ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

30 april 2009 *

In zaak T-18/03,

CD-Contact Data GmbH, gevestigd te Burglengenfeld (Duitsland), vertegenwoordigd door J. de Pree en R. Wesseling, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Oliver, X. Lewis en O. Beynet als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 2003/675/EG van de Commissie van 30 oktober 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst (COMP/35.587 PO Videospelletjes, COMP/

* Procestaal: Engels.

35.706 PO Distributie van Nintendo en COMP/36.321 Omega — Nintendo) (PB 2003, L 255, blz. 33),

wijst

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: E. Martins Ribeiro, kamerpresident, S. Papasavvas en N. Wahl (rapporteur), rechters,

griffier: C. Kantza, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 mei 2008,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1. *Betrokken ondernemingen*

1 Nintendo Co., Ltd (hierna: „NCL" of „Nintendo"), een beursgenoteerde vennootschap die is gevestigd te Kyoto (Japan), is de vennootschap aan het hoofd van de Nintendo-groep, die bestaat uit vennootschappen die zijn gespecialiseerd in de productie en de distributie van videospelconsoles en van videospelcassettes die zijn bedoeld om op deze consoles te worden gebruikt.

2 De activiteiten van Nintendo in de Europese Economische Ruimte (EER) worden op sommige grondgebieden uitgeoefend door volledige dochterondernemingen, waarvan de belangrijkste Nintendo of Europe GmbH (hierna: „NOE" of „Nintendo") is. Ten tijde van de feiten coördineerde NOE bepaalde handelsactiviteiten van Nintendo in Europa en was zij haar exclusieve distributeur in Duitsland.

3 In andere gebieden had Nintendo onafhankelijke exclusieve distributeurs benoemd. The Games Ltd, een handelsdivisie van John Menzies Distribution Ltd, een volledige dochteronderneming van John Menzies plc, is in augustus 1995 exclusieve distributeur van Nintendo voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland geworden en is dat gebleven tot ten minste 31 december 1997.

4 Verzoekster, CD-Contact Data GmbH, was van april tot ten minste 31 december 1997 de exclusieve distributeur van Nintendo voor België en Luxemburg.

2. *Administratieve procedure*

Onderzoek van de sector videospelletjes (zaak IV/35.587 PO Videospelletjes)

5 In maart 1995 heeft de Commissie een onderzoek ingesteld naar de sector videospelletjes (zaak IV/35.587 PO Videospelletjes). In het kader van dit onderzoek heeft de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), op 26 juni en 19 september 1995 verzoeken om inlichtingen gestuurd aan Nintendo, om informatie te verkrijgen over met name haar distributeurs en dochterondernemingen, de formele distributieovereenkomsten met deze ondernemingen en haar algemene verkoopvoorwaarden. NOE heeft op deze verzoeken geantwoord bij brieven van 31 juli en 26 september 1995.

Aanvullend onderzoek, specifiek met betrekking tot het distributiestelsel van Nintendo (zaak IV/35.706 PO Distributie van Nintendo)

6 Op grond van haar voorlopige bevindingen heeft de Commissie in september 1995 een aanvullend onderzoek ingesteld, dat specifiek betrekking had op het distributiestelsel van Nintendo (zaak IV/35.706 PO Distributie van Nintendo).

7 In het kader van dit onderzoek heeft de Commissie op 9 oktober 1995 een verzoek om inlichtingen gestuurd aan Nintendo. Tussen de vertegenwoordigers van Nintendo en de Commissie hebben verschillende bijeenkomsten plaatsgevonden over het distributiebeleid van Nintendo. Nintendo heeft voorts verschillende versies van haar overeenkomsten met bepaalde distributeurs verstrekt.

Onderzoek naar aanleiding van de door Omega Electro BV ingediende klacht (zaak IV/36.321 Omega — Nintendo)

8 Op 26 november 1996 heeft Omega Electro, een vennootschap die actief is in de invoer en verkoop van elektronische spelletjes, een klacht ingediend op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, die hoofdzakelijk betrekking had op de distributie van spelcassettes en spelconsoles van Nintendo, onder meer omdat Nintendo de parallelhandel verhinderde en in Nederland een beleid van verticale prijsbinding toepaste. Naar aanleiding van deze klacht heeft de Commissie haar onderzoek uitgebreid (zaak IV/36.321 Omega — Nintendo). Op 7 maart 1997 heeft zij een verzoek om inlichtingen gestuurd aan Nintendo en aan John Menzies. In haar antwoord van 16 mei 1997 heeft Nintendo toegegeven dat sommige van haar distributieovereenkomsten en sommige van haar algemene verkoopvoorwaarden beperkingen op de parallelhandel binnen de EER bevatten. In oktober 1997 heeft de Commissie John Menzies opnieuw een verzoek om inlichtingen gestuurd, waarop deze laatste heeft geantwoord op 1 december 1997, waarbij zij bepaalde informatie over de litigieuze mededingingsregeling heeft verstrekt.

9 Bij brief van 23 december 1997 heeft Nintendo aan de Commissie verklaard dat zij kennis had gekregen van „een ernstige aangelegenheid in verband met parallelhandel binnen de Gemeenschap", en heeft zij de wens kenbaar gemaakt om medewerking te verlenen aan de Commissie.

10 Op 13 januari 1998 heeft John Menzies aanvullende informatie verstrekt. Op 21 januari, 1 april en 15 mei 1998 heeft Nintendo honderden stukken ingediend bij de Commissie. Op 15 december 1998 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de Commissie en vertegenwoordigers van Nintendo, waar de mogelijke betaling van vergoedingen aan door de litigieuze mededingingsregeling benadeelde derden aan de orde is gesteld.

11 Na de feiten te hebben erkend, heeft Nintendo bovendien maatregelen getroffen om ervoor te zorgen dat het gemeenschapsrecht in de toekomst zou worden nageleefd, en heeft zij financiële vergoedingen geboden aan derden die als gevolg van haar handelingen financiële schade hadden geleden.

12 Bij schrijven van 9 juni 1999 heeft de Commissie verzoekster gevraagd om aan te geven of de aan de dossiers van de Commissie toegevoegde stukken die haar betroffen, vertrouwelijke gegevens bevatten. In die brief is tevens aangegeven dat de Commissie voornemens was om een formele procedure in te leiden tegen bepaalde ondernemingen, waaronder verzoekster.

13 Op 26 april 2000 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar gestuurd aan Nintendo en de andere betrokken ondernemingen, waaronder verzoekster, wegens schending van artikel 81 EG en artikel 53, lid 1, van de overeenkomst betreffende de EER (hierna: „EER-overeenkomst"). Nintendo en de andere betrokken ondernemingen hebben in antwoord op de grieven van de Commissie schriftelijke opmerkingen gestuurd, waarin Nintendo en verscheidene van deze ondernemingen hebben gevraagd om toepassing van de mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking"). Geen van de partijen heeft een formele hoorzitting verzocht. Nintendo heeft de in de mededeling van punten van bezwaar uiteengezette feiten niet fundamenteel betwist.

14 In het geval van verzoekster is het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar aan de Commissie verzonden op 13 juli 2000. Op 16 oktober 2000 heeft een informele bijeenkomst tussen verzoekster en de diensten van de Commissie plaatsgevonden. Na deze bijeenkomst heeft verzoekster op 6 november 2000 een aanvullend antwoord op de mededeling van punten van bezwaar ingediend.

3. *Bestreden beschikking*

15 Op 30 oktober 2002 heeft de Commissie beschikking 2003/675/EG inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst (COMP/35.587 PO Videospelletjes, COMP/35.706 PO Distributie van Nintendo en COMP/36.321 Omega — Nintendo) (PB 2003, L 255, blz. 33; hierna: „beschikking") vastgesteld. De beschikking is op 8 november 2002 aan verzoekster betekend.

16 De beschikking bevat onder meer de volgende bepalingen:

„Artikel 1

De volgende ondernemingen hebben, op de markt van spelconsoles en -cassettes welke compatibel zijn met door Nintendo geproduceerde spelconsoles, inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door, gedurende de aangegeven periodes, deel te nemen aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten of als gevolg hadden dat de parallelexport van Nintendo-spelconsoles en -cassettes werd beperkt:

[…]

— [verzoekster] van 28 oktober 1997 tot eind december 1997.

[…]

Artikel 3

Wegens de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden aan de in hetzelfde artikel genoemde ondernemingen de volgende geldboeten opgelegd:

[…]

— [verzoekster], een geldboete van 1 miljoen EUR.

[…]”

17 Met betrekking tot de gebeurtenissen in België en Luxemburg merkt de Commissie in het bijzonder op dat „[verzoekster] wist dat het verplicht was ervoor te zorgen dat [haar] klanten de producten niet gebruikten voor parallelexport”. Dat blijkt uit een fax van verzoekster aan NOE op 28 oktober 1997 waarin zij verzekerde alle uitvoer te willen vermijden (zie punten 195 en 196 van de beschikking). Volgens de Commissie toont dit schrijven, dat diende als antwoord op een brief van NOE waarmee deze aan verzoekster vroeg of een van haar klanten mogelijk Nintendo-producten aan klanten van Nintendo France SARL had verkocht, aan dat „het tot een ‚wilsovereenstemming’ was gekomen tussen [verzoekster] en Nintendo […]. Beide ondernemingen waren het erover eens dat er geen uitvoer uit het gebied van [verzoekster] mocht plaatsvinden en dat [verzoekster] [haar] leveringen zou controleren aan klanten […] van wie uitvoer kon worden verwacht” (zie punt 317 van de beschikking).

