RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. december 2003 *

I sag T-208/01,

Volkswagen AG, Wolfsburg (Tyskland), ved avocat R. Bechtold,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved W. Mölls, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

hvorunder der principalt er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2001/711/EF af 29. juni 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EFT L 262, s. 14) og subsidiært om nedsættelse af den sagsøgeren pålagte bøde,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, V. Tiili, og dommerne P. Mengozzi og M. Vilaras,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. juni 2003,

afsagt følgende

Dom

De faktiske forhold, der ligger til grund for hovedsagen

1 Volkswagen AG (herefter »Volkswagen« eller »sagsøgeren«) er holdingselskabet og den største virksomhed i Volkswagen-koncernen, som fremstiller biler. De af

sagsøgeren producerede biler sælges inden for Fællesskabet gennem et selektivt og eksklusivt distributionsnet af forhandlere, som sagsøgeren har indgået forhandleraftaler med.

2 Ifølge artikel 4, stk. 1, i standardforhandleraftalen i udgaven fra september 1995 og fra januar 1998 overdrager Volkswagen et aftaleområde til den enkelte forhandler med hensyn til leveringsprogrammet og service. I sit markedsansvarsområde forpligter forhandleren sig derimod til intensivt at fremme salgs- og serviceaktiviteterne og udnytte markedspotentialet optimalt. I henhold til artikel 2, stk. 6 (i udgaven fra januar 1989) eller artikel 1 (udgaverne fra september 1995 og januar 1998) i forhandleraftalen forpligter forhandleren sig til »at varetage [Volkswagens], Volkswagen-salgsorganisationens og Volkswagen-mærkets interesser og i enhver henseende fremme disse«. Det fastsættes ligeledes, at »forhandleren opfylder i den forbindelse alle krav til opfyldelse af formålet med aftalen med hensyn til salget af fabriksnye Volkswagen-biler, reservedelslagre, service, salgsfremmende foranstaltninger, reklame- og træningsaktiviteter samt sikring af effektivitetsniveauet for de forskellige områder af Volkswagen-aktiviteterne«. Endelig fremgår det af forhandleraftalens artikel 8, stk. 1, at »[Volkswagen fastsætter] vejledende detailpriser og rabatter«.

3 På foranledning af en klage fra en køber fremsatte Kommissionen den 17. juli 1997 og den 8. oktober 1998 i medfør af artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81) over for sagsøgeren begæringer om oplysninger vedrørende virksomhedens prispolitik og navnlig fastsættelsen af salgsprisen på modellen Volkswagen Passat i Tyskland. Sagsøgeren besvarede begæringerne henholdsvis den 22. august 1997 og den 9. november 1998.

4 Den 22. juni 1999 sendte Kommissionen på grundlag af disse oplysninger en klagepunktsmeddelelse til sagsøgeren, hvori virksomheden foreholdes at have overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved sammen med de tyske forhandlere i sit distributionsnet at have aftalt en konsekvent prisdisciplin ved salget af Volkswagen Passat-modellerne.

5 Kommissionen henholdt sig navnlig til tre skrivelser fra sagsøgeren til dennes tyske forhandlere fra 26. september 1996 samt 17. april og 16. juni 1997 og fem breve til visse af disse forhandlere fra 24. september, 2. og 16. oktober 1996, 18. april 1997 og 13. oktober 1998 (herefter samlet benævnt »de omstridte opfordringer«).

6 Ved skrivelse af 10. september 1999 besvarede sagsøgeren klagepunktsmeddelelsen og oplyste, at de beskrevne forhold i det væsentlige var rigtige. Sagsøgeren anmodede ikke om en mundtlig høring.

7 Den 15. januar og 7. februar 2001 fremsendte Kommissionen to nye begæringer om oplysninger til sagsøgeren, som denne besvarede henholdsvis den 30. januar og den 21. februar 2001.

8 Den 6. juli 2001 meddelte Kommissionen sagsøgeren sin beslutning 2001/711/EF af 29. juni 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EFT L 262, s. 14, herefter »den anfægtede beslutning«).

9 I den anfægtede beslutning bestemmes følgende:

»*Artikel 1*

[Volkswagen] har overtrådt EF-traktatens artikel 81, stk. 1, idet virksomheden fastsatte salgspriserne på VW Passat-modellen ved at opfordre de tyske forhandlere til ved salg af denne model ikke at yde kunder rabatter eller kun begrænsede rabatter.

