ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)
11 december 1996 *

In zaak T-49/95,

Van Megen Sports Group BV, voorheen Van Megen Tennis BV, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Eindhoven (Nederland), vertegenwoordigd door A. W. Willems, advocaat te Eindhoven, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. E. González Díaz en W. Wils, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 94/987/EG van de Commissie van 21 december 1994 in een procedure overeenkomstig artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/32.948 — IV/34.590: Tretorn en anderen) (PB 1994, L 378, blz. 45),

wijst

* Procestaal: Nederlands.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, P. Lindh en J. L. Cooke, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 22 oktober 1996,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Verzoekster, Van Megen Sports Group BV (ten tijde van de feiten handelend onder de naam Van Megen Tennis BV), een te Eindhoven (Nederland) gevestigde vennootschap naar Nederlands recht, is de exclusieve distributeur in Nederland van Tretorn Sports Ltd (hierna: „Tretorn"), een vennootschap naar Iers recht. Tretorn is een dochtervennootschap van Tretorn AB, een Zweedse industriële onderneming die tennisballen fabriceert.

De administratieve procedure voor de Commissie

2 Op 14 mei 1993 besloot de Commissie, nadat zij in juli 1989 een verificatie ten kantore van Tretorn had verricht, de procedure wegens inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag in te leiden, waarop zij verzoekster een mededeling van punten van bezwaar deed toekomen.

3 Op 13 augustus 1993 deed verzoekster de Commissie haar schriftelijke opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar toekomen, en tijdens de op 16 november 1993 gehouden hoorzitting maakte zij haar mondelinge opmerkingen.

De litigieuze beschikking

4 Na afloop van de administratieve procedure gaf de Commissie beschikking 94/987/EG van 21 december 1994 in een procedure overeenkomstig artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/32.948 — IV/34.590: Tretorn en anderen) (PB 1994, L 378, blz. 45; hierna: „beschikking" of „litigieuze beschikking").

Deze beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

Tretorn Sport Ltd en Tretorn AB hebben inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag door het opleggen van een algemeen exportverbod aan haar distributeurs van tennisballen, dat ten uitvoer werd gelegd door controle- en sanctiemaatregelen, het melden en onderzoeken van parallelinvoer van tennisballen, het merken van tennisballen en het opschorten van leveranties om parallelinvoer en-uitvoer van tennisballen te verhinderen.

Formula Sport International Ltd heeft inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, door deel te nemen aan de uitvoering van het exportverbod in het Verenigd Koninkrijk en door leveranties op te schorten om de nakoming van het op de verhindering van parallelinvoer en-uitvoer gerichte beleid van Tretorn Sport Ltd af te dwingen.

Fabra SPA heeft inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, door deel te nemen aan de uitvoering in Italië van het exportverbod en aan de opschorting van leveringen door melding en onderzoek van parallelinvoer van tennisballen, het merken van tennisballen en de opschortingen van leveranties, rapportage van en onderzoek naar parallelle invoer van tennisballen, het merken van tennisballen en het staken van leveringen om de nakoming van het op de verhindering van parallelinvoer en-uitvoer gerichte beleid van Tretorn Sport Ltd af te dwingen.

Tenimport SA heeft inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, door deel te nemen aan het exportverbod en aan de opschorting van leveranties door aan Tretorn gevallen van parallelinvoer te melden, waarop Tretorn en haar exclusieve distributeur voor Italië maatregelen hebben genomen om deze invoer te beëindigen.

Zürcher AG heeft inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, door deelname aan de uitvoering in Zwitserland van het uitvoerverbod en aan de opschorting van leveringen door melding en onderzoek van parallelinvoer van tennisballen en het merken van tennisballen om de nakoming van het op de verhindering van parallelinvoer en-uitvoer gerichte beleid van Tretorn Sport Ltd af te dwingen.

Van Megen Tennis BV heeft inbreuk gepleegd op artikel 85, lid 1, door deel te nemen aan de uitvoering in Nederland van melding en onderzoek van parallelinvoer om de nakoming van het op de verhindering van parallelinvoer en -uitvoer gerichte beleid van Tretorn Sport Ltd af te dwingen.

Artikel 2

Hierbij wordt hoofdelijk aan Tretorn Sport Limited en Tretorn AB een geldboete van 600 000 ECU opgelegd en aan Formula Sport International Ltd, aan Fabra SPA, aan Zürcher AG en aan Van Megen Tennis BV ieder 10 000 ECU voor de in artikel 1 genoemde inbreuken.

(...)

Artikel 3

Tretorn Sport Ltd, Tretorn AB, Fabra SPA, Tenimport SA, Zürcher AG en Van Megen Tennis BV dienen, indien zij dit nog niet hebben gedaan, de in artikel 1 aangehaalde inbreuken van deze beschikking te beëindigen. Zij dienen zich te onthouden van het nemen van maatregelen die gelijke gevolgen hebben."

5 In de motivering van de beschikking stelt de Commissie vast, dat Tretorn sinds ten minste 1987, in samenspraak met haar exclusieve distributeurs, in haar systeem van exclusieve distributie een uitvoerverbod heeft opgenomen en voor de uitvoering en de afdwinging daarvan een aantal mechanismen heeft ingesteld. Die mechanismen zouden omvatten: systematische melding en onderzoek van gevallen van parallelinvoer, het merken van produkten om de herkomst van de parallelinvoer te kunnen vaststellen, en opschorting van de levering aan bepaalde markten om bestaande of potentiële parallelinvoer te voorkomen (punten 13 en 14 van de motivering van de beschikking).