18 De Commissie vermeldt tevens het feit dat verzoekster van september 1997 tot december 1997 herhaaldelijk naar NOE schreef over parallelimport in haar gebied in de verwachting dat dit „probleem” zou worden aangepakt (zie punt 197 van de beschikking).

19 Voor de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie in de beschikking de werkwijze toegepast die is uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, [KS] worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren"). Zij heeft echter besloten om wegens de verticale aard van de inbreuk geen rekening te houden met de mededeling inzake medewerking.

20 Eerst heeft de Commissie het basisbedrag van de geldboeten bepaald aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

21 In dat kader heeft de Commissie allereerst vastgesteld dat de betrokken ondernemingen een zeer zware inbreuk hadden gepleegd, gelet op de aard van de inbreuk, de concrete effecten ervan op de markt en de omvang van de betrokken geografische markt.

22 Aangezien bij de enkele en voortdurende inbreuk verscheidene ondernemingen van zeer verschillende omvang betrokken waren, heeft de Commissie vervolgens besloten dat de betrokken ondernemingen verschillend moesten worden behandeld, teneinde rekening te houden met het specifieke gewicht van elk van hen en bijgevolg met de daadwerkelijke invloed van hun inbreukmakende gedrag op de mededinging. Daartoe zijn de betrokken ondernemingen ingedeeld in drie groepen naargelang van het relatieve belang van elk van hen voor Nintendo als distributeur van de betrokken producten in de EER. De scheiding is gemaakt aan de hand van het aandeel van iedere onderneming in het totale volume spelconsoles en spelcassettes van Nintendo dat is aangekocht voor distributie in de EER in 1997, het laatste jaar van de inbreuk. Op basis daarvan is Nintendo alleen in de eerste groep ingedeeld, terwijl John Menzies als enige in de tweede groep is geplaatst. Voor deze ondernemingen heeft de Commissie het voorlopige uitgangsbedrag op basis van de zwaarte vastgesteld op 23 miljoen EUR in het geval van Nintendo en op 8 miljoen EUR in het geval van John Menzies. Voor de overige betrokken ondernemingen is een voorlopig uitgangsbedrag van 1 miljoen EUR vastgesteld.

23 Teneinde ervoor te zorgen dat van de geldboeten een voldoende afschrikkende werking uitging, en om rekening te houden met de omvang en de totale middelen van Nintendo,

John Menzies en Itochu Corp., heeft de Commissie deze uitgangsbedragen bovendien verhoogd. Wat meer in het bijzonder Nintendo betrof, moest volgens de Commissie, naast haar omvang, die beduidend kleiner is dan die van Itochu, ook rekening worden gehouden met het feit dat zij de fabrikant was van de producten die het voorwerp van de inbreuk waren. Gelet op deze factoren heeft de Commissie de voor Nintendo en Itochu vastgestelde bedragen vermenigvuldigd met een factor van 3, en het bedrag voor John Menzies met een factor van 1,25, zodat de uitgangsbedragen zijn vastgesteld op 69 miljoen EUR voor Nintendo, 10 miljoen EUR voor John Menzies en 3 miljoen EUR voor Itochu.

24 Wat de duur van de door elke onderneming gepleegde inbreuk betreft, is het uitgangsbedrag verhoogd met 10 % per jaar. Aangezien verzoekster gedurende slechts iets meer dan twee maanden aan de inbreuk heeft deelgenomen, behoefde de haar opgelegde geldboete volgens de Commissie niet te worden verhoogd.

25 Bijgevolg heeft de Commissie het basisbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete vastgesteld op 1 miljoen EUR.

26 Vervolgens is het basisbedrag van de aan Nintendo opgelegde geldboete wegens verzwarende omstandigheden verhoogd met 50 %, omdat deze onderneming de leider en aanstoker van de inbreuk was, en met 25 %, omdat zij de inbreuk had voortgezet na de eerste onderzoekshandelingen in het kader van het onderzoek van de Commissie in juni 1995. Het basisbedrag van de aan John Menzies opgelegde geldboete is verhoogd met 20 %, ten eerste met 10 % om rekening te houden met het feit dat zij de inbreuk had voortgezet na het begin van het onderzoek van de Commissie en ten tweede met 10 % wegens haar weigering om medewerking te verlenen aan de Commissie.

27 Tot slot heeft de Commissie in het kader van de beoordeling van de verzachtende omstandigheden allereerst vastgesteld dat het gerechtvaardigd was om de geldboete voor een van de betrokken ondernemingen, namelijk Concentra — Produtos para crianças, SA (hierna: „Concentra”), exclusief distributeur van Nintendo voor Portugal,

te verlagen wegens haar louter passieve rol gedurende het grootste deel van de betrokken periode. Vervolgens heeft de Commissie aan Nintendo een vermindering van haar geldboete met 300 000 EUR toegekend om rekening te houden met de financiële vergoedingen die deze onderneming had geboden aan de door de betrokken mededingingsregeling benadeelde derden die waren geïdentificeerd in de mededeling van punten van bezwaar. Tot slot zijn verminderingen met 40 % en met 25 % toegekend aan respectievelijk John Menzies en Nintendo wegens hun daadwerkelijke medewerking met de Commissie. Ten aanzien van de overige betrokken ondernemingen zijn echter geen verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen.

Procesverloop en conclusies van partijen

28 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 januari 2003, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

29 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Achtste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

30 Partijen zijn ter terechtzitting van 21 mei 2008 in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

31 Tijdens die terechtzitting heeft de Commissie op verzoek van het Gerecht een aantal documenten overgelegd en verzoekster is verzocht haar opmerkingen daarover in te dienen. Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 26 mei 2008, heeft verzoekster aangegeven dat zij over die documenten geen opmerkingen had. Nadat die brief was neergelegd, heeft het Gerecht besloten de mondelinge behandeling te sluiten.

32 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking geheel of gedeeltelijk, in het bijzonder de artikelen 1 en 3, nietig te verklaren voor zover zij aan verzoekster is gericht;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

33 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

34 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan. Het eerste middel betreft schending van artikel 81 EG en de motiveringsplicht, alsmede een kennelijke beoordelingsfout. Het tweede middel betreft schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel, alsmede schending van de motiveringsplicht.

35 Ter terechtzitting heeft verzoekster tevens gesteld dat, gelet op de duur van zowel de administratieve procedure als de procedure voor het Gerecht, het bedrag van de haar opgelegde geldboete op zijn minst zou moeten worden verlaagd.

1. *Eerste middel: schending van artikel 81 EG en de motiveringsplicht, alsmede een kennelijke beoordelingsfout*

Argumenten van partijen

36 Verzoekster stelt dat de Commissie op basis van de door haar in de beschikking aangehaalde stukken niet mocht concluderen dat er tussen verzoekster en Nintendo sprake was van een overeenkomst of van onderling afgestemde gedragingen. De Commissie heeft dan ook niet alleen artikel 81 EG onjuist toegepast, maar tevens de krachtens artikel 253 EG op haar rustende motiveringsplicht geschonden.

37 Allereerst stelt verzoekster dat de distributieovereenkomst die zij in april 1997 met Nintendo heeft gesloten, overeenkomstig artikel 4.6 daarvan „passieve exportverkoop" toestond en geen enkele bepaling bevatte die in strijd met artikel 81 EG het handelsverkeer beperkte.

38 Verzoekster stelt vervolgens dat zij nooit een overeenkomst heeft gesloten of heeft deelgenomen aan een overeenkomst die tot doel had de parallelhandel te belemmeren. In dat verband stelt zij dat zij de producten van Nintendo op grote schaal passief heeft uitgevoerd en dat zij volkomen bewust afnemers heeft bevoorraad die deze producten aan buiten België en Luxemburg gevestigde klanten herverkochten of zelf buiten deze gebieden waren gevestigd. Het dossier van de Commissie bevat niets waaruit blijkt dat verzoekster heeft geweigerd om aan afnemers te leveren omdat zij zich buiten die gebieden bevonden of omdat de geleverde producten vervolgens zouden worden uitgevoerd.

39 Er bestaat een duidelijk verschil tussen de feiten die haar betreffen, en de feiten met betrekking tot de andere distributeurs die adressaat van de beschikking zijn. De vaststellingen van de Commissie inzake verzoeksters gedrag hebben immers een zeer beperkte strekking omvang. De conclusie van de Commissie dat er voldoende bewijs was voor de deelname van verzoekster aan een overeenkomst of een onderling afgestemde gedraging met Nintendo met het doel de parallelexport te beperken, lijkt meer te zijn gebaseerd op de vaststellingen ter zake van het distributiebeleid van Nintendo aan het begin van de jaren negentig, dan op een specifieke en objectieve beoordeling van de stukken die op verzoekster betrekking hebben.

40 Verzoekster stelt in het bijzonder dat de Commissie heeft verzuimd om rekening te houden met het feit dat zij pas in april 1997 distributeur van de betrokken producten is geworden, dat wil zeggen in de periode waarin Nintendo haar algemene distributiebeleid heeft herzien en ernaar heeft gestreefd om de communautaire mededingingsregels na te leven. Tegen die achtergrond had de Commissie zich niet louter mogen baseren op de overtuiging dat de pas benoemde distributeurs eenvoudigweg zijn opgenomen in het reeds bestaande distributieplan.