Artikel 2

For den i artikel 1 nævnte overtrædelse pålægges Volkswagen AG en bøde på 30,96 mio. EUR.

[...]

Artikel 4

Denne beslutning er rettet til [Volkswagen], D-38436, Wolfsburg. [...]«

Retsforhandlinger

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. september 2001 har sagsøgeren anlagt den foreliggende sag.

11 Den 25. februar 2001, dvs. fire dage efter den fastsatte frist, indleverede Kommissionen duplik til Rettens Justitskontor uden hverken på forhånd at have anmodet om og opnået en forlængelse af fristen eller at have fremført omstændigheder, som kunne retfærdiggøre en fristforlængelse. Retten afviste følgelig duplikken som for sent indleveret.

12 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

13 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under retsmødet, der fandt sted den 18. juni 2003.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Subsidiært nedsættes den ved den anfægtede beslutnings artikel 2 pålagte bøde.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

16 Sagsøgeren har principalt gjort gældende, at den anfægtede beslutning bør annulleres, idet sagsøgeren ikke har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF. For det første er der mellem sagsøgeren og dennes tyske forhandlere ikke blevet indgået nogen aftale i nævnte bestemmelses forstand. For det andet er de omstridte opfordringer, såfremt de måtte antages at udgøre en aftale, ikke egnede til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater — og da slet ikke mærkbart — hvorfor artikel 81, stk. 1, EF ikke finder anvendelse. Subsidiært har sagsøgeren krævet nedsættelse af den bøde, som virksomheden er blevet pålagt ved den anfægtede beslutning.

17 Indledningsvis skal Retten behandle den principale påstand om, at den anfægtede beslutning annulleres, herunder sagsøgerens påstand om, at de omstridte opfordringer ikke udgør en aftale i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 81, stk. 1, EF, mellem virksomheden og dens tyske forhandlere.

Parternes argumenter

18 Sagsøgeren har for det første bemærket, at det følger af fast retspraksis, at virksomhedernes fælles vilje udgør det centrale element i aftalebegrebet i artikel 81, stk. 1, EF. Af denne grund er ensidigt vedtagne foranstaltninger uden accepten fra dem, foranstaltningerne berører, ikke omfattet af denne bestemmelse. Sådanne foranstaltninger omfattes kun i særlige tilfælde, hvor de kun tilsyneladende er ensidige, og hvor adressaterne stiltiende har accepteret dem. Dette gælder også ved selektiv distribution (Domstolens dom af 12.7.1979, forenede sager 32/78, 36/78-82/78, BMW Belgium mod Kommissionen, Sml. s. 2435, herefter »BMW Belgium-dommen«, af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, herefter »AEG-dommen«, af 11.1.1990, sag C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, Sml. I, s. 45, herefter »Sandoz-dommen«, og af 8.2.1990, sag C-279/87, Tipp-Ex mod Kommissionen, Sml. I, s. 261; Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 71 ff., 162, 167, 169 og 170, herefter »Bayer-dommen«).

19 Det er således med urette, at Kommissionen i betragtning 62 til den anfægtede beslutning påstår, at de ensidige opfordringer udgør en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, idet de »har til formål at påvirke« forhandleren ved opfyldelsen af dennes aftale, samt at Kommissionen på den baggrund fastslår eksistensen af en aftale i det konkrete tilfælde. Kommissionen har hermed anvendt en ny juridisk fremgangsmåde, som ikke blot udvider aftalebegrebet, men ligeledes ændrer bevisbyrdereglerne til dens egen fordel. Denne fremgangsmåde indebærer, at allerede forsøget på at opnå indflydelse omfattes og kan udgøre en overtrædelse

af artikel 81, stk. 1, EF. Hverken Rettens dom af 6. juli 2000 i sagen Volkswagen mod Kommissionen (sag T-62/98, Sml. II, s. 2707, herefter »Volkswagen-dommen«), som Kommissionen vil støtte ret på, eller Domstolens domme af 17. september 1985 i sagen Ford mod Kommissionen (forenede sager 25/84 og 26/84, Sml. s. 2725, herefter »Ford-dommen«) og af 24. oktober 1995 i sagen Bayerische Motorenwerke mod ALD (sag C-70/93, Sml. I, s. 3439, herefter »BMW-dommen«), som Volkswagen-dommen henviser til, drager tvivl om den retspraksis, hvorefter det afgørende er, om der foreligger udtrykkelig eller stiltiende samtykke.