6 Met betrekking tot de melding en het onderzoek van gevallen van parallelinvoer stelt de Commissie vast, dat Tretorn of haar distributeurs de namen van parallelimporteurs meedeelden, wanneer bewijzen bestonden dat parallelinvoer was geschied (punt 22 van de motivering van de beschikking). Uit een faxbericht van 16 juli 1987 van Tretorn aan Tretorn AB zou blijken, dat verzoekster in juli 1987 Tretorn ervan in kennis stelde, dat in Nederland wederom ballen van Tretorn waren „gesignaleerd". Tretorn zou verzoekster hebben verzocht, haar het codenummer mee te delen om te kunnen nagaan, „welk land heeft geleverd" (punt 24 van de motivering). In een interne nota van Tretorn van 20 juni 1988 zou vermeld staan, dat verzoekster twee bronnen van parallelinvoer had ontdekt, waarvan zij de datumcodes hoopte te krijgen (punt 25 van de motivering).

7 Wat het merken van de produkten betreft, beschikt de Commissie over het bewijs, dat Tretorn de ballen merkte met datumcodes, aan de hand waarvan de oorsprong van parallelinvoer kon worden vastgesteld. In de correspondentie van Tretorn zouden talrijke verwijzingen naar die codes en het gebruik ervan voorkomen (punt 35 van de motivering).

8 Tijdens de procedure voor de Commissie heeft verzoekster uitgelegd, dat de melding van datumcodes aan Tretorn niet bedoeld was om parallelinvoer te verhinderen, maar om na te gaan of Tretorn niet rechtstreeks op haar grondgebied leverde, en dat zij zelf aan ondernemingen leverde die zij als parallelexporteurs kende. De Commissie oordeelde, dat „(z)elfs als de door Van Megen gegeven interpretatie juist zou zijn, dan is de informatie altijd nog gegeven in het kader van een verbod op paralleluitvoer waarvan Van Megen op de hoogte was en heeft zij actief deelgenomen aan het identificeren van de bron van parallelinvoer met de bedoeling deze uit te schakelen" (punt 70 van de motivering).

9 Wat het opleggen van geldboeten aan de distributeurs van Tretorn betreft, preciseert de Commissie (punt 78 van de motivering):

„De Commissie heeft bij het vaststellen van de geldboete rekening gehouden met het feit dat de distributeurs van Tretorn in sommige gevallen aan het verhinderen van parallelinvoer zeer actief hebben deelgenomen, maar dat deze deelname in andere gevallen betrekkelijk beperkt was en moet worden gezien in samenhang met het algemene beleid van Tretorn om iedere uitvoer van haar produkten te verbieden. Bovendien had de rol die door Tenimport werd gespeeld een minder ernstig karakter, zodat het gerechtvaardigd is van oplegging van een boete aan deze onderneming af te zien."

10 In punt 77 van de motivering van de litigieuze beschikking staat ten slotte te lezen, dat „Tenimport tijdens de hoorzitting het bestaan van een ongeschreven maar feitelijk exportverbod heeft bevestigd. Tenimport is van mening dat de recente beëindiging van haar distributieovereenkomst met Tretorn moet worden toegeschreven aan het feit dat Tenimport zich niet in dat verbod heeft geschikt."

Het procesverloop

11 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 februari 1995, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

12 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij brief van 4 oktober 1996 heeft het Gerecht de Commissie evenwel verzocht, bepaalde stukken over te leggen. Bij brief, neergelegd ter griffie op 9 oktober 1996, heeft de Commissie de gevraagde stukken overgelegd.

13 Ter terechtzitting van 22 oktober 1996 zijn partijen in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

Conclusies van partijen

14 Van Megen Sports Group BV, verzoekster, concludeert dat het het Gerecht behage de bestreden beschikking nietig te verklaren.

15 De Commissie, verweerster, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

De vordering tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking

16 In artikel 1 van de litigieuze beschikking wordt verzoekster verweten, dat zij heeft deelgenomen aan de uitvoering in Nederland van melding en onderzoek van parallelinvoer van tennisballen, om de nakoming van het op de verhindering van parallelinvoer en-uitvoer gerichte beleid van Tretorn af te dwingen. Verzoeksters middelen, die in wezen strekken tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking en bijgevolg tot nietigverklaring van artikel 2, voor zover die artikelen op haar betrekking hebben, moeten in het licht van die aantijging worden onderzocht.

Argumenten van partijen

17 Verzoekster betoogt, zakelijk weergegeven, dat de beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld, dat zij heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer van tennisballen, noch met voldoende bewijzen is gestaafd, noch toereikend is gemotiveerd.