41 In het onderhavige geval bestaat er geen enkel bewijs voor het bestaan van wilsovereenstemming tussen verzoekster en Nintendo of stilzwijgende of uitdrukkelijke instemming van verzoekster met het eenzijdige beleid van Nintendo. De Commissie heeft niet voldaan aan de in de rechtspraak neergelegde vereisten met betrekking tot de bewijslast voor een overeenkomst. Zoals zij heeft gesteld in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, benadrukt verzoekster dat de factoren die leiden tot de conclusie dat er sprake is van een horizontale overeenkomst, niet in alle gevallen kunnen worden geacht te volstaan als bewijs van het bestaan van een verticale overeenkomst. Verzoekster is in het bijzonder van mening dat contacten tussen leveranciers en distributeurs logisch en acceptabel zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt, terwijl hetzelfde niet geldt voor horizontale betrekkingen tussen concurrenten.

42 Wat ten eerste het bewijs voor de verhindering van parallelexport vanuit België en Luxemburg betreft, heeft de Commissie zich gebaseerd op één enkel document, namelijk een fax die verzoekster op 28 oktober 1997 aan NOE heeft gestuurd. Volgens verzoekster heeft de Commissie dit document echter maar gedeeltelijk en op betwistbare wijze gelezen. Met deze fax heeft verzoekster Nintendo alleen willen

inlichten over het feit dat de verkopen naar de Franse markt, waarover Nintendo had geklaagd, niet konden worden beschouwd als de facto „actieve verkopen" via een in België gevestigde groothandelaar. Die fax verwijst uitsluitend naar de „eenzijdige" beslissing van verzoekster over de manier waarop zij de afzet van de producten verdeelde in het licht van de beperkte hoeveelheden waarover zij beschikte. De fax bevat echter geen enkele verwijzing naar een overeenkomst of een verbintenis van verzoekster om de uitvoer te beperken. In haar repliek stelt verzoekster dat zij uit angst dat Nintendo haar bevoorrading zou beperken of haar exclusieve distributie-overeenkomst zou beëindigen, Nintendo mogelijk de indruk heeft gegeven dat zij geen producten naar andere gebieden uitvoerde.

43 Wat ten tweede het bewijs voor het verbod van parallelimport naar België en Luxemburg betreft, stelt verzoekster dat de Commissie zich daarbij wederom heeft gebaseerd op een vooringenomen en onvolledige lezing van de betrokken documenten, te weten een aantal brieven die verzoekster aan Nintendo heeft gestuurd. Met deze brieven wilde verzoekster zich er enkel van verzekeren dat de prijs die zij Nintendo voor de betrokken producten betaalde, niet te hoog was.

44 Wat ten derde het bewijs voor het bestaan van een onderling afgestemde gedraging betreft, is verzoekster van mening dat de tijdens de administratieve procedure overgelegde documenten duidelijk aantonen dat zij niet heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde gedraging die tot doel had de parallelexport van Nintendo-producten te belemmeren. In het bijzonder blijkt uit geen van deze documenten dat verzoekster haar verkopen aan buiten België of Luxemburg gevestigde klanten heeft beperkt, behalve wanneer haar voorraad uitgeput raakte. Integendeel, uit deze documenten blijkt dat zij een actieve parallelexporteur van Nintendo-producten was en dat zij deelnam aan de parallelhandel in deze producten.

45 De Commissie betwist al deze argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

Schending van artikel 81, lid 1, EG

46 Volgens vaste rechtspraak is het voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG noodzakelijk en voldoende dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (arresten Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256, en 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punt 67; zie in die zin tevens arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, van Landewyck e.a./Commissie, 209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86).

47 Met betrekking tot de vorm waarin die gezamenlijke wil tot uitdrukking wordt gebracht, volstaat het dat in een bepaling de wil van de partijen tot uitdrukking komt om zich dienovereenkomstig op de markt te gedragen (arrest Bayer/Commissie, punt 46 hierboven, punt 68; zie in die zin tevens arresten ACF Chemiefarma/Commissie, punt 46 hierboven, punt 112, en van Landewyck e.a./Commissie, punt 46 hierboven, punt 86).

48 Het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, zoals uitgelegd in de rechtspraak, veronderstelt dus het bestaan van wilsovereenstemming van ten minste twee partijen. De vorm van deze wilsovereenstemming is niet van belang, zolang hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is. Deze wilsovereenstemming kan blijken uit zowel de bedingen van een overeenkomst, zoals een distributieovereenkomst, als de respectieve gedragingen van de betrokken ondernemingen (zie in die zin arrest Hof van 13 juli 2006, Commissie/Volkswagen, C-74/04 P, Jurispr. blz. I-6585, punt 39).

49 Wat de levering van het bewijs van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG betreft, dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie de door haar vastgestelde inbreuken dient te bewijzen en de elementen dient te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan bewijzen van de feiten die een inbreuk vormen (arresten Hof van 17 december 1998,

Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 58, en 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 86). Daarvoor dient de Commissie nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren voor het bestaan van de inbreuk (zie in die zin arrest Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 43 en aangehaalde rechtspraak).

50 Wat tot slot de omvang van de rechterlijke toetsing betreft, moet het Gerecht in een beroep tot nietigverklaring van een beschikking tot uitvoering van artikel 81, lid 1, EG in de regel een volledig onderzoek instellen naar de vraag of aan de voorwaarden voor toepassing van dit artikel is voldaan (arrest Gerecht van 15 september 2005, DaimlerChrysler/Commissie, T-325/01, Jurispr. blz. II-3319, punt 81; zie in die zin tevens arresten Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34, en 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62).

51 Alvorens over te gaan tot de beoordeling van de door de Commissie in het onderhavige geval in aanmerking genomen feiten, moet erop worden gewezen dat, anders dan de Commissie beweert, geen argument kan worden ontleend aan het feit dat Nintendo, de andere partij bij de overeenkomst, in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk heeft verklaard dat zij de manier waarop de Commissie de feiten in die mededeling heeft voorgesteld, aanvaardde en dus het bestaan van een overeenkomst en onderling afgestemde gedragingen met verzoekster volledig heeft erkend. Erkenning door Nintendo, de andere partij bij de distributieovereenkomst, van bepaalde feiten kan immers niet afdoen aan het recht van verzoekster om die feiten voor het Gerecht te betwisten. Deze overweging geldt in het onderhavige geval des te meer daar verzoekster in haar antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar juist heeft betwist dat zij inbreuk heeft gemaakt op artikel 81, lid 1, EG.

52 Voorts moet worden opgemerkt dat de Commissie zich, anders dan verzoekster lijkt aan te geven in haar schriftelijke stukken, niet heeft gebaseerd op de tekst van de distributieovereenkomst tussen Nintendo en verzoekster als zodanig voor haar conclusie dat er sprake was van een met artikel 81, lid 1, EG strijdige overeenkomst. In dat verband heeft de Commissie in punt 196 van de beschikking opgemerkt dat

„[v]olgens de tekst van de distributieovereenkomst tussen [verzoekster] en Nintendo [verzoekster] het recht [had] om passief te exporteren". In tegenstelling tot hetgeen is vastgesteld in het geval van bepaalde distributeurs waarop de beschikking betrekking heeft, bevatte de distributieovereenkomst die bijna twee jaar na het begin van het onderzoek van de Commissie tussen verzoekster en Nintendo is gesloten en die het betrokken distributiesysteem betrof, als zodanig immers geen enkele bepaling die verboden was op grond van artikel 81, lid 1, EG.

53 Ook moet worden opgemerkt dat de Commissie, anders dan volgt uit verzoeksters betoog, met betrekking tot verzoekster nooit heeft verwezen naar het bestaan van een tussen haar en Nintendo onderling afgestemde gedraging, maar alleen naar de sluiting van een met artikel 81, lid 1, EG strijdige „overeenkomst" (zie punt 196 van de beschikking). Het betoog van verzoekster dat er geen sprake is geweest van onderling afgestemde gedragingen, doet dan ook niet ter zake.

54 Bij gebreke van rechtstreeks schriftelijk bewijs van de sluiting van een schriftelijke overeenkomst tussen Nintendo en verzoekster met betrekking tot de beperking van passieve uitvoer, heeft de Commissie vastgesteld dat verzoeksters deelname aan een met artikel 81, lid 1, EG strijdige overeenkomst werd aangetoond door haar gedragingen, zoals die in haar correspondentie zijn uitgedrukt.

55 Onder deze omstandigheden moet worden onderzocht of de Commissie, gelet op de inhoud van die briefwisseling, rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat er tussen verzoekster en Nintendo wilsovereenstemming bestond ten aanzien van de beperking van de parallelhandel.

56 In de beschikking heeft de Commissie zich gebaseerd op een aantal schriftelijke bewijsstukken en in het bijzonder op een fax die verzoekster op 28 oktober 1997 aan NOE had verzonden. Tussen partijen is onbetwist dat deze fax was gestuurd naar aanleiding van een klacht van Nintendo France op 24 oktober 1997 aan het adres van NOE over met name de uitvoer van producten uit België, het grondgebied waarop verzoekster de erkende distributeur van Nintendo was.