20 Endvidere har sagsøgeren, igen under påberåbelse af fast retspraksis, bemærket, at tilsyneladende ensidige handlinger kun kan omfattes af artikel 81, stk. 1, EF, hvis de »indgår« i de aftalemæssige relationer, dvs. at de ifølge begge aftaleparters fortolkning er forenelige med de eksisterende aftalemæssige relationer. Kun i dette tilfælde kan den af Kommissionen påståede »konkretisering« finde sted. Det er således ikke tilstrækkeligt, at fabrikantens opfordringer fremsættes i »tilknytning« til et eksisterende kontraktforhold, eller at fabrikanten i disse opfordringer henviser til forhandleraftalen.

21 Sagsøgeren har gjort gældende, at en forhandler, som tilslutter sig distributionsnettet, ikke kan indvilge i en salgspolitik, medmindre denne allerede er fastlagt. De efterfølgende ændringer af denne politik kan ikke finde sted, medmindre kontrakten indeholder et forbehold herom, og da kun inden for forbeholdets rammer. I alle andre tilfælde skal kontrakten ændres af de to parter. De omstridte opfordringer, hvoraf nogle for øvrigt alene stammer fra et personligt notat forfattet af en af en salgsdirektør hos sagsøgeren, er ikke blot objektivt uforenelige med forhandleraftalen, navnlig dennes artikel 8, stk. 1, som kun fastsætter vejledende priser, men blev endvidere også opfattet således af forhandlerne, hvilket fremgår navnlig af reaktionerne fra forhandlerne Binder og Rütz. Kommissionens påstand om, at denne bestemmelse i kontrakten ikke garanterer, at sagsøgeren afholder sig fra at give bindende prisinstrukser i henhold til kontraktens artikel 2, stk. 1, og dens påstand om, at det ikke kan udledes af det

forhold, at en handlemåde strider mod artikel 81, stk. 1, EF, at den befinder sig uden for et almindeligt kontraktuelt forbehold, er ifølge sagsøgeren uforenelig med principperne for aftalefortolkning. Af de samme grunde kunne Kommissionen ikke påstå, at forhandleraftalen indeholdt et implicit forbehold, som tillader prisfastsættelsen. Endvidere medfører det forhold, at der i visse af de omstridte opfordringer blev truet med opsigelse af forhandleraftalen, heller ikke, at aftalen udgjorde det objektive retsgrundlag for disse opfordringer.

22 Ifølge sagsøgeren fastslog Kommissionen således med urette, at spørgsmålet, om forhandlerne reelt havde ændret deres prispolitik som følge af de omstridte opfordringer, kunne forblive uafklaret, og at mere præcise konstateringer ikke var nødvendige. En aftale kan kun antages at foreligge, hvis forhandlerne har samtykket i de omstridte opfordringer, og — i det mindste som bevis for aftalen — har ændret deres prisadfærd.

23 Endelig har sagsøgeren for så vidt angår forhandlernes adfærd som følge af de omstridte opfordringer gjort gældende, at selv om virksomheden ikke er i stand til at bevise, at opfordringerne ikke påvirkede forhandlernes prisadfærd, afspejler de tal, Kommissionen nævner i den anfægtede beslutning, slet ikke betydelige ændringer i adfærden, men viser derimod en stigning i rabatterne. Sagsøgeren har foreslået vidneførsel herom og henholder sig til tal, der viser, at de af forhandlerne tildelte rabatter steg.

24 Kommissionen har gjort gældende, at de omstridte opfordringer er blevet en integrerende del af forhandleraftalen og derfor udgør en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

25 Kommissionen har principalt først gjort gældende, at i henhold til AEG-, Ford-, BMW- og Volkswagen-dommene er det, i hvert fald for så vidt angår selektive distributionssystemer som det foreliggende, ikke nødvendigt, at samtykket til en opfordring fra fabrikanten søges i den adfærd, forhandlerne indtager i forbindelse med denne opfordring (eksempelvis efter at have modtaget den). Samtykket skal i princippet anses for foreliggende, allerede fordi forhandleren er indtrådt i distributionsnettet, hvilket således udgør et forhåndstilsagn fra forhandleren. Denne retspraksis, som udgør grundlaget for den anfægtede beslutning, afkræftes ifølge Kommissionen ikke af de af sagsøgeren nævnte domme, der nærmere bekræfter Kommissionens opfattelse.