18 Zij merkt op, dat zij sinds ongeveer 1985 in Nederland alleenverkoper is van door Tretorn in Ierland gefabriceerde tennisballen, doch dat er geen schriftelijke overeenkomst met Tretorn ter zake van die alleenverkoopconstructie bestaat. Tretorn

heeft verzoekster nooit een exportverbod opgelegd. Sedert het begin van hun handelsrelatie heeft verzoekster slechts tweemaal, in 1987 en 1988, aan Tretorn gemeld, dat tennisballen van het merk Tretorn aan haar afnemers werden aangeboden welke niet van haar afkomstig waren. Zij deed die — telefonische — meldingen om twee redenen. In de eerste plaats wilde zij nagaan, of de ballen niet door Tretorn rechtstreeks aan afnemers in Nederland waren geleverd, daar zij in dat stadium van hun handelsrelatie vreesde, dat Tretorn zich niet hield aan haar verplichting om niet zelf afnemers van verzoekster op haar grondgebied te bevoorraden. Die verplichting is in overeenstemming met verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 1). Daar de afnemers van verzoekster Tretorn-tennisballen konden kopen tegen aanmerkelijk lagere prijzen dan verzoekster zelf hun kon aanbieden, trachtte verzoekster met die meldingen in de tweede plaats haar onderhandelingspositie jegens Tretorn te versterken, teneinde de ballen goedkoper van die onderneming te kunnen betrekken.

19 Ten aanzien van het faxbericht van 16 juli 1987 preciseert verzoekster, dat haar door enkele van haar afnemers telefonisch was meegedeeld, dat door Scapino BV (hierna: „Scapino"), een keten van schoenen- en kledingwinkels te Assen (Nederland), tennisballen aan de consument te koop werden aangeboden tegen een lagere prijs dan die van verzoekster. Die afnemers vroegen haar, hoe dit mogelijk was, en of zij aan Scapino andere prijzen in rekening bracht dan aan hen. Verzoekster vroeg Tretorn daarop, of zij soms zelf in Nederland leverde, hetgeen door Tretorn werd ontkend. Dat een en ander niet blijkt uit het faxbericht, doet volgens verzoekster niet ter zake, daar die fax niet van haar afkomstig noch aan haar gericht was, zodat zij de inhoud ervan destijds niet kon kennen. Derhalve mag aan de tekst van het faxbericht niet het belang worden gehecht dat de Commissie eraan toeschrijft. Verzoekster werd verzocht, de datumcodes door te geven, maar kon die codes niet achterhalen. Die codenummers gaven hoe dan ook geen enkele aanwijzing omtrent het land van herkomst van de tennisballen, daar noch de fabrikant, noch enige importeur een zogeheten „tracking-system" heeft. De codenummers op de verpakking van de ballen gaven enkel de fabricage-/verzenddatum aan. Op de verpakking van alle ballen die in een bepaalde week werden gefabriceerd, stond dezelfde code, of zij nu in Duitsland, Frankrijk of enig ander land werden geleverd. De codes werden niet vermeld op facturen of pakbonnen. Als al werd geconstateerd, dat tennisballen afkomstig waren uit een bepaald land, dan nog viel niet

na te gaan, wie de betrokken partij had verzonden. In casu was eenvoudig te zien, dat de door Scapino betrokken ballen uit Frankrijk afkomstig waren, omdat in Frankrijk de verpakking dient te zijn voorzien van een Franse tekst, hetgeen door verzoekster werd geconstateerd tijdens haar telefoongesprek met Tretorn. Het was verzoekster hoe dan ook om het even, wie de ballen aan Scapino had geleverd. Waar het haar om ging, was dat zij voor die ballen dezelfde prijs kon betalen als de andere distributeurs. Verzoekster constateerde, dat Tretorn in Frankrijk een lagere prijs in rekening bracht voor haar tennisballen dan in Nederland. Zij stelde die ongelijkheid bij Tretorn ter discussie en kon uiteindelijk betere condities krijgen.

20 Medio 1988 deed zich hetzelfde incident voor. Verzoekster beklemtoont, dat de nota van 20 juni 1988 evenmin als het faxbericht van 16 juli 1987 van haar afkomstig was en dat zij de inhoud ervan destijds niet kende.

21 Verzoekster beklemtoont voorts, dat zij nooit op de hoogte is gebracht van eventuele afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van Tretorn en/of andere distributeurs, en dat zij nooit met Tretorn of andere distributeurs overleg heeft gepleegd over stopzettingen van leveranties aan parallelimporteurs en/of -exporteurs. Zij leverde integendeel tennisballen aan Scapino, terwijl zij wist dat die onderneming in Nederland Tretorn-tennisballen op de markt bracht die parallel waren ingevoerd uit Frankrijk. Scapino is het enige bedrijf dat Tretorn-tennisballen parallel in Nederland heeft ingevoerd. Verzoekster ondernam niets om die activiteiten te belemmeren. Ten bewijze daarvan beroept zij zich op een brief van Scapino. Uit de verklaringen van Scapino in die brief blijkt, dat de meldingen aan Tretorn niet in strijd waren met het communautaire mededingingsrecht.

22 Uit de twee in rechtsoverweging 18 genoemde meldingen, de enige bewijsmiddelen die de Commissie heeft aangevoerd, blijkt niet of althans onvoldoende, dat verzoekster actief heeft deelgenomen aan het opwerpen van hinderpalen tegen parallelinvoer van Tretorn-tennisballen binnen de Gemeenschap. Daar verzoekster

geen kennis had van de overige afspraken, gedragingen dan wel andere handelingen van Tretorn en/of andere distributeurs, kunnen deze niet aan haar worden toegerekend en derhalve evenmin bijdragen aan de bewijsvoering tegen haar. Het is bovendien frappant, dat de Commissie in punt 46 van de motivering van de beschikking melding maakt van een interne nota van Tretorn van 23 augustus 1988, waarin werd aanbevolen om de leveringen aan de Amerikaanse markt stop te zetten omdat de aldaar geleverde tennisballen via parallelinvoer in Nederland opdoken, zonder dat zij stelt of bewijst, dat de betrokken melding afkomstig was van verzoekster.