57 In die klacht staat in het bijzonder het volgende:

„Dit soort parallelimport mag dan onvermijdelijk zijn, NOE beschikt volgens ons over verschillende middelen om [Nintendo France] te helpen om deze problemen te beperken. De meest doeltreffende zijn de volgende:

1. […]

2. Onderhandelen met de distributeurs om deze import te vermijden.

Sommigen (wij weten dat dit het geval is in België en in Italië) organiseren dit bijna officieus met bepaalde groothandelaars en zelfs met bepaalde detailhandelaars. Wat zou er gebeuren als wij hetzelfde zouden doen door een zeer gewild artikel met korting naar hun klanten uit te voeren?"

58 In de fax van 28 oktober 1997 aan NOE naar aanleiding van deze klacht legt verzoekster uit zij niet in staat was om bepaalde hoeveelheden producten te leveren aan BEM, een in België gevestigde groothandelaar die mogelijk parallelhandel dreef. Deze fax, die gedeeltelijk is aangehaald in punt 195, luidt als volgt:

„Ik heb uw informatie nagegaan en zij stemt niet overeen met onze gegevens.

1) Tot nu toe heeft [BEM] in verschillende leveringen 960 stuks van Lylat Wars ontvangen. Dat is net genoeg om haar ongeveer 100 klanten in het Franstalige deel van België te bevoorraden.

2) In de beginperiode van Contact Data Belgium heeft [BEM] wat hardware in Frankrijk geleverd, zodat wij erg voorzichtig zijn met deze klant, en wij zouden haar nooit zo grote hoeveelheden leveren.

3) Wij hebben slechts 7 000 stuks van Lylat Wars ontvangen en het is voor ons onmogelijk om 5 000 stuks van de software te leveren aan een enkele klant.

[…]

Zoals wij afgelopen week met u hebben besproken, zijn wij zeer voorzichtig met onze leveringen, omdat wij alle uitvoer daarvan willen vermijden, aangezien wij al deze producten nodig hebben voor onze Belgische markt."

59 Anders dan de Commissie stelt, blijkt uit de bewoordingen van deze fax niet duidelijk dat verzoekster ervan op de hoogte was dat zij werd geacht paralleluitvoer te voorkomen, en dat zij zich wilde verdedigen tegen de beschuldigingen van Nintendo France met betrekking tot dergelijke paralleluitvoer afkomstig uit België. In het bijzonder kan niet met de vereiste zekerheid worden afgeleid dat de „voorzichtigheid" jegens klanten die zich bezighouden met uitvoer in het algemeen, waarvan verzoekster melding maakt, aantoont dat zij het litigieuze beleid ter beperking van de parallelhandel had goedgekeurd. De door verzoekster bepleite uitlegging, die inhoudt dat de verwijzing naar de beperkte hoeveelheden producten waarover zij beschikte, moet worden gezien als informatie die aantoont dat het voor haar feitelijk onmogelijk was om actief te verkopen via een in België gevestigde groothandelaar, kan dan ook niet voorshands van de hand worden gewezen.

60 Zoals is opgemerkt in punt 58 hierboven, was de fax van 28 oktober 1997 rechtstreeks naar aanleiding van de brief van 24 oktober 1997 verstuurd, waarin Nintendo France had geklaagd over parallelexport vanuit België — toentertijd het gebied waarop verzoekster de exclusieve distributeur van de betrokken producten was — en NOE had gevraagd om de benodigde maatregelen te treffen om de „problemen" op te lossen die Nintendo France als gevolg van deze export ondervond. Verzoekster heeft het dus noodzakelijk geacht om zichzelf, als antwoord op de klacht over de paralleluitvoer vanuit België, te rechtvaardigen met betrekking tot de hoeveelheden waarover zij beschikte en de voorwaarden waaronder zij de betrokken producten uitvoerde.

61 Wat de documenten met betrekking tot de parallelinvoer in België en Luxemburg betreft, heeft de Commissie zich gebaseerd op het feit dat er een systeem voor praktische samenwerking en uitwisseling van informatie inzake parallelhandel was ontwikkeld, waarbij Nintendo en sommige van haar erkende distributeurs, waaronder verzoekster, betrokken waren. Verzoeksters deelname aan het informatie-uitwisselingssysteem blijkt uit verscheidene brieven die in punt 197 van de beschikking zijn aangehaald.

62 Op grond van de bewoordingen van deze verscheidene brieven kan, in het verlengde van de hierboven uiteengezette overwegingen, worden geconcludeerd dat zij bedoeld waren om parallelinvoer van Nintendo-producten in België aan de kaak te stellen, en dat zij deel uitmaakten van het systeem voor uitwisseling van informatie inzake parallelhandel dat door Nintendo was opgezet.

63 In de brief van 4 september 1997 die vóór de relevante periode aan NOE is gestuurd, heeft verzoekster onder meer het volgende verklaard:

„Onze klanten annuleren hun orders voor de N64-console omdat zij deze blijkbaar goedkoper in Frankrijk kunnen krijgen. […] Dit moet beslist de grootste prioriteit krijgen op onze besprekingen in Monaco. Onmiddellijke maatregelen zijn vereist."

64 In verzoeksters brief aan NOE van 3 november 1997, die ook door de Commissie is genoemd in punt 197 van de beschikking, staat onder meer:

„De volgende aanbieding is nu op de Belgische markt: 1 420 stuks van N64 HW bij […] met Duitse handleiding."

65 In de fax van 12 november 1997 aan Nintendo France, die geen enkele bevoegdheid had om de verkoopprijs van de producten vast te stellen, maakt verzoekster de volgende opmerkingen:

„Wij hebben zojuist een brochure van Toys'R'Us ontvangen waarin SNES Donkey Kong Country 3 wordt aangeboden voor een consumentenprijs in België van 1 495 [BEF] (ongeveer 249 [FRF]) dat op uw laatste prijslijst wordt aangeboden voor 372 [FRF] [exclusief btw]. Gaat het om parallelimport of om een speciale aanbieding van dit artikel?"

66 Het document dat op 4 december 1997 door NOE aan verzoekster is gestuurd, was een verzoek om informatie over de parallel ingevoerde goederen.

67 De omstandigheid dat verzoekster in de praktijk heeft deelgenomen aan de parallelhandel door producten uit te voeren naar klanten buiten België en Luxemburg, kan niet afdoen aan de conclusie in punt 62 hierboven. Het feit dat een onderneming waarvan de deelname aan een op grond van artikel 81, lid 1, EG onrechtmatige onderling afgestemde gedraging is vastgesteld, zich op de markt niet heeft gedragen op een manier die overeenstemt met hetgeen met haar concurrenten was overeengekomen, hoeft niet noodzakelijkerwijs in aanmerking te worden genomen. Een onderneming die, ondanks de afstemming met haar concurrenten, een beleid voert dat afwijkt van het overeengekomen beleid, kan immers eenvoudigweg proberen om de mededingingsregeling in haar voordeel te gebruiken (zie in die zin arrest Gerecht van 29 november 2005, Union Pigments/Commissie, T-62/02, Jurispr. blz. II-5057, punt 130).

68 Wat tot slot het bewijs van het verbod van parallelimport in België en Luxemburg betreft, kan verzoekster niet beweren dat de door de Commissie aangehaalde brieven (zie punten 63-66 hierboven) onjuist zijn uitgelegd, omdat verzoekster zich daarmee alleen ervan wilde vergewissen dat de prijs die zij Nintendo betaalde voor de betrokken producten, niet te hoog was. Uit een gezamenlijke lezing van deze correspondentie en in het bijzonder de fax van 12 november 1997 (zie punt 65 hierboven) blijkt immers dat daarin de kwestie van de prijs van de producten in min of meer rechtstreeks verband met het bestaan van parallelimport werd besproken.

69 Uit een en ander volgt dat de Commissie geen fout heeft gemaakt door te concluderen dat verzoekster had deelgenomen aan een overeenkomst die tot doel had de parallelhandel te beperken.

70 De grief betreffende schending van artikel 81, lid 1, EG moet dan ook worden afgewezen.

Schending van de motiveringsplicht

71 Verzoekster stelt in wezen dat de Commissie niet de situatie van elke distributeur heeft uiteengezet. Aldus is de Commissie ervan uitgegaan dat alle distributeurs met Nintendo hadden overeengekomen om de parallelhandel te belemmeren, ongeacht de datum en de omstandigheden van de sluiting van de distributieovereenkomsten.

72 Dit argument kan niet worden aanvaard. In de beschikking worden immers duidelijk de specifieke feitelijke omstandigheden van elk van de betrokken distributeurs uiteengezet. Wat meer in het bijzonder verzoekster betreft, worden in de beschikking talrijke details aangedragen met betrekking tot in het bijzonder de gebeurtenissen in België en Luxemburg (punten 194-197), de argumenten voor het bestaan van een verboden overeenkomst en de omvang van de inbreuk (punten 313-330).

73 Voorts moet volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 EG vereiste motivering de redenering van de gemeenschapsinstelling die de gelaakte handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en arrest Gerecht van 20 maart 2002, Lögstör Rör/Commissie, T-16/99, Jurispr. blz. II-1633, punt 368).

74 In dat verband moet worden vastgesteld dat de beschikking, zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel, de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengt, dat verzoekster de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kan kennen en het Gerecht zijn toezicht kan uitoefenen.