26 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at det ikke er nødvendigt, at en distributionsaftale indeholder et udtrykkeligt forbehold for, at en opfordring fra fabrikanten bliver en del af aftalen. Det afgørende punkt er opfordringens formål, som er at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af aftalen. En fabrikants ulovlige forretningspolitik, der vedtages inden for rammerne af en lovlig distributionsaftale, kan således blive en integrerende del af denne aftale, uden at aftalen indeholder et udtrykkeligt forbehold herom. Det formodes nemlig, at en forhandler i et distributionssystem på forhånd samtykker i fabrikantens salgspolitik, som forhandleren på indtrædelsestidspunktet naturligvis ikke kan forudse i mindste detalje. Disse principper gælder ligeledes for en fabrikants politik vedrørende videresalgspriser. Synspunktet finder støtte i AEG- og Ford-dommene.

27 Såfremt det antages, at et udtrykkeligt forbehold skal foreligge, har Kommissionen subsidiært gjort gældende, at forhandleraftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, udgør dette forbehold. De argumenter, som sagsøgeren har fremført, støttet på forhandleraftalens artikel 8, stk. 1, om, at aftalen ikke indeholder en bestemmelse om sanktioner i tilfælde af ikke-overholdelse af fabrikantens anbefalinger, og at aftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, kun nævnes i visse af de omstridte opfordringer, drager ikke denne vurdering i tvivl.

28 Endelig har Kommissionen for så vidt angår parternes adfærd efter de omstridte opfordringer vurderet, at denne adfærd antyder, at parterne anså de omstridte opfordringer for en del af forhandleraftalen. Sagsøgerens argumenter vedrørende fortolkningen af forhandlerne Binders og Rütz' reaktioner på de omstridte opfordringer og det forhold, at visse af opfordringerne stammede fra en af sagsøgerens salgsdirektører, som havde skrevet den på et personligt brevpapir, drager ikke denne vurdering i tvivl.

29 Kommissionen har imidlertid påpeget, at aftalen, som underkendes ved den anfægtede beslutning, alene bygger på de omstridte opfordringer, da forhandlernes samtykke allerede blev givet på forhånd ved indtrædelsen i distributionssystemet. Det har således kun ringe betydning, om forhandlerne også ved deres reelle prisadfærd efterfølgende godkendte de omstridte opfordringer på ny. Det er ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål (betragtning 68 til den anfægtede beslutning). Alle sagsøgerens betragtninger desangående er således irrelevante.

Rettens bemærkninger

30 Det fremgår af fast retspraksis, at det, for at der er tale om en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 112, og af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 86, samt Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 256, og Bayer-dommen, præmis 67).

31 Hvad angår den form, hvorunder den fælles vilje er kommet til udtryk, er det tilstrækkeligt, at en bestemmelse er udtryk for parternes vilje til at indrette deres adfærd på markedet efter den pågældende bestemmelse (jf. i denne retning dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, og i sagen Van Landewyck mod Kommissionen, præmis 86, samt Bayer-dommen, præmis 68).

32 Heraf følger, at begrebet aftale i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje (Bayer-dommen, præmis 69).

33 Det fremgår ligeledes af retspraksis, at når en fabrikants beslutning udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side, falder beslutningen uden for forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning AEG-dommen, præmis 38, og Ford-dommen, præmis 21, Rettens dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, Sml. II, s. 441, præmis 56, og Bayer-dommen, præmis 66).

34 Under visse forhold er de foranstaltninger, som en fabrikant har truffet eller tilsyneladende påbudt ensidigt som led i sin faste forretningsforbindelse med sine forhandlere, blevet antaget at udgøre en aftale i artikel 81, stk. 1, EF's forstand (BMW Belgium-dommen, præmis 28-30, AEG-dommen, præmis 38, Ford-dommen, præmis 21, Sandoz-dommen, præmis 7-12, BMW-dommen, præmis 16 og 17, og Bayer-dommen, præmis 70).