23 Voorts stelt verzoekster, dat zij volgens punt 70 van de motivering van de beschikking wel degelijk wist, dat de door haar aan Tretorn verstrekte informatie werd gegeven in het kader van een verbod op paralleluitvoer en dat zij „actief [heeft] deelgenomen aan het identificeren van de bron van parallelinvoer met de bedoeling deze uit te schakelen". Die motivering is onjuist en volgt niet uit de feiten. Twee telefonische meldingen in tien jaar, waarmee verzoekster poogde te vernemen, of Tretorn rechtstreeks uitvoerde naar Nederland, en betere prijzen poogde te verkrijgen, kunnen niet als een „actieve deelname" worden bestempeld. Waar de Commissie geen andere argumenten heeft aangevoerd, moet de motivering derhalve ontoereikend worden geacht.

24 De Commissie betoogt om te beginnen, dat het bewijsmateriaal waarover zij beschikt om vast te stellen, dat Tretorn inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, bijzonder sterk is en dat daaruit kan worden afgeleid, dat geen sprake was van een louter unilateraal gedrag van Tretorn, maar van een overeenkomst of een onderlinge afstemming van gedrag tussen Tretorn en haar distributeurs. Zij verwijst naar de punten 16 tot en met 50 van de motivering van de beschikking, in het bijzonder naar punt 15, waarin zij een passage citeert uit een faxbericht van Tretorn AB aan Zürcher AG, waarin wordt verklaard: „(...) het is ons beleid om elke distributeur te beschermen tegen grijze-marktinvoer. Wij hebben tevens (...) vele controles ingesteld, nieuwe verpakkingen ontworpen, verscheidene opdrachten geweigerd, enzovoorts, ten einde deze grijze-markthandel tot een minimum te beperken."

25 Voorts stelt zij over voldoende bewijsmateriaal te beschikken voor de door verzoekster gemaakte inbreuk. Zo laten de twee in de punten 24 en 25 van de motivering van de beschikking samengevatte bewijsstukken, te weten het faxbericht van 16 juli 1987 en de interne nota van 20 juni 1988, wel degelijk de conclusie toe, dat verzoekster in Nederland actief heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer om uitvoering te geven aan het beleid van Tretorn.

26 Dienaangaande blijkt uit het faxbericht van 16 juli 1987, dat verzoekster naar Tretorn had getelefoneerd om te melden, dat niet van haar afkomstige ballen van het merk Tretorn wederom („again") in Nederland waren gesignaleerd. Tretorn had daarop aan verzoekster gevraagd, het codenummer mee te delen, om na te gaan uit welk land die ballen kwamen („which country had shipped"). Uit het vervolg van de fax blijkt, dat Tretorn ook al een vermoeden had waar de ballen vandaan kwamen („while I of course suspect our friends"), namelijk uit het Verenigd Koninkrijk („if it is the UK"), en dat het verzoek aan verzoekster om het codenummer mee te delen, diende om daarvan het bewijs te krijgen („we must wait for proof").

27 De redenen die verzoekster voor haar meldingen aan Tretorn aanvoert, klinken volgens de Commissie weinig overtuigend. Ten eerste doet het woord „wederom" („again") vragen rijzen over verzoeksters stelling, dat haar meldingen een incidenteel karakter hadden. Ten tweede maakt het faxbericht geen melding van verdenkingen van de kant van verzoekster, dat Tretorn zelf in Nederland zou hebben geleverd. Evenmin is enig spoor te vinden van pogingen van verzoekster om een lagere prijs te krijgen. Er wordt enkel gesproken van een geval van parallelinvoer, dat door verzoekster wordt gesignaleerd en door Tretorn en verzoekster gezamenlijk wordt onderzocht. In het bijzonder de zin waarin vermeld staat, dat aan verzoekster werd gevraagd het codenummer mee te delen, zodat het land van oorsprong kon worden bepaald, laat geen twijfel toe over het feit, dat verzoekster wel degelijk heeft meegewerkt aan het melden en onderzoeken van gevallen van parallelinvoer.

28 De interne nota van 20 juni 1988 toont, aldus de Commissie, hetzelfde aan. Blijkens die nota had verzoekster van twee bronnen afkomstige parallelinvoer gemeld en was zij kennelijk bezig de datumcodes te achterhalen, om die bronnen te kunnen identificeren. In de laatste zin van de nota staat te lezen, dat verzoekster hoopte binnen enkele dagen datumcodes te hebben („he hopes to have date codes in a few days").

29 De Commissie weerlegt verzoeksters argument, dat het faxbericht en de interne nota geen bewijswaarde hebben. Zij merkt op, dat het interne documenten van Tretorn betreft, door een welgeïnformeerde betrokkene opgesteld buiten elk kader van verdediging tegenover de Commissie of het Gerecht, waarin verslag wordt gedaan van gedragingen van verzoekster. Het feit dat die documenten afkomstig zijn van een goed geïnformeerde betrokkene, die geen enkele reden had om verzoeksters gedragingen anders dan waarheidsgetrouw te beschrijven, versterkt alleen maar de bewijskracht ervan.

