk Opel op de Europese markt, in het bijzonder op de Duitse en de Nederlandse markt, (c) het feit dat de inbreuk werd gepleegd ondanks de waarschuwing die van de eerdere beschikkingspraktijk en vaste jurisprudentie inzake parallelimport was uitgegaan en (d) de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Bovendien werd rekening gehouden met het feit dat General Motors opzettelijk had gehandeld en geweten moest hebben dat het een doelbeperking betrof.³⁷

Ondanks dat de Commissie in haar boeterichtsnoeren 1998 slechts de verplichting is aangegaan rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt wanneer deze meetbaar is, kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat de Commissie ook ter bepaling van de hoogte van de boete in een inbreukprocedure gehouden is de concrete gevolgen van een inbreuk te onderzoeken. Pas ná een dergelijk onderzoek kan immers worden vastgesteld of deze concrete gevolgen meetbaar zijn of niet. In de onderhavige zaak werd de Commissie hierop nog eens fijntjes gewezen door het GvEA. Echter, het GvEA oordeelde dat de Commissie terecht had betoogd dat het in casu onmogelijk was te bepalen hoeveel exporttransacties door de maatregelen daadwerkelijk waren verhinderd.³⁸

Gelet op het voorgaande zou de Commissie er mijns inziens ook om deze reden verstandig aan doen om zelfs wanneer het om een doelbeperking gaat, uitvoerig onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van de inbreuk in kwestie en deze gevolgen (uitgebreid) te motiveren in haar beschikking. Op deze manier wordt voorkomen dat de Commissie in de toekomst over de gevolgen van een doelbeperking zal struikelen.

Duur

Vast staat dat de inbreuk van General Motors 17 maanden heeft geduurd. Bij inbreuken met een duur van 1 tot 5 jaar gaat het volgens de boeterichtsnoeren 1998 om een inbreuk van ‘middellange duur.’ Hiervoor kan een verhoging worden opgelegd tot maar liefst 50% van het bedrag dat op basis van de zwaarte van de inbreuk wordt opgelegd. Gelet op het feit dat de ‘rechtstreekse verboden’ reeds in een eerder stadium werden ingetrokken, kon het GvEA instemmen met een verhoging van het basisbedrag met 7,5% van 33 miljoen euro, zodat het basisbedrag uiteindelijk op (afgerond) 35,5 miljoen euro uitkwam.

Afwezigheid van verzwarende of verzachtende omstandigheden

Verzwarende of verzachtende omstandigheden werden niet aanwezig geacht. De boeterichtsnoeren 1998 noemen het beëindigen van de inbreuk na het eerste optreden van de Commissie (met name na de verificaties) als mogelijke verzachtende omstandigheid. In dat kader heeft General Motors zich erop beroepen dat zij de inbreuk beëindigde voordat zij de mededeling van de punten van bezwaar ontvangen had. Deze beëindiging vond echter pas ruim een jaar na de verificaties plaats. Het HvJ EG bevestigde op die grond dat het GvEA in die omstandigheden kon oordelen dat de Commissie niet verplicht was deze beëindiging als verzachtende omstandigheid in aanmerking te nemen.³⁹ Dit ondanks het feit dat de Commissie een

³¹ Punt 135 van de General Motors-beschikking. Zie ook r.o. 99 van het General Motors-arrest van het GvEA: Het GvEA merkt op dat deze beschikking voornamelijk gebaseerd was op de stelling dat de gewraakte maatregelen tot doel hadden de mededinging te beperken.

³² Punten 24-27 van de belangrijkste punten van deze beschikking zijn gepubliceerd in *Pb. EG L 173/20* van 27 juni 2006.

³³ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, *Pb. EG C 9/3-5* van 14 januari 1998 (http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/98c9_nl.html).

³⁴ GvEA 6 juli 2000, zaak T-62/98, Volkswagen AG/Commissie, *Jur. 2000*, p. II-02707 (zie *IP/00/725*), HvJ EG 18 september 2003, zaak C-338/00, Volkswagen AG/Commissie, *Jur. 2003*, p. I-09189.

³⁵ Met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk had de Commissie aanvankelijk een boetebedrag van 40 miljoen euro vastgesteld. Dit bedrag was mede gebaseerd op het aantal gewraakte maatregelen. Nu het GvEA het restrictieve leveringsbeleid niet bewezen achtte, oordeelde het GvEA dat een verlaging tot 33 miljoen euro passend was (zie r.o. 200 van het General Motors-arrest van het GvEA).

³⁶ Zie onder punt 1 A.

³⁷ Zie r.o. 191-199 van het General Motors-arrest van het GvEA.

³⁸ Zie r.o. 195-196 van het General Motors-arrest van het GvEA.