35 Det fremgår af denne praksis, at der bør sondres mellem de tilfælde, hvor en virksomhed har truffet en egentlig ensidig foranstaltning, dvs. uden en anden virksomheds udtrykkelige eller stiltiende medvirken, og de tilfælde, hvor foranstaltningens ensidige karakter kun er tilsyneladende. De førstnævnte tilfælde

falder ikke ind under artikel 81, stk. 1, EF, hvorimod de sidstnævnte må anses for at vise, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, der således kan falde ind under traktatbestemmelsens anvendelsesområde. Det gælder navnlig konkurrencebegrænsende praksis og foranstaltninger, som en fabrikant tilsyneladende vedtager ensidigt som led i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, men som dog opnår disses, i det mindste stiltiende, samtykke (Bayer-dommen, præmis 71).

36 Det fremgår tillige af denne retspraksis, at Kommissionen ikke er berettiget til at lægge til grund, at den tilsyneladende ensidige adfærd, som en fabrikant følger i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, reelt udgør en aftale mellem virksomheder i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, medmindre den har godtgjort, at der foreligger et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra de andre medkontrahenter til fabrikantens handlemåde (jf. i denne retning BMW Belgium-dommen, præmis 28-30, AEG-dommen, præmis 38, Ford-dommen, præmis 21, Sandoz-dommen, præmis 7-12, og Bayer-dommen, præmis 72).

37 I lyset af denne retspraksis skal det undersøges, om Kommissionen i den anfægtede beslutning har ført bevis for en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF mellem sagsøgeren og dennes forhandlere i form af de omstridte opfordringer.

38 Det skal herom indledningsvis konstateres, at det ikke er blevet godtgjort, at de omstridte opfordringer blev omsat i praksis af forhandlerne. Kommissionen har bl.a. i betragtning 74 til den anfægtede beslutning indrømmet dette på følgende måde:

»Under de foreliggende omstændigheder er det næppe muligt at fastslå forhandlernes præcise adfærd [...]«

39 Det skal endvidere fastslås, at Kommissionens hovedargument til støtte for, at der forelå en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF — som det i det væsentlige fremgår af betragtning 60 til den anfægtede beslutning — er, at sagsøgerens salgspolitik stiltiende var blevet accepteret af forhandlerne ved underskrivelsen af forhandleraftalen. Som følge heraf er det ifølge Kommissionen »ikke nødvendigt at tage stilling til, om og i hvilket omfang de tyske Volkswagen-forhandlere rent faktisk har ændret deres prisfastsættelse på grundlag af rundskrivelserne og advarslerne« (betragtning 68 til den anfægtede beslutning).

40 Kommissionen har gentaget denne opfattelse i punkt 8 i svarskriftet, hvorefter »det, i det mindste for så vidt angår selektive distributionssystemer som det foreliggende, ikke er nødvendigt at forsøge at finde et samtykke til en fabrikants opfordringer i forhandlerens adfærd vedrørende denne opfordring (f.eks. efter at have modtaget den)«. Ifølge Kommissionen »bør samtykket i princippet anses for foreliggende, allerede fordi forhandleren er indtrådt i fabrikantens distributionsnet«, og »det anses for afgivet på forhånd«. Kommissionen argumenterer reelt for, at det kun har ringe betydning, om aftalen indeholder et udtrykkeligt forbehold, der tillader opfordringer som de i sagen omstridte. I mangel af et sådant forbehold kan opfordringerne også blive en integrerende del af aftalen, dvs. at de »indgår« i aftalen. Det afgørende element er formålet med opfordringen, som er at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af aftalen (punkt 11 og 12 i svarskriftet).

41 Den samme tankegang kommer til udtryk i betragtning 62 til den anfægtede beslutning, hvor Kommissionen med henvisning til Volkswagen-dommen (præmis 236) bemærker, at der »med opfordringer fra fabrikanten til forhandlere er tale om en aftale, når de har til formål at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af aftalen med fabrikanten eller importøren«.

42 Endelig udtales, at Kommissionen ingen steder har påstået, at forhandleraftalen, navnlig artikel 2, stk. 1 eller 6, og artikel 8 heri, skulle stride mod konkurrenceretten.

43 Det følger af de ovenstående bemærkninger, at Kommissionens opfattelse, som er tydeligt gengivet i svarskriftets punkt 15, løber ud i at hævde, at en forhandler, der underskriver en forhandleraftale, som er forenelig med konkurrenceretten, på tidspunktet for underskrivelsen antages på forhånd at have accepteret en efterfølgende ulovlig udvikling af aftalen på trods af, at den netop på grund af sin forenelighed med konkurrenceretten ikke gør det muligt for forhandleren at forudse denne udvikling.