30 Met betrekking tot verzoeksters argument betreffende punt 46 van de motivering van de beschikking (zie hiervoor, r. o. 22) verklaart de Commissie, dat zij zich ten aanzien van verzoekster niet op het in dat punt vermelde feit heeft gebaseerd, doch enkel op de twee in de punten 24 en 25 van de motivering vermelde bewijsstukken. Het was dus niet nodig, verzoekster in punt 46 met name te noemen. Niettemin kan Tretorn enkel via verzoekster te weten zijn gekomen, dat aan de Verenigde Staten geleverde ballen op de Nederlandse markt waren verschenen.

31 De Commissie stelt, dat de brief van Scapino in geen enkel opzicht haar bewijsstukken weerlegt. Uit die brief lijkt veeleer te kunnen worden afgeleid, dat verzoekster dubbel spel heeft gespeeld. De Commissie merkt op, dat de brief pas recentelijk is opgesteld, in het kader van verzoeksters verweer tegenover de vaststellingen door de Commissie. Of Scapino inderdaad de onderneming is bij wie in 1987 en 1988 parallelimporten werden geconstateerd, en of zij de enige parallel-

importeur was, is onbewezen. Evenmin is aangetoond, dat Scapino op de hoogte was van de volledige toedracht van verzoeksters handelingen, in het bijzonder van de contacten die zij had met Tretorn.

32 De Commissie betwist verzoeksters bewering, dat het land van herkomst van de tennisballen niet kan worden bepaald aan de hand van de codenummers. Het staat buiten kijf, dat een verantwoordelijke van Tretorn wist wat uit de codenummers kon worden afgeleid en wat niet. Het feit dat hij aan verzoekster heeft gevraagd, de codenummers te geven om te bepalen uit welk land de tennisballen afkomstig waren, bewijst dat die nummers inderdaad daarvoor konden worden gebruikt.

33 Ten slotte stelt de Commissie, dat de beschikking, anders dan verzoekster betoogt, toereikend is gemotiveerd. Zij verwijst in dat verband naar haar opmerkingen (zie hiervoor).

Beoordeling door het Gerecht

34 Verzoekster betwist niet, dat Tretorn een systeem van exclusieve distributie heeft toegepast, samen met een uitvoerverbod en mechanismen die moesten verzekeren, dat dit verbod zo doeltreffend mogelijk werd toegepast. Voorts erkent zij, dat zij sinds 1985 exclusieve distributeur van Tretorn is in Nederland. Zij betwist evenwel, dat Tretorn *haar* een uitvoerverbod heeft opgelegd en dat *zij* heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer. Voordat de Commissie de inbreukprocedure inleidde, was zij niet eens op de hoogte van een verbod op paralleluitvoer.

35 Volgens de rechtspraak van het Hof en het Gerecht kan artikel 85, lid 1, van het Verdrag in geen geval niet-toepasselijk worden verklaard op een alleenverkoopovereenkomst die op zichzelf geen verbod van wederuitvoer van de contract-

produkten bevat, wanneer de contractpartijen deelnemen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging die erop gericht is, voor een niet-erkende wederverkoper bestemde parallelimporten te beperken (zie arrest Hof van 21 februari 1984, zaak 86/82, Hasselblad, Jurispr. 1984, blz. 883, en arrest Gerecht van 7 juli 1994, zaak T-43/92, Dunlop Slazenger, Jurispr. 1994, blz. II-441, r. o. 88).

36 In casu heeft de Commissie zich op de volgende twee, in de punten 24 en 25 van de motivering van de beschikking vermelde bewijsstukken gebaseerd om aan te tonen, dat verzoekster in Nederland heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer:

— een faxbericht van 16 juli 1987 van de heer M., van Tretorn, aan de heer A., van Tretorn AB:

„I just had a phone call from Will Van Megen to advise that XL boxes of 4 again turning up in a major shoe chain in Holland.

I have asked Will to forward the Code No. to (O.) so that he can advise which country has shipped.

While I of course suspect our friends, we must wait for the proof.

If it is the UK, then obviously the shipment has been made to Holland in the past few weeks."

[„Ik kreeg net een telefoontje van Will Van Megen, die zei dat verpakkingen met 4 tennisballen XL wederom opduiken in een grote Nederlandse keten van schoenenwinkels.

Ik heb Will gevraagd (O.) de datumcode mee te delen, zodat hij kan nagaan welk land heeft geleverd.

Hoewel ik natuurlijk onze vrienden verdenk, moeten wij wachten op bewijzen.

Als het het Verenigd Koninkrijk is, heeft de verzending naar Nederland duidelijk in de laatste paar weken plaatsgevonden."]

— een interne nota van Tretorn van 20 juni 1988 van de heer M. aan de heer O.:

„Please ring Will Van Megen. He has parallel from 2 different sources.

1 Box of 4, made in Ireland, no date code yet.

2 Box of 4, US TA approved, no date code yet.

He hopes to have date codes in a few days."

(„Gelieve Will Van Megen op te bellen. Hij heeft parallelinvoer uit twee verschillende bronnen.