75 Het eerste middel moet dan ook worden afgewezen.

2. *Tweede middel: schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel, alsmede schending van de motiveringsplicht*

Argumenten van partijen

76 Verzoekster stelt dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wegens schending van artikel 81 EG altijd de situatie van elke betrokken onderneming afzonderlijk moet beschouwen. Zij moet in het bijzonder rekening houden met de verschillen tussen de rollen die de betrokken ondernemingen respectievelijk bij de inbreuk hebben gespeeld, en de verschillen in de mate en de duur van de deelname. Volgens verzoekster heeft de Commissie deze beginselen echter geschonden door aan verzoekster een geldboete op te leggen van een bedrag dat vergelijkbaar of zelfs hoger is dan de bedragen van de geldboeten die aan andere distributeurs van Nintendo zijn opgelegd, terwijl de inbreuk die zij beweerdelijk heeft begaan, een beperktere weerslag en duur heeft gehad.

77 Voorts heeft de Commissie jegens verzoekster geen rekening gehouden met de verschillende verzachtende omstandigheden waarin de richtsnoeren voorzien, noch met de eigenschappen van haar bijzonder situatie.

78 Dienaangaande stelt verzoekster allereerst dat uit haar gedrag geen bedoeling gericht op of bewustzijn van een inbreukmakende gedraging blijkt. Zij heeft nooit deelgenomen aan een formele overeenkomst strekkende tot beperking van de parallelinvoer, vragenlijsten ontvangen of deelgenomen aan bijeenkomsten waar de problematiek van de parallelimport aan de orde is gesteld. Verzoekster benadrukt dat zij een kleine distributeur was die niet beschikte over de juridische en economische

kennis en infrastructuur die grotere ondernemingen in staat stelt om hun gedragingen als een inbreuk te onderkennen.

79 Verzoekster stelt vervolgens dat zij, gesteld dat zij aan een inbreuk heeft deelgenomen, daarin slechts een passieve rol heeft gespeeld, hetgeen overeenkomstig de richtsnoeren zou moeten leiden tot een verlaging van het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete. De Commissie heeft immers niet bewezen dat verzoekster een actieve rol heeft gespeeld door Nintendo op de hoogte te stellen van de parallelimport van haar producten. Verzoekster heeft zelfs in strijd met de beweerde overeenkomst gehandeld door de producten te leveren aan in het buitenland gevestigde vennootschappen en aan op haar grondgebied gevestigde vennootschappen terwijl zij wist dat de producten zouden worden uitgevoerd. Zij benadrukt tevens dat zij ten tijde van de beweerde beperkingen van de parallelhandel geen distributeur van Nintendo was en dus niet op de hoogte was van die beperkingen.

80 Indien deze omstandigheden niet leiden tot intrekking van de haar opgelegde geldboete, dan zouden zij het Gerecht op zijn minst ertoe moeten brengen om de geldboete met 50 % te verlagen op grond van het beginsel van gelijke behandeling. Zij merkt op dat Concentra een dergelijke verlaging heeft gekregen, terwijl de rol van Concentra niet minder actief was dan die van verzoekster. In haar repliek verklaart verzoekster met name dat Concentra, evenals verzoekster, informatie had verstrekt aan NOE.

81 Verzoekster is bovendien van mening dat haar beweerde onrechtmatige gedrag in ieder geval slechts een beperkte weerslag op de markt heeft gehad. Zij herinnert eraan dat zij de beweerde overeenkomst niet heeft toegepast en dat de haar verweten inbreuk, met name vergeleken met de gedragingen van andere distributeurs, van zeer korte duur is.

82 Voorts verwijt verzoekster de Commissie dat zij het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door de inbreukmakende ondernemingen in drie groepen te verdelen. Meer in het bijzonder klaagt zij dat zij, wat het uitgangsbedrag van de geldboete betreft, in dezelfde groep is geplaatst als verscheidene distributeurs die veel langer aan de beweerde inbreuk hebben deelgenomen en die, anders dan zij, actief aan de inbreuk hebben deelgenomen. Door verschillende situaties gelijk te behandelen, dat

wil zeggen door dezelfde basisboete van 1 miljoen EUR op te leggen aan deze vennootschappen, heeft de Commissie het beginsel van gelijke behandeling geschonden.

83 In haar repliek wijst verzoekster er in het bijzonder op dat de verschillen tussen de marktaandelen van de ondernemingen in de derde groep groter zijn dan de verschillen tussen de marktaandelen van de ondernemingen in de drie groepen. Gelet op de respectieve gemiddelde marktaandelen van de bij de verkoop van de relevante producten betrokken ondernemingen, is het dus moeilijk te begrijpen dat Concentra, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu en verzoekster in een en dezelfde groep zijn geplaatst, terwijl John Menzies en Nintendo in verschillende groepen zijn geplaatst. Dit verschil is des te minder verklaarbaar, gelet op indien het voor elk van deze groepen vastgestelde basisbedrag van de geldboeten in aanmerking wordt genomen.

84 Verzoekster verwijt de Commissie voorts dat zij zich voor de indeling van de betrokken ondernemingen in drie groepen uitsluitend heeft gebaseerd op de door elk van hen gehouden marktaandelen, hetgeen erop duidt dat geen rekening is gehouden met de werkelijke weerslag van het gedrag van elke onderneming.

85 Bovendien is verzoekster van mening dat het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden door het besluit om een geldboete van 1 miljoen EUR op te leggen aan een kleine en afhankelijke distributeur voor een beweerde overeenkomst die maximaal twee maanden heeft geduurd, nooit is toegepast en in werkelijkheid voortdurend is geschonden.

86 Verzoekster verwijt de Commissie vervolgens dat zij pas op 9 juni 1999 contact heeft opgenomen met verzoekster, toen het onderzoek zich in de laatste fase bevond. De Commissie heeft verzoekster dus de mogelijkheid ontnomen om mee te werken en op die grond een verlaging van het basisbedrag van de geldboete met ten minste 40 % te krijgen. Het feit dat de Commissie het niet noodzakelijk heeft geacht om verzoekster op hoogte te stellen van het onderzoek, door haar om informatie te vragen, is een aanwijzing voor haar beperkte rol in het door Nintendo opgezette systeem.

87 Tot slot stelt verzoekster dat de Commissie het beginsel van behoorlijk bestuur en de rechten van de verdediging heeft geschonden door haar de mogelijkheid te ontzeggen om haar opmerkingen te maken tijdens een formele hoorzitting in aanwezigheid van derden. Volgens verzoekster moeten de belanghebbende ondernemingen in staat worden gesteld om hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de tegen hen in aanmerking genomen punten van bezwaar en de bewijsstukken waarop deze punten van bezwaar zijn gebaseerd. Het recht van partijen om te worden gehoord tijdens een formele hoorzitting die wordt gehouden onder het voorzitterschap van een onafhankelijke raadadviseur-auditeur, is bijzonder belangrijk in het kader van de toepassing van de verdragsbepalingen op het gebied van de mededinging; dat is immers de enige gelegenheid waarbij die standpunten kenbaar kunnen worden gemaakt aan onafhankelijke derden die invloed kunnen hebben op de beschikking van de Commissie.

88 In het onderhavige geval heeft de Commissie „onbehoorlijke invloed" uitgeoefend op verzoekster om haar te doen afzien van haar recht op een hoorzitting in aanwezigheid van onafhankelijke derden. Verzoekster stelt dat de Commissie haar weliswaar niet uitdrukkelijk onder druk heeft gezet om haar te doen afzien van haar recht op een formele hoorzitting, maar er bij verzoekster wel sterk op heeft aangedrongen genoegen te nemen met een informele hoorzitting met het argument dat daarmee tijd en middelen zouden worden bespaard. De Commissie heeft bijgevolg de facto de rechten van de verdediging van verzoekster tijdens de administratieve procedure beperkt. Verzoekster merkt dienaangaande op dat, hoewel zij van dat recht heeft afgezien als gevolg van de door de Commissie geuite wens om zo snel mogelijk een beschikking vast te stellen, meer dan twee jaar is verstreken tussen dat verzoek en de vaststelling van de beschikking. Verzoekster is tevens van mening dat de Commissie in ieder geval rekening had moeten houden met haar medewerking, bestaande uit het feit dat zij niet om een dergelijke hoorzitting heeft gevraagd, en bijgevolg het bedrag van de haar opgelegde geldboete had moeten verlagen.

89 In haar repliek verklaart verzoekster dat zij niet heeft gesteld dat de Commissie rechtstreeks of expliciet druk op haar had uitgeoefend om haar ervan te doen afzien, zichzelf te verdedigen tijdens een formele door een raadadviseur-auditeur geleide hoorzitting. Zij heeft evenmin beweerd dat de Commissie haar niet had geïnformeerd over haar recht op een formele hoorzitting. Voorts erkent zij dat het aan de adressaten van de mededeling van punten van bezwaar staat om een formele hoorzitting te verzoeken. Verzoekster stelt niettemin dat zij zich verplicht heeft gevoeld om van dat recht af te zien, omdat de met het dossier belaste ambtenaar haar had verteld dat de andere partijen er reeds van hadden afgezien en dat de diensten van de Commissie zo snel mogelijk tot een beschikking wilden komen. De praktijk van de Commissie is volgens verzoekster in strijd met artikel 10 van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB L 354,

blz. 18), zoals aangevuld bij artikel 4 van besluit 2001/462/EG,EGKS van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 162, blz. 21), dat bepaalt dat de hoorzittingen worden geleid door een raadadviseur-auditeur. Uit deze bepalingen volgt dat alle kwesties met betrekking tot het recht van partijen op een hoorzitting moeten worden beoordeeld door de raadadviseur-auditeur en niet door de met het dossier belaste personen binnen de Commissie die over de zaak beslissen. De met het dossier belaste personen mogen dus niet contact opnemen met de partijen om de wenselijkheid van het organiseren van een hoorzitting te bespreken. Indien een dergelijke schending van wezenlijke vormvoorschriften als zodanig niet reeds tot nietigverklaring van de beschikking moet leiden voor zover zij verzoekster betreft, had de Commissie daarmee op zijn minst rekening moeten houden bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete.