³⁹ Zie r.o. 85-89 van het General Motors-arrest.

vergelijkbaar tijdstip van beëindiging in een eerdere zaak wél als verzachtende omstandigheid had aangemerkt.⁴⁰ De Commissie beschikt echter volgens vaste jurisprudentie over een beoordelingsbevoegdheid bij het bepalen van het bedrag van de geldboete, ten einde het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven.⁴¹ Vermoedelijk heeft de Commissie in de General Motors-zaak zwaar laten meewegen dat General Motors niet alleen als gevolg van de verificaties al eerder had kunnen weten dat haar maatregelen een inbreuk vormden, maar ook op grond van de reeds bestaande jurisprudentie inzake parallelimport.

Nieuwe boeterichtsnoeren

Onlangs heeft de Commissie nieuwe boeterichtsnoeren vastgesteld, die de boeterichtsnoeren 1998 zullen vervangen ('nieuwe boeterichtsnoeren').⁴² Hoewel deze nieuwe boeterichtsnoeren geen verandering (kunnen) brengen in de in Verordening 1/2003 vastgelegde maximale boete, zullen inbreuken in de toekomst naar verwachting hoger worden beboet. De nieuwe boeterichtsnoeren worden van toepassing op elke boetebeschikking waarbij de mededeling van de punten van bezwaar door de betrokken onderneming is ontvangen nadat de nieuwe boeterichtsnoeren in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen zijn gepubliceerd. Naar verwachting vindt deze publicatie in september 2006 plaats.

De belangrijkste verschillen betreffen, kort gezegd, dat:

- het basisbedrag zal worden vastgesteld op een percentage tot maar liefst 30% van de waarde van de verkopen waarop de inbreuk betrekking heeft. Het percentage voor een zeer zware inbreuk zal derhalve dicht in de buurt van 30% liggen. Met het gegeven van een zeer zware inbreuk en gelet op de prijzen van nieuwe motorvoertuigen, zou het basisbedrag voor General Motors vermoedelijk hoger zijn uitgekomen dan 33 miljoen euro;
- voornoemd basisbedrag zal worden vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk heeft geduurd (afgerond op halve jaren). In de General Motors-zaak zou het basisbedrag van 33 miljoen euro derhalve met 1,5 worden vermenigvuldigd en uitkomen op niet minder dan 49,5 miljoen euro. In de Peugeot-beschikking ging het om een inbreuk van 6 jaar en 9 maanden, hetgeen een vermenigvuldigingsfactor van 7 voor het basisbedrag tot gevolg zou hebben;
- los van de duur van de inbreuk zal de Commissie in bepaalde gevallen een bepaald bedrag van 15 tot 25% van de waarde van de verkopen bij het basisbedrag betrekken als zogenaamde 'entry fee'. Deze entry fee heeft als doel ondernemingen er bij voorbaat van te weerhouden aan een kartel deel te nemen en/of marktverdelings- en/of leveringsbeperkende afspraken te maken. De Commissie behoudt zich echter het recht voor een dergelijke entry fee ook op andere inbreuken toe te passen;
- ten slotte kan het basisbedrag in geval van voortdurende of (meerdere) herhaalde inbreuken met 100% worden verhoogd. Hierbij wordt gekeken of de betrokken onderneming de inbreuk voortzet of herhaalt nadat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit deze heeft vastgesteld. Het voorgaande heeft te gelden als een verzwarende omstandigheid.

Het behoeft geen betoog dat de fabrikanten en importeurs die er een restrictief bonusbeleid op na hielden, er onder de nieuwe boeterichtsnoeren nog slechter van af zouden zijn gekomen. De afschrikkende werking zal naar verwachting dan ook wel zijn vruchten afwerpen.

Conclusie

Mocht een fabrikant en/of importeur in de toekomst toch nog eens een discriminerend bonussysteem gaan hanteren, dan is de Commissie gewaarschuwd dat zij er verstandig aan doet ook de concrete gevolgen daarvan nauwkeurig te onderzoeken en te bewijzen.

Echter, nu het boeterisico met de nieuwe boeterichtsnoeren zodanig is verhoogd, mag van fabrikanten en importeurs worden verwacht dat zij zich in de toekomst eerst eens flink achter de oren zullen krabben, alvorens een dergelijk bonussysteem te (her)introduceren.

⁴⁰ Beschikking 2002/405/EG van de Commissie van 20 juni 2001, zaak COMP/E-2/36.041/PO, Michelin, *Pb. EG L* van 31 mei 2002.

⁴¹ R.o. 189 van het General Motors-arrest van het GvEA waarin deze jurisprudentie staat opgesomd.

⁴² Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2002 (text with EEA relevance), (http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines_en.pdf), zie IP/06/857 en MEMO/06/256 van 28 juni 2006.