44 Denne opfattelse hos Kommissionen, som den anfægtede beslutning hovedsagelig støttes på — og i henhold til hvilken Kommissionen afviste det som irrelevant, om sagsøgerens forhandlere reelt samtykkede i de omstridte opfordringer, da de blev bekendt hermed, dvs. efter at de var blevet dem tilsendt — kan ikke tages til følge.

45 Det kan vel udmærket tænkes, at en aftalemæssig udvikling antages at være blevet accepteret på forhånd på tidspunktet for underskrivelsen af en lovlig forhandleraftale, såfremt det drejer sig om en lovlig aftalemæssig udvikling, der enten er forudset i aftalen eller er en udvikling, som forhandlerne henset til handelssædvane eller retsregler ikke kan modsætte sig. Derimod kan det ikke godtages, at en ulovlig aftalemæssig udvikling kan betragtes som accepteret på forhånd på tidspunktet for underskrivelsen af en lovlig distributionsaftale. I dette tilfælde kan et samtykke til en ulovlig aftalemæssig udvikling nemlig ikke foreligge, før forhandleren har viden om den af fabrikanten ønskede udvikling.

46 Følgelig hævder Kommissionen med urette i denne sag, at sagsøgerens forhandleres underskrivelse af forhandleraftalen medførte, at de accepterede de omstridte opfordringer. En sådan påstand strider mod fortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF i den retspraksis, som er nævnt ovenfor i præmis 30-36, og som kræver, at der føres bevis for en fælles vilje.

47 Retten finder, at Kommissionen foretager en urigtig fortolkning af den retspraksis, den påberåber sig til støtte for sin opfattelse, idet den påstår, at det i henhold til AEG-, Ford-, BMW- og Volkswagen-dommene ikke, i det mindste for så vidt angår selektive distributionssystemer af en karakter som det her foreliggende, er nødvendigt at efterforske, om forhandleren har samtykket til en fabrikants opfordringer gennem forhandlerens adfærd i forbindelse med disse opfordringer (f.eks. efter at have modtaget dem), samt at dette samtykke principielt bør anses for afgivet alene af den grund, at forhandleren er indtrådt i distributionsnettet.

48 I modsætning til det af Kommissionen påståede fastslog Domstolen i AEG-dommen nemlig udtrykkeligt, at forhandlerne havde samtykket til AEG's konkurrencebegrænsende adfærd, da det bemærkedes, at »[n]år en forhandler optages i distributionssystemet, bygger autorisationen nemlig på medkontrahenternes udtrykkelige eller stiltiende accept af den af AEG fulgte politik, hvorefter bl. a. forhandlere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men ikke er indforstået med at følge denne politik, udelukkes fra forhandlerorganisationen« (AEG-dommen, præmis 38).

49 Med andre ord var Domstolen i AEG-dommen ikke af den opfattelse, at forhandlernes samtykke til AEG's konkurrencebegrænsende politik udgjorde et ved underskrivelsen af aftalen afgivet forhåndssamtykke til en endnu ukendt politik fra fabrikantens side.

50 Det skal endvidere bemærkes, at udtalelsen i AEG-dommens præmis 38, hvorefter AEG's adfærd ikke er ensidig, men »indgår [...] i de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere«, ikke er en kategorisk udtalelse, men bygger på Domstolens forudgående konstatering af forhandlernes samtykke til denne adfærd, hvilken antoges at skulle påvirke det aftalemæssige forhold.

51 I Ford-dommen angik tvisten ikke spørgsmålet, om forhandlerne havde samtykket i en konkurrencebegrænsende rundskrivelse, som Ford havde tilsendt dem. Der var nemlig enighed mellem parterne om, at rundskrivelsen var blevet omsat i praksis af Ford, og at forhandlerne på trods af deres protester havde føjet sig. Søgsmålet angik spørgsmålet, om denne rundskrivelse, som parterne anvendte ved undersøgelsen af disse kontrakter, i lyset af artikel 81, stk. 1, EF og med henblik på en eventuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, kunne anses for tilknyttet forhandleraftalen. Det var i denne sammenhæng, at Domstolen — efter at have fastslået, at den omstridte rundskrivelse var tilføjet til forhandleraftalen (bilag 1 til aftalen) — kunne konstatere, at Kommissionen med rette kunne tage højde for rundskrivelsen ved undersøgelsen af aftalen med henblik på en eventuel fritagelse i medfør af artikel 81, stk. 3, EF (Ford-dommen, præmis 20, 21 og 26).