90 De Commissie betwist al deze grieven.

Beoordeling door het Gerecht

91 In het kader van haar tweede middel voert verzoekster verscheidene argumenten aan die betrekking hebben op de manier waarop het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete is vastgesteld, en op het verloop van de administratieve procedure.

92 De aangevoerde grieven werpen ten eerste de vraag op of het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel zijn geëerbiedigd bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten; ten tweede, of de rechten van de verdediging van verzoekster en het beginsel van behoorlijk bestuur tijdens de aan de vaststelling van de beschikking voorafgaande administratieve procedure beschikking zijn geëerbiedigd, en ten derde, of aan de motiveringsplicht is voldaan.

Eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete

93 In casu moet erop worden gewezen dat uit de punten 366 tot en met 464 van de beschikking blijkt dat de geldboeten die door de Commissie zijn opgelegd wegens de vastgestelde inbreuken op artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, zijn opgelegd krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en dat de Commissie het bedrag van de geldboeten heeft bepaald aan de hand van de in de richtsnoeren omschreven werkwijze, zoals zij uitdrukkelijk heeft bevestigd in haar verweerschrift.

94 De richtsnoeren kunnen weliswaar niet worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar vormen wel een gedragsregel voor de te volgen praktijk, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling (zie arrest Hof van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 91 en aangehaalde rechtspraak).

95 Door te stellen dat de Commissie heeft verzuimd om in verschillende stadia van de berekening van het bedrag van de geldboete rekening te houden met haar bijzondere situatie, verwart verzoekster echter in verregaande mate de evaluatie van de concrete weerslag van een inbreuk op de markt ter beoordeling van de zwaarte ervan (punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren), waarbij de gevolgen van de inbreuk in haar geheel in aanmerking moeten worden genomen en niet het werkelijke gedrag van elke onderneming, met de evaluatie van het individuele gedrag van elke onderneming ter beoordeling van de verzwarende of verzachtende omstandigheden (punten 2 en 3 van de richtsnoeren), waarbij overeenkomstig het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen en sancties het relatieve gewicht van de deelname van de onderneming aan de inbreuk moet worden onderzocht.

96 Wanneer de Commissie zich evenwel op de weerslag van de inbreuk baseert om overeenkomstig punt 1 A, eerste en tweede alinea, van de richtsnoeren de zwaarte daarvan te beoordelen, zijn de gevolgen die uit dien hoofde in aanmerking moeten

worden genomen, de gevolgen van de gehele inbreuk waaraan alle ondernemingen hebben deelgenomen, zodat een onderzoek van het individuele gedrag of van de specifieke gegevens van elke onderneming in dit verband irrelevant is (arrest Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01 en T-251/01–T-252/01, Jurispr. blz. II-1181, punt 203).

97 Toch moet volgens de rechtspraak, wanneer een inbreuk door verschillende ondernemingen is gepleegd, het relatieve gewicht van ieders deelname aan de inbreuk worden onderzocht (arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 623, en Commissie/Anic Partecipazioni, punt 49 hierboven, punt 150), om voor elk van hen na te gaan of er verzwarende of verzachtende omstandigheden zijn.

98 Deze conclusie is het logische voortvloeisel van het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit beginsel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de communautaire mededingingsregels kan leiden (arrest Union Pigments/Commissie, punt 67 hierboven, punt 119; zie in die zin tevens arrest Gerecht van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie, T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punt 63).

99 De punten 2 en 3 van de richtsnoeren voorzien dienaangaande in aanpassing van het basisbedrag van de geldboete aan de hand van bepaalde verzwarende en verzachtende omstandigheden, die specifiek gelden voor de betrokken onderneming.

100 De door verzoekster aangevoerde argumenten moeten dus afzonderlijk worden onderzocht naargelang zij betrekking hebben op de vaststelling van het basisbedrag op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk of op de vaststelling van bepaalde verzachtende omstandigheden.

— Vaststelling van het basisbedrag van de geldboete: verdeling van de betrokken ondernemingen met het oog op de bepaling van het specifieke uitgangsbedrag van de geldboete en de duur van de deelname aan de inbreuk

101 Volgens de methode die in de richtsnoeren is vastgesteld, neemt de Commissie een aan de hand van de zwaarte van de inbreuk bepaald bedrag als uitgangspunt voor de berekening van het bedrag van de aan de betrokken ondernemingen op te leggen geldboete. Bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk dient rekening te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt (punt 1 A, eerste alinea). In dit kader worden de inbreuken in drie categorieën ingedeeld, namelijk „niet te ernstige inbreuken", waarvoor het bedrag van de mogelijke geldboeten tussen 1 000 en 1 miljoen EUR ligt, „zware inbreuken", waarvoor het bedrag van de mogelijke geldboeten tussen 1 miljoen en 20 miljoen EUR ligt, en „zeer zware inbreuken", waarvoor het bedrag van de mogelijke geldboeten meer dan 20 miljoen EUR bedraagt (punt 1 A, tweede alinea, eerste tot en met derde streepje). Binnen elk van deze categorieën maakt het scala aan sancties die aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, het volgens de richtsnoeren mogelijk, te differentiëren naargelang van de aard van de gepleegde inbreuken (punt 1 A, derde alinea). Voorts moet volgens de richtsnoeren ook rekening worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en zal het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat (punt 1 A, vierde alinea).

102 Binnen elk van de drie aldus omschreven categorieën van inbreuken kan het volgens de richtsnoeren onder bepaalde omstandigheden wenselijk zijn, een weging op het vastgestelde bedrag toe te passen om rekening te houden met het specifieke gewicht en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, en om aldus het uitgangspunt van het basisbedrag volgens de specifieke aard van elke onderneming aan te passen (punt 1 A, zesde alinea).

103 In casu betwist verzoekster niet dat de betrokken inbreuk een zeer zware inbreuk is, en komt zij niet op tegen de overwegingen die betrekking hebben op de aard van genoemde inbreuk, de werkelijke invloed ervan op de markt en de omvang van de betrokken geografische markt, waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om te concluderen dat het om een zeer zware inbreuk gaat (punten 374-384 van de beschikking). Verzoekster komt evenmin op tegen het beginsel zelf dat de leden van de

mededingingsregeling in verschillende categorieën worden ingedeeld. Zij verwijt de Commissie echter het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel te hebben geschonden door ondernemingen van verschillende grootte in dezelfde categorie in te delen en door niet in aanmerking te nemen dat de verschillende ondernemingen in verschillende mate, wat zowel de duur als de intensiteit betreft, bij de inbreuk betrokken waren.

104 In dit verband herinnert het Gerecht eraan dat de werkwijze waarbij de leden van een mededingingsregeling in categorieën worden ingedeeld om zo tot een gedifferentieerde behandeling bij de vaststelling van de uitgangsbedragen van de geldboeten te komen, die in de rechtspraak van het Gerecht in beginsel is aanvaard ofschoon zij erop neerkomt dat geen rekening wordt gehouden met verschillen in omvang tussen de ondernemingen binnen eenzelfde categorie, leidt tot een forfaitaire vaststelling van het uitgangsbedrag voor de ondernemingen van eenzelfde categorie (zie arrest Gerecht van 15 maart 2006, Daiichi Pharmaceutical/Commissie, T-26/02, Jurispr. blz. II-713, punt 83 en aangehaalde rechtspraak).

105 Een dergelijke indeling in categorieën moet inderdaad voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling, hetgeen betekent dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Verder moet volgens de rechtspraak het bedrag van de geldboeten ten minste in verhouding staan tot de factoren die bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking worden genomen. Om na te gaan of de indeling van de leden van een mededingingsregeling in categorieën in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling en met het evenredigheidsbeginsel, mag het Gerecht in het kader van de toetsing van de rechtmatigheid van het gebruik van de beoordelingsbevoegdheid waarover de Commissie op dit gebied beschikt, echter alleen nagaan of deze indeling samenhangend en objectief gerechtvaardigd is, zonder zijn beoordeling zonder meer in de plaats van die van de Commissie te stellen (arrest Daiichi Pharmaceutical/Commissie, punt 104 hierboven, punten 84 en 85).