1) Verpakking van 4, vervaardigd in Ierland, nog geen datumcode.

2) Verpakking van 4, goedgekeurd door US TA, nog geen datumcode.

Hij hoopt binnen enkele dagen de datumcodes te hebben.")

37 Deze twee stukken van Tretorn hebben bewijskracht. Zoals de Commissie terecht heeft beklemtoond, zijn zij opgesteld door een welgeïnformeerde derde, die geen enkele reden had om verkeerde informatie te verstrekken. Bovendien zijn zij opgesteld buiten elk kader van verweer of rechtvaardiging tegenover de Commissie of het Gerecht.

38 Uit die twee bewijsstukken blijkt duidelijk, dat verzoekster heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer van tennisballen, teneinde het beleid van Tretorn af te dwingen. Uit het faxbericht van 16 juli 1987 blijkt immers, dat verzoekster Tretorn in kennis heeft gesteld van het bestaan van parallelinvoer van Tretorn-tennisballen in Nederland, dat dit niet de eerste keer was dat zij dergelijke informatie aan Tretorn verstrekte, en dat haar was verzocht de datumcodes mee te delen aan de hand waarvan Tretorn kon bepalen, van waar de ballen afkomstig waren. Uit de interne nota van 20 juni 1988 blijkt, dat verzoekster Tretorn opnieuw in kennis heeft gesteld van het bestaan van parallelinvoer van Tretorn-tennisballen in Nederland, dat zij twee verschillende bronnen van die invoer had ontdekt en dat zij de datumcodes trachtte te achterhalen.

39 Met betrekking tot de in punt 46 van de motivering van de beschikking genoemde interne nota van Tretorn van 23 augustus 1988, waarin werd aanbevolen de leveringen aan de Amerikaanse markt stop te zetten omdat de daar geleverde tennisballen via parallelinvoer op de Nederlandse markt verschenen, volstaat de vaststelling, dat de Commissie wat verzoekster betreft niet van dit stuk is uitgegaan. Punt 46 van de motivering staat namelijk in het deel „Staking van levering om parallelinvoer te voorkomen", waarin de Commissie vermeldt welke maatregelen

Tretorn had getroffen om die invoer tegen te gaan. Dit stuk wordt dus aangevoerd tegen Tretorn en niet tegen verzoekster, ten aanzien waarvan de Commissie terecht heeft geoordeeld, dat zij voldoende bewijzen had.

40 Wat de datumcodes betreft, tonen het faxbericht van 16 juli 1987, de interne nota van 20 juni 1988 en de andere door de Commissie in de litigieuze beschikking aangevoerde bewijsstukken (zie de punten 36-38 en 40 van de motivering) met zekerheid aan, dat Tretorn via die codes de oorsprong van de parallelinvoer kon achterhalen. Dat blijkt met name uit een faxbericht van 17 april 1987 van Tretorn aan Formula Sport International Ltd (zie punt 37 van de motivering) waarin de heer M., van Tretorn, stelt: „The date codes are all from the shipment to Formula." („De datumcodes komen allemaal van de levering aan Formula.") Dat blijkt ook uit een faxbericht van 15 mei 1987 van Tretorn aan Formula Sport International Ltd, waarin de heer M. verklaart: „We are sure of our facts/date codes and the balls shipped to Formula ended up in Switzerland. (...) Formula is guilty so let's not have any more discussion." [„Wij hebben zekerheid over de feiten/datumcodes, de aan Formula geleverde ballen kwamen in Zwitserland terecht. (...) Formula is schuldig, discussie gesloten."]

41 Met betrekking tot de brief van Scapino moet worden vastgesteld, dat deze de door de Commissie aangevoerde bewijsstukken geenszins tegenspreekt. Verzoekster kon namelijk niet zelf de parallelinvoer van Scapino verhinderen. Indien zij die invoer had willen verhinderen, dan had zij contact moeten opnemen met Tretorn, opdat die de nodige maatregelen zou nemen. Daarenboven was het uiteraard in verzoeksters belang, zo veel mogelijk Tretorn-tennisballen te verkopen, ook aan Scapino. Tevens zij opgemerkt, dat het beleid van Tretorn bestond in het verbieden van uitvoer. Uit niets in het dossier blijkt, dat Scapino de door verzoekster geleverde Tretorn-tennisballen heeft uitgevoerd. Verzoekster is dus niet tegen Tretorns beleid ingegaan door tennisballen te verkopen aan Scapino, die evenals zij een

Nederlandse onderneming is. Daardoor was het ook niet in Tretorns belang verzoekster te vragen niet aan Scapino te leveren, zo zij al van die verkopen op de hoogte was.

42 De redenen die verzoekster heeft aangevoerd voor haar meldingen aan Tretorn, kunnen niet worden aanvaard. Indien met die meldingen namelijk slechts werd beoogd, na te gaan of Tretorn rechtstreeks verkocht aan klanten in Nederland en verzoeksters onderhandelingspositie jegens Tretorn te versterken om aldus een betere prijs te verkrijgen, was het niet nodig geweest de datumcodes van de parallel ingevoerde tennisballen te achterhalen. Kennelijk wist zij dus wel degelijk af van Tretorns beleid om paralleluitvoer te verbieden. De Commissie heeft in punt 70 van de motivering van de beschikking derhalve terecht vastgesteld, dat zelfs indien de door verzoekster gegeven interpretatie juist zou zijn, „de informatie altijd nog [was] gegeven in het kader van een verbod op parallelinvoer waarvan Van Megen op de hoogte was", en dat verzoekster actief had deelgenomen „aan het identificeren van de bron van parallelinvoer".