52 For så vidt angår BMW-dommen, som blev afsagt på grundlag af en præjudiciel forelæggelse, ses denne ikke at være af direkte relevans for den foreliggende sag. I sagen, som lå til grund for BMW-dommen, angik det forelagte spørgsmål ikke, om der reelt var indgået en aftale mellem BMW og dennes forhandlere angående en rundskrivelse fra BMW til dem, men snarere, om denne opfordring, såfremt det kunne antages, at den var blevet accepteret, og at den således udgjorde en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, ville være omfattet af de relevante fritagelsesbestemmelser, dvs. Kommissionens forordning (EØF) nr. 123/85 af 12. december 1984 om anvendelse af traktatens artikel [81], stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer (EFT 1985 L 15, s. 16).

53 For så vidt angår sagen, som gav anledning til Volkswagen-dommen, fremgår det klart både af Kommissionens beslutning og af Rettens dom i denne sag (jf. Volkswagen-dommens præmis 236, sammenholdt med de deri nævnte præmisser) — hvilket Domstolen tiltrådte i dommen af 18. september 2003 i sagen Volkswagen mod Kommissionen (sag C-338/00 P, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) — at fabrikantens initiativer reelt blev fulgt, idet de italienske forhandlere underlagde sig dem og derfor afviste at sælge til udenlandske kunder. Forhandlernes accept af Volkswagens konkurrencebegrænsende tiltag var således utvivlsomt i denne sag.

54 Afgørelsen i Volkswagen-dommen, der forkastede kravet om annullation af Kommissionens beslutning på grund af, at Volkswagens tiltag angiveligt var ensidige, byggede således på, at der forelå samtykke derved, at fabrikantens tiltag var blevet gennemført i praksis.

55 Det fremgår af denne analyse af AEG-, Ford-, BMW- og Volkswagen-dommene, at Kommissionen med urette henviser til disse domme til støtte for sin opfattelse af, at underskrivelsen af en forhandleraftale principielt set og ufravigeligt indebærer en stiltiende accept af en eventuelt ulovlig udvikling af aftalen.

56 Endvidere skal det bemærkes, at Kommissionens opfattelse i sagen her tydeligt underkendes af dommene i sagerne Sandoz, BMW Belgium, Bayer og Tipp-Ex mod Kommissionen, nævnt ovenfor, som sagsøgeren henviser til. Disse domme bekræfter alle nødvendigheden af at fremlægge beviser for en fælles vilje for at kunne fastslå eksistensen af en aftale i den forstand, begrebet anvendes i artikel 81, stk. 1, EF. Endvidere skal den fælles vilje i henhold til den i præmis 30 og 31 ovenfor nævnte retspraksis vedrøre en bestemt adfærd, som parterne skal være bekendt med, når de samtykker.

57 Endvidere fremgår det i modsætning til det af Kommissionen hævdede ikke af denne retspraksis, at det afgørende for at indsætte en opfordring i en kontrakt er, at opfordringen har til hensigt at påvirke forhandleren ved opfyldelsen af kontrakten. Hvis dette var tilfældet, ville fabrikantens fremsendelse af en opfordring til forhandlerne altid medføre, at der forelå en aftale, idet opfordringen pr. definition har til hensigt at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af deres kontrakter.

58 Derimod er det således, at en opfordring vel indgår i den allerede eksisterende kontrakt, dvs. den bliver en integrerende del heraf, når den har til hensigt at påvirke forhandleren ved opfyldelsen af kontrakten, men navnlig når forhandleren på den ene eller anden måde reelt samtykker.