106 In dit geval was de Commissie van mening dat de „betrokken ondernemingen in beginsel [kunnen] worden ingedeeld in drie groepen, naargelang van het relatieve belang van iedere firma voor Nintendo […] als distributeur van de producten (en enkel deze producten) in de EER, gemeten aan de hand van het aandeel van iedere partij in het totale volume Nintendo-spelconsoles en -cassettes, aangekocht voor distributie in de EER in 1997, d.i. het laatste jaar van het bestaan van de inbreuk” (punt 386 van de

beschikking). Nintendo (waarvan het marktaandeel is geschat op [*vertrouwelijk*] % [1]) en John Menzies (met een marktaandeel van [*vertrouwelijk*] %) zijn aldus respectievelijk in de eerste en de tweede groep geplaatst. De overige betrokken ondernemingen (met marktaandelen van [*vertrouwelijk*] tot [*vertrouwelijk*] %), waaronder verzoekster, zijn geplaatst in de derde groep.

107 De beslissing van de Commissie om de ondernemingen met een aandeel van de markt voor de distributie van de betrokken producten van minder dan [*vertrouwelijk*] % bij elkaar in te delen, kan niet worden aangemerkt als willekeurig en overschrijdt niet de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid waarover zij op dit gebied beschikt.

108 Het feit dat de bij elk van de categorieën behorende uitgangsbedragen niet strikt evenredig zijn aan de respectieve marktaandelen van de betrokken ondernemingen, kan niet worden bekritiseerd, aangezien dat enkel het resultaat is van het systeem van de indeling in categorieën en de bijbehorende forfaitaire vaststelling van de bedragen. Zelfs indien op bepaalde ondernemingen wegens de verdeling in groepen hetzelfde basisbedrag wordt toegepast terwijl zij in grootte verschillen, moet immers worden geconcludeerd dat dit verschil in behandeling objectief wordt gerechtvaardigd door het grotere gewicht dat bij de bepaling van de zwaarte van de inbreuk wordt toegekend aan de aard van de inbreuk dan aan de omvang van de ondernemingen (zie arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 411 en aangehaalde rechtspraak).

109 In het onderhavige geval bestaan er weliswaar in relatieve zin verschillen tussen de marktaandelen van de in dezelfde groep ingedeelde ondernemingen, maar deze verschillen zijn in absolute zin niet zo groot dat zij plaatsing van verzoekster in een andere groep rechtvaardigen. De door de Commissie toegepaste werkwijze heeft in het bijzonder niet geleid tot grove vertekening van de betrokken markten (zie in die zin arrest Gerecht van 15 maart 2006, BASF/Commissie, T-15/02, Jurispr. blz. II-497, punt 159). De betrokken markt, te weten de markt voor de distributie van Nintendo-

1 — Weggelaten vertrouwelijke gegevens.

producten, werd ten tijde van de feiten immers gedomineerd door Nintendo en haar dochterondernemingen. De zelfstandige distributeurs, met uitzondering van John Menzies, namen in het betrokken distributiestelsel slechts een betrekkelijk bescheiden positie in (zie punten 388-390 van de beschikking).

110 Derhalve moet worden geconcludeerd dat het bestaan van aanzienlijke relatieve verschillen tussen de marktaandelen van de tot de laatste categorie behorende ondernemingen, hetgeen eigen is aan de indeling in categorieën en aan de bijbehorende forfaitaire vaststelling van bedragen, objectief gerechtvaardigd is. De bevoegdheid van de Commissie tot indeling in categorieën zou haar nut grotendeels verliezen indien elk relatief groot verschil tussen marktaandelen, zelfs wanneer het procentueel gezien een vrij onbeduidend verschil is, zich ertegen verzette dat verschillende ondernemingen in dezelfde categorie worden ingedeeld.

111 Verzoekster kan de Commissie in dit kader niet verwijten dat zij in die fase geen rekening heeft gehouden met de verschillende mate van betrokkenheid van elk van de betrokken ondernemingen, aangezien die verschillen alleen in aanmerking kunnen worden genomen in de fase van de beoordeling van de verzachtende omstandigheden (zie punten 97-99 hierboven).

112 Aangaande tot slot het argument dat de Commissie heeft verzuimd om rekening te houden met de zeer korte duur van verzoeksters deelname aan de inbreuk, volstaat het erop te wijzen dat het bedrag van de geldboete overeenkomstig de methode van de richtsnoeren wordt aangepast aan de hand van de duur, nadat het bedrag van de geldboete op basis van de zwaarte is vastgesteld.

113 Overigens heeft de Commissie in punt 404 van de beschikking duidelijk aangegeven dat zij, aangezien verzoeksters deelname slechts enigszins langer dan twee maanden heeft geduurd, had besloten om het op basis van de zwaarte vastgestelde voorlopige bedrag van de geldboete om die reden niet te verhogen. De Commissie heeft dan ook naar behoren rekening gehouden met de betrekkelijk korte duur van verzoeksters deelname aan de betrokken inbreuk.

— Bestaan van verzachtende omstandigheden en eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling in dat verband

114 In het onderhavige geval moet worden onderzocht of de Commissie terecht heeft geweigerd om jegens verzoekster bepaalde omstandigheden in aanmerking te nemen, te weten, ten eerste, het feit dat verzoekster niet over de kennis beschikte die haar in staat stelde om haar gedrag als een inbreuk te onderkennen, en ten tweede, het feit dat zij slechts een passieve rol heeft gespeeld bij de inbreuk.

115 De eerste beweerde omstandigheid kan niet in aanmerking worden genomen als verzachtende omstandigheid in de zin van de richtsnoeren, zoals de Commissie overigens heeft verklaard. De vermelding in punt 1 A van de richtsnoeren van het feit dat „[i]n het algemeen […] voorts ermee rekening [kan] worden gehouden dat grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, waarmee het voor deze mogelijk is zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven", houdt niet in dat de Commissie a contrario verplicht is om rekening te houden met de bescheiden omvang van bepaalde ondernemingen.

116 Aangaande de tweede beweerde omstandigheid, te weten de beweerdelijk passieve rol van verzoekster bij de inbreuk, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie in punt 431 van de beschikking heeft aangegeven dat verzoekster spontaan informatie over de parallelhandel heeft verstrekt aan NOE en dat haar deelname dan ook als actief moet worden aangemerkt. De Commissie verwijst dienaangaande naar punt 197 van de beschikking, waarin vier brieven van verzoekster van respectievelijk 4 september, 3 november, 12 november en 4 december 1997 worden genoemd.

117 De brief van 4 september 1997, die in punt 63 hierboven is aangehaald, is verstuurd vóór de inbreukperiode en is daarom irrelevant. In de brieven van 3 november en 4 december 1997 aan NOE wordt gewezen op het bestaan van aanbiedingen van Nintendo-producten op de Belgische en de Luxemburgse markt. Uit de brief van 12 november

1997 blijkt dat verzoekster contact had opgenomen met Nintendo France, en alleen met Nintendo France, in verband met spelcassettes waarvan zij vermoedde dat het om parallelimport ging.

118 Wat Concentra betreft, zijn de factoren op grond waarvan is vastgesteld dat zij een passieve rol heeft gespeeld, uiteengezet in de punten 212, 213 en 421 van de beschikking. Daar wordt onder meer aangegeven dat er weliswaar geen bewijs is dat Concentra de parallelhandel heeft verhinderd of heeft getracht te verhinderen, maar dat er „aanwijzingen [zijn] dat Concentra gevallen van parallelimport in Portugal aan NOE heeft gemeld en daarbij ook om hulp heeft gevraagd" (zie punten 212 en 213 van de beschikking). Het is onbetwist dat van de vier brieven van Concentra aan NOE of Nintendo of America, Inc., die in punt 213 van de beschikking zijn aangehaald, drie brieven zijn verstuurd naar aanleiding van een vragenlijst en één spontaan is verstuurd. In de spontaan verstuurde brief van 21 november 1997, die gedeeltelijk is aangehaald in punt 213 van de beschikking, heeft Concentra het volgende verklaard:

„Helaas weten wij zeker dat sommige detailhandelaren niet zullen weerstaan aan de mogelijkheid om een extra marge op N64 te maken […] [Verder luidt de brief als oproep aan NOE:] Wij hopen dat Nintendo in de zeer nabije toekomst een oplossing voor dit probleem kan vinden."

119 Vastgesteld moet worden dat uit de door de Commissie aangehaalde documenten en de omstandigheden waarin deze zijn verstrekt, geen duidelijk verschil blijkt tussen de rol die verzoekster bij de inbreuk heeft gespeeld, en de rol van Concentra. Het verschil in behandeling door de Commissie is des te minder gerechtvaardigd omdat verzoekster bijzonder laat de markt heeft betreden waarop de inbreuk betrekking had (zie in die zin arrest Gerecht van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr. blz. II-2473, punt 168 en aangehaalde rechtspraak), en omdat Concentra met Nintendo een formele mededingingsbeperkende distributieovereenkomst had gesloten, hetgeen niet het geval was voor verzoekster.

120 Uit een en ander volgt dat de Commissie het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door te concluderen dat verzoekster niet een louter passieve rol heeft gespeeld bij de inbreuk, terwijl zij jegens Concentra deze verzachtende omstandigheid wel in aanmerking heeft genomen.

121 Het onderhavige middel moet dus gedeeltelijk gegrond worden verklaard en bijgevolg dient de beschikking aldus te worden gewijzigd dat aan verzoekster wegens de verzachtende omstandigheid van de louter passieve aard van de bij de litigieuze inbreuk gespeelde rol een verlaging van de geldboete wordt toegekend met hetzelfde percentage als aan Concentra was toegekend, dat wil zeggen 50 %. De concrete gevolgen van deze wijziging zullen hieronder worden uiteengezet.