43 Ten slotte kan verzoekster niet stellen, dat haar twee telefoongesprekken met Tretorn niet als actieve deelname kunnen worden aangemerkt, daar zij het initiatief nam om contact op te nemen met Tretorn, en niet omgekeerd. Bovendien blijkt uit rechtsoverweging 38, dat zij heeft getracht de datumcodes van de parallelinvoer te achterhalen. Derhalve heeft verzoekster actief aan Tretorns beleid deelgenomen.

44 Uit een en ander volgt, dat de middelen als zou de Commissie onvoldoende bewijs hebben geleverd en haar beschikking niet toereikend hebben gemotiveerd, moeten worden verworpen.

De vordering tot intrekking van de geldboete

Argumenten van partijen

45 Verzoekster betoogt in de eerste plaats, dat de in punt 78 van de beschikking gegeven motivering van het bedrag van de geldboete (zie hiervoor, r. o. 9), ontoereikend is. Zij merkt op, dat de Commissie nalaat, per distributeur aan te geven, welk aandeel deze in het beleid van Tretorn had, en op grond van welke gegevens zij dat aandeel heeft bepaald. Aan vier van de vijf distributeurs is dezelfde boete opgelegd, terwijl uit de stukken genoegzaam blijkt, dat de al dan niet bewuste „inbreng" van de verschillende distributeurs sterk varieerde.

46 In de tweede plaats, aldus verzoekster, had zij tijdens de administratieve procedure betoogd dat, zo zij zich al schuldig zou hebben gemaakt aan inbreuk op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag — hetgeen zij ontkent —, de oplegging van een boete achterwege had moeten blijven wegens de incidentele en ondergeschikte aard van de twee telefonische meldingen. De Commissie is daarop in het geheel niet ingegaan, terwijl zij aan Tenimport uitdrukkelijk geen boete heeft opgelegd, ook al heeft verzoekster een verweer met dezelfde strekking als dat van Tenimport gevoerd en al was haar situatie nagenoeg identiek aan die van Tenimport. Dat zij nooit heeft gesteld, dat er sprake was van een exportverbod, is ingegeven door het feit dat een dergelijk verbod haar nimmer is opgelegd.

47 Verzoekster betwist het argument van de Commissie, dat zij twijfels had omtrent de vraag, of Tenimport werkelijk het Verdrag had overtreden. De kwijtschelding van een boete voor een bewezen geachte inbreuk mag niet afhangen van de mate van twijfel bij het oordeel van de Commissie.

48 De Commissie is de mening toegedaan, dat zij het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete genoegzaam heeft gemotiveerd. Verzoeksters aandeel in de inbreuk is vastgesteld in de punten 24, 25, 70 en 76 van de motivering van de beschikking. Wat de relatieve hoogte van de geldboeten betreft, heeft de Commissie, zoals is aangegeven in punt 78 van de motivering van de beschikking, daadwerkelijk rekening gehouden met de mate waarin elke distributeur aan de inbreuk heeft deelgenomen. Ook heeft zij de rol van de verschillende distributeurs bekeken „in samenhang met het algemene beleid van Tretorn om iedere uitvoer van haar produkten te verbieden". Die overwegingen hebben ertoe geleid, dat de Commissie enkel aan Tretorn een aanzienlijke geldboete heeft opgelegd, die in verhouding staat tot haar omzet. Daarentegen werd aan de distributeurs slechts een forfaitaire boete opgelegd, waarvan het bedrag laag is. De onderliggende gedachte is, dat Tretorn de hoofdverantwoordelijke is, terwijl de verantwoordelijkheid van de distributeurs enkel ligt in hun medewerking aan het door Tretorn geleide systeem. Aangezien het gaat om medewerking aan hetzelfde systeem, en de geldboeten bovendien een forfaitair karakter hebben en laag zijn, leek het niet zinvol om tussen de distributeurs te onderscheiden.

49 Een uitzondering werd evenwel gemaakt voor Tenimport, de Belgische distributeur. De Commissie meende namelijk, dat zij niet over even sterke bewijzen beschikte voor de deelname van deze distributeur aan de uitvoering van het beleid van Tretorn. Het enige bewijsstuk waarover zij beschikt, is een faxbericht van 27 februari 1989 van Tenimport aan Tretorn. Daarin beklaagde Tenimport zich over de „ongelooflijke" prijs van Tretorn-tennisballen die door België werden doorgevoerd met bestemming Italië, en vroeg zij hoe dergelijke prijzen mogelijk waren. Bij lezing van dat faxbericht klinkt de interpretatie van Tenimport, namelijk dat zij met Tretorn enkel over de prijzen onderhandelde, niet geheel ongeloofwaardig. In de op verzoekster betrekking hebbende bewijsstukken, te weten het faxbericht van 16 juli 1987 en de interne nota van 20 juni 1988, is daarentegen geen sprake van prijzen, maar enkel van het opduiken van niet van verzoekster afkomstige tennisballen op de Nederlandse markt, en van de samenwerking tussen Tretorn en verzoekster met het oog op de vaststelling van de oorsprong van die parallelinvoer. Die documenten hebben dus een heel andere inhoud dan het faxbericht van Tenimport.