59 I den foreliggende sag nøjedes Kommissionen med at anføre det indlysende forhold, at de omstridte opfordringer havde til formål at påvirke forhandlerne ved opfyldelsen af deres kontrakter. Kommissionen fandt det ikke nødvendigt at bevise, at forhandlerne reelt havde samtykket i opfordringerne, da de blev bekendt hermed. Kommissionen vurderede fejlagtigt, at underskrivelsen af den lovlige aftale medførte en stiltiende forhåndsaccept af disse opfordringer. Det skal således fastslås, at Kommissionen ikke har ført bevis for, at der forelå en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

60 Det skal i den sammenhæng fastslås, at der i betragtning 66 og 67 til den anfægtede beslutning, som angår en undersøgelse af parternes adfærd, skrivelser og erklæringer, heller ikke søges bevist, at forhandlerne samtykkede i de omstridte oplysninger, da de fik kendskab hertil. Kommissionen ønskede med disse betragtninger blot at begrunde sin fortolkning af aftalen, som var fremlagt i betragtning 63-65 til den anfægtede beslutning, og som udgør Kommissionens subsidiære påstand, der undersøges nedenfor, og hvorefter der i form af forhandleraftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, under alle omstændigheder bestod en grundlæggende forbindelse mellem de omstridte opfordringer og aftalen. Det er ligeledes i denne sammenhæng, at man skal forstå Kommissionens påstand i punkt 29 i dens svarskrift, i henhold til hvilken forhandlerne anså de omstridte opfordringer for »en del af« aftalen.

61 Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at selv hvis det skulle anses for nødvendigt med et forbehold i forhandleraftalen for at kunne fastslå, at de omstridte opfordringer indgik i aftalen, skal aftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, anses

for et sådant forbehold. Kommissionen har nærmere anført, at artikel 8, stk. 1, i aftalen ikke har til formål at begrænse artikel 2, stk. 1 eller 6, ved at hindre, at bestemmelsen anvendes på bindende opfordringer angående salgspriser.

62 Dette subsidiære argument kan ikke tages til følge.

63 Det følger af forhandleraftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, hvorefter forhandlerne forpligter sig til at »varetage [Volkswagens], Volkswagen-organisationens samt Volkswagen-mærkets interesser og i enhver henseende fremme disse«, kun kan fortolkes som henvisning til lovlige midler. At påstå det modsatte ville nemlig medføre, at der af en neutralt udformet aftaleforpligtelse udledes, at forhandlerne har bundet sig ved en ulovlig kontrakt.

64 Forhandleraftalens artikel 8, stk. 1, er ligeledes udfærdiget i neutrale vendinger; den udelukker måske endda Volkswagens mulighed for at udstede bindende prisopfordringer.

65 Det forhold, at Kommissionen i betragtning 65 til den anfægtede beslutning bemærkede, at forhandleraftalens artikel 8, stk. 1, »ikke [giver] forhandlerne nogen specifik garanti for, at fabrikanten også i al fremtid vil undlade at føre en bindende prispolitik [...]«, understreger blot bestemmelsens neutralitet samt det forhold, at den slet ikke forudser bindende foranstaltninger.

66 Endelig skal det bemærkes, at blot fordi Volkswagen henviser til forhandleraftalens artikel 2 i de omstridte opfordringer, er bestemmelsen ikke objektivt set grundlaget for opfordringerne. Eksistensen af en eventuel grundlæggende sammenhæng mellem forhandleraftalens artikel 2 og de omstridte opfordringer kan nemlig kun fastslås objektivt ved en analyse af de omhandlede bestemmelser og uafhængigt af, hvad en af parterne efterfølgende påstår. Som beskrevet ovenfor, fremgår det dog af artikel 2's ordlyd, at denne bestemmelse på ingen måde forudser en konkurrencebegrænsende udvikling af aftalen.

67 Herefter finder Retten ikke at kunne tiltræde Kommissionens subsidiære argument om, at forhandleraftalens artikel 2, stk. 1 eller 6, udgør det relevante forbehold, som medfører, at de omstridte opfordringer blev accepteret ved indgåelsen af aftalen.

68 Det fremgår af ovenstående betragtninger under ét, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har bevist en fælles vilje mellem sagsøgeren og dennes forhandlere vedrørende de omstridte opfordringer. Heraf følger det, at den anfægtede beslutning blev truffet i strid med artikel 81, stk. 1, EF, og således skal annulleres, uden at det er nødvendigt at udtale sig om sagsøgerens andet annullationsanbringende eller om det subsidiære krav om nedsættelse af bøden.

Sagens omkostninger

69 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning 2001/711/EF af 29. juni 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) annulleres.**

2) **Kommissionen betaler sagens omkostninger.**

Tiili Mengozzi Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. december 2003.

H. Jung

Justitssekretær

V. Tiili

Afdelingsformand