Eerbiediging van de rechten van de verdediging van verzoekster en van het beginsel van behoorlijk bestuur

122 Aangaande de bewering dat de Commissie verzoekster ertoe heeft aangezet om af te zien van haar recht op een formele hoorzitting, moet worden vastgesteld dat deze bewering op geen enkele wijze wordt gestaafd. Verzoekster heeft melding gemaakt van het feit dat „de Commissie [haar] op 3 juli 2000 had gemeld […] dat alle andere partijen reeds hadden afgezien van hun recht op een hoorzitting en dat de Commissie zo snel mogelijk voortgang wilde maken met de zaak" en dat zij daarmee impliciet onder druk is gezet om af te zien van haar recht op een formele hoorzitting.

123 Deze verklaring kan geen bewijs zijn van een schending van de rechten van de verdediging of van het beginsel van behoorlijk bestuur. Bovendien heeft de Commissie in de brief bij de mededeling van punten van bezwaar duidelijk verklaard dat het overeenkomstig verordening nr. 2842/98 aan partijen stond om in hun schriftelijke opmerkingen te vragen om hun argumenten te mogen uiteenzetten tijdens een hoorzitting.

124 Het argument dat de Commissie artikel 10 van verordening nr. 2842/98, zoals aangevuld bij artikel 4 van besluit 2001/462, heeft geschonden, berust op een onjuiste veronderstelling en kan evenmin worden aanvaard. Deze voorschriften bepalen immers respectievelijk dat „[d]e hoorzitting wordt [geleid] door de raadadviseur-auditeur" (artikel 10 van verordening nr. 2842/98) en dat „[d]e raadadviseur-auditeur de bij de bepalingen tot uitvoering van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] […] voorgeschreven hoorzittingen [organiseert en leidt]" (artikel 4 van besluit 2001/462). Hieruit volgt geenszins dat alleen raadadviseurs-auditeurs contact mogen opnemen met de beschuldigde ondernemingen om de mogelijkheid van een formele hoorzitting te bespreken en hen daarover in te lichten. Dergelijk contact, dat deel uitmaakt van de gebruikelijke administratieve activiteiten, treedt derhalve niet op het terrein van de aan de raadadviseur-auditeur toevertrouwde taken.

125 Voorts kan het feit dat verzoekster ervoor heeft gekozen, niet te vragen om een hoorzitting, niet worden opgevat als medewerking waarvoor zij in aanmerking komt voor een verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete. Medewerking die in voorkomend geval recht geeft op een verlaging van het bedrag van de geldboete uit hoofde van punt 3 van de richtsnoeren, is immers „daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure", namelijk een gedraging die de Commissie in staat heeft gesteld om de inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en in voorkomend geval te beëindigen (arresten Hof van 16 november 2000, SCA Holding/Commissie, C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 36, en 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie, C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 83). Het afzien van een formele hoorzitting, gesteld dat dit de Commissie in staat heeft gesteld om de vaststelling van de beschikking niet te hoeven uitstellen, kan niet worden aangemerkt als medewerking in de zin van punt 3 van de richtsnoeren.

126 Verzoekster kan evenmin beweren dat de Commissie haar de mogelijkheid heeft ontnomen om mee te werken door haar pas op 9 juni 1999 op de hoogte te stellen van het onderzoek. Zoals hierboven in punt 125 in herinnering is gebracht, is voor een mogelijke verlaging van het bedrag van de aan een onderneming opgelegde geldboete uit hoofde van punt 3 van de richtsnoeren immers „daadwerkelijke medewerking" van haar kant vereist. In het onderhavige geval wijst echter niets erop dat verzoekster in staat was om dergelijke medewerking te verlenen, aangezien zij zelf beweert dat zij niet op de hoogte was van de gelaakte praktijken.

127 Alle grieven met betrekking tot het verloop van de administratieve procedure moeten dan ook worden afgewezen.

Eerbiediging van de motiveringsplicht

128 Aangaande de bewering dat de beschikking onvoldoende is gemotiveerd, wat de beoordeling van de bijzondere situatie van verzoekster betreft, volstaat de opmerking dat uit de punten 194 tot en met 197, 313 tot en met 330, 352, 359, 404, 430 en 431 van de beschikking blijkt dat de Commissie duidelijk heeft verwezen naar factoren die specifiek betrekking hebben op verzoeksters situatie. Een dergelijke motivering voldoet aan de vereisten van artikel 253 EG, zoals dit is uitgelegd in de rechtspraak waarnaar in punt 73 hierboven is verwezen.

3. *Ter terechtzitting aangevoerd middel: duur van de administratieve procedure en de procedure voor het Gerecht*

129 Tot slot kan het argument dat verzoekster ter terechtzitting heeft aangevoerd en dat ertoe strekt dat het bedrag van de haar opgelegde geldboete moet worden verlaagd, gelet op de duur van de administratieve procedure en de procedure voor het Gerecht, evenmin slagen.

130 Voor zover dit middel de duur van de door de Commissie gevoerde administratieve procedure betreft, moet het ingevolge artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat dit middel, dat niet is aangevoerd in het inleidend verzoekschrift, niet kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van een eerder in het inleidend verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend aangevoerd middel en niet steunt op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan pas in de loop van de procedure is gebleken. In de omstandigheden van de onderhavige zaak behoeft het middel betreffende de onredelijke duur van de procedure voor de Commissie ook niet ambtshalve te worden onderzocht (zie in die zin arrest Gerecht van 13 december 1999, SGA/Commissie, T-189/95, T-39/96 en T-123/96, Jurispr. blz. II-3587, punt 46, bevestigd bij beschikking Hof van 13 december 2000, SGA/Commissie, C-39/00 P, Jurispr. blz. I-11201, punten 42-45).

131 Aangaande de kritiek op de duur van de procedure voor het Gerecht moet worden vastgesteld dat de mogelijk buitensporige duur van de gerechtelijke procedure geen afbreuk kan doen aan de rechtmatigheid van de beschikking die het Gerecht moet toetsen. Hieruit volgt dat dit middel niet ter zake doet.

4. *Bepaling van het eindbedrag van de geldboete*

132 Zoals blijkt uit de punten 116 tot en met 121 hierboven, dient de beschikking te worden gewijzigd voor zover jegens verzoekster de verzachtende omstandigheid van haar louter passieve rol bij de inbreuk niet in aanmerking is genomen, terwijl deze verzachtende omstandigheid wel jegens Concentra in aanmerking is genomen.

133 Voor het overige blijven de overwegingen van de Commissie in de beschikking en de in het onderhavige geval toegepaste methode voor de berekening van geldboeten ongewijzigd.

134 Het eindbedrag van de geldboete wordt dus als volgt berekend: het basisbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete (1 miljoen EUR) wordt verlaagd met 50 % wegens de verzachtende omstandigheid van haar louter passieve rol bij de inbreuk, hetgeen een eindbedrag van 500 000 EUR oplevert.

Kosten

135 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal

dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak moet worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het bedrag van de aan CD-Contact Data GmbH opgelegde geldboete wordt vastgesteld op 500 000 EUR.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Elke partij zal haar eigen kosten dragen.

Martins Ribeiro Papasavvas Wahl

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 april 2009.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding . . . . . II - 1029

1. Betrokken ondernemingen . . . . . II - 1029

2. Administratieve procedure . . . . . II - 1030

Onderzoek van de sector videospelletjes (zaak IV/35.587 PO Videospelletjes) . . . . . II - 1030

Aanvullend onderzoek, specifiek met betrekking tot het distributiestelsel van Nintendo (zaak IV/35.706 PO Distributie van Nintendo) . . . . . II - 1030

Onderzoek naar aanleiding van de door Omega Electro BV ingediende klacht (zaak IV/36.321 Omega — Nintendo) . . . . . II - 1031

3. Bestreden beschikking . . . . . II - 1033

Procesverloop en conclusies van partijen . . . . . II - 1037

In rechte . . . . . II - 1038

1. Eerste middel: schending van artikel 81 EG en de motiveringsplicht, alsmede een kennelijke beoordelingsfout . . . . . II - 1039

Argumenten van partijen . . . . . II - 1039

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1042

Schending van artikel 81, lid 1, EG . . . . . II - 1042

Schending van de motiveringsplicht . . . . . II - 1050

2. Tweede middel: schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel, alsmede schending van de motiveringsplicht . . . . . II - 1051

Argumenten van partijen . . . . . II - 1051

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1055

Eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete . . . II - 1056

— Vaststelling van het basisbedrag van de geldboete: verdeling van de betrokken ondernemingen met het oog op de bepaling van het specifieke uitgangsbedrag van de geldboete en de duur van de deelname aan de inbreuk . . . . . II - 1058

— Bestaan van verzachtende omstandigheden en eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling in dat verband . . . . . II - 1062

Eerbiediging van de rechten van de verdediging van verzoekster en van het beginsel van behoorlijk bestuur . . . . . II - 1064

Eerbiediging van de motiveringsplicht . . . . . II - 1066

3. Ter terechtzitting aangevoerd middel: duur van de administratieve procedure en de procedure voor het Gerecht . . . . . II - 1066

4. Bepaling van het eindbedrag van de geldboete . . . . . II - 1067

Kosten . . . . . II - 1067