50 De Commissie weerlegt verzoeksters argument, dat deze hetzelfde verweer heeft gevoerd als Tenimport. Zoals in punt 77 van de motivering van de beschikking

wordt vermeld, heeft Tenimport tijdens de hoorzitting het bestaan van de inbreuk door Tretorn bevestigd. Tenimport heeft sindsdien ook haar medewerking verleend aan het onderzoek door de Commissie. Zoals uit punt 77 van de motivering blijkt, is Tenimport bovendien door Tretorn bestraft met een beëindiging van de distributieovereenkomst, omdat zij weigerde mee te werken aan haar systeem van exportverboden. Het is bovendien niet aan verzoekster om op te komen voor Tenimport, die tegen de litigieuze beschikking geen beroep heeft ingesteld.

Beoordeling door het Gerecht

51 Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting tot motivering van een individuele beschikking tot doel, de gemeenschapsrechter in staat te stellen de wettigheid van de beschikking te onderzoeken, en de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist. De omvang van de motiveringsplicht is afhankelijk van de aard der betrokken handeling en van de omstandigheden waaronder deze is vastgesteld (zie bij voorbeeld arrest Gerecht van 9 november 1994, zaak T-46/92, Scottish Football, Jurispr. 1994, blz. II-1039, r. o. 19). Bovendien moet elk deel van een beschikking, die een geheel vormt, met inachtneming van de andere delen worden gelezen (zie arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-150/89, Martinelli, Jurispr. 1995, blz. II-1165, r. o. 66).

52 In casu heeft de Commissie in de beschikking duidelijk aangegeven, in welke mate elke distributeur aan het beleid van Tretorn heeft deelgenomen alsmede op grond van welke elementen zij die deelneming heeft vastgesteld. Wat meer bepaald verzoekster betreft, blijkt de mate waarin zij heeft deelgenomen, met name uit de punten 24, 25, 57, 70 en 76 tot en met 78 van de motivering alsmede uit artikel 1, zesde alinea, van de beschikking. Blijkens hetgeen hiervoor in de rechtsoverwegingen 36 tot en met 44 is uiteengezet, heeft de Commissie haar beschikking

voldoende onderbouwd en gemotiveerd, waar zij vaststelt dat verzoekster heeft deelgenomen aan melding en onderzoek van parallelinvoer van Tretorn-tennisballen, teneinde Tretorns beleid af te dwingen.

53 Wat het bedrag van de geldboete betreft, zij opgemerkt, dat geldboeten volgens de rechtspraak een instrument van het mededingingsbeleid van de Commissie zijn, zodat deze bij het bepalen van het bedrag ervan over een beoordelingsmarge moet kunnen beschikken om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven (zie arrest Martinelli, reeds aangehaald, r. o. 59).

54 Blijkens artikel 2, eerste alinea, van de beschikking heeft de Commissie de distributeurs van Tretorn een geringe forfaitaire boete opgelegd. Ook moet worden opgemerkt, dat de distributeurs alle aan hetzelfde systeem hebben meegewerkt. In een dergelijke situatie is de Commissie niet verplicht, onderscheid te maken tussen de verschillende distributeurs, noch het bedrag van de aan elke distributeur opgelegde geldboete specifiek te motiveren. De Commissie heeft de grenzen van haar beoordelingsmarge dan ook niet overschreden.

55 Met betrekking tot verzoeksters argument, dat haar gezien de incidentele en ondergeschikte aard van de twee telefonische meldingen geen boete had moeten worden opgelegd, blijkt uit rechtsoverweging 43, dat verzoekster moet worden geacht actief aan Tretorns beleid te hebben deelgenomen. De Commissie heeft dit argument van verzoekster dus terecht buiten beschouwing gelaten. Dienaangaande zij er ook aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de Commissie krachtens artikel 190 van het Verdrag weliswaar gehouden is, haar beschikkingen met redenen te omkleden met vermelding van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de wettigheid van de maatregel afhangt en van de overwegingen die haar tot het geven van haar beschikking hebben geleid, doch dat niet is vereist dat zij ingaat op

alle feitelijke en rechtspunten die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen (zie met name arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-149/89, Sotralentz, Jurispr. 1995, blz. II-1127, r. o. 73).

56 Ten slotte kan verzoekster er zich niet op beroepen, dat aan Tenimport geen geldboete is opgelegd. Een verzoeker kan aan een dergelijke omstandigheid immers geen argument ontlenen om zich aan een sanctie die hem wegens inbreuk op artikel 85 van het Verdrag is opgelegd, te onttrekken, wanneer de situatie van die andere onderneming zelfs niet het voorwerp van een procedure voor de gemeenschapsrechter is (zie arrest Hof van 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85—C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e. a., Jurispr. 1993, blz. I-1307, r. o. 197, en arrest Dunlop Slazenger, reeds aangehaald, r. o. 176).

57 Derhalve moet de vordering tot intrekking van de geldboete worden afgewezen.

58 Uit het voorgaande volgt, dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

59 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in de kosten.

Lenaerts Lindh Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 december 1996.

De griffier

H. Jung

De president van de Vierde kamer

K. Lenaerts