FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO
fremsat den 17. november 2005 [1]

1. Ved dom af 3. december 2003 i sag T-208/01, Volkswagen AG mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«), annullerede Retten i Første Instans Kommissionens beslutning 2001/711/EF af 29. juni 2001 »om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81« (herefter »den anfægtede beslutning«) [2], hvorved Volkswagen AG blev pålagt en bøde for at have indgået en aftale med de tyske Volkswagen-forhandlere med henblik på fastsættelse af salgspriserne for VW Passat-modellen. Kommissionen har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

I — Sagens omstændigheder og procedure

A — *Omstændighederne, der ligger til grund for tvisten*

2. I den appellerede dom beskrives de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, på følgende måde:

»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

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Kommissionens beslutning 2001/711/EF af 29.6.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EFT L 262, s. 14).

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 [§] 8, stk. 1, at »[Volkswagen fastsætter] vejledende detailpriser og rabatter«.

B — *Den anfægtede beslutning*

3. På baggrund af en klage fra en bilkøber iværksatte Kommissionen en undersøgelse for at påvise eventuelle overtrædelser af artikel 81, stk. 1, EF ved fastsættelse af salgspriserne for Passat-modellen i Tyskland. Ved afslutningen af undersøgelsen har Kommissionen vedtaget den anfægtede beslutning, hvorved:

— den har fastslået, at Volkswagen AG havde overtrådt EF-traktatens artikel 81, stk. 1, ved at fastsætte »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 1)

— den har pålagt Volkswagen AG en bøde på 30,96 mio. EUR (artikel 2).

4. I begrundelsen for beslutningen har Kommissionen søgt at bevise, i) at Volkswagen havde indgået en aftale med de tyske Volkswagen-forhandlere om fastsættelse af salgspriserne for VW Passat-modellen (betragtning 56-69), ii) at formålet med denne aftale var at begrænse konkurrencen (betragtning 70-74), iii) at konkurrencebegrænsningen var mærkbar for handelen mellem medlemsstaterne (betragtning 81-91), og iv) at den anfægtede aftale ikke var omfattet af en individuel fritagelse eller en gruppefritagelse i medfør af traktatens artikel 81, stk. 3 (betragtning 93-96).

5. Hvad navnlig angår det første aspekt, der er genstand for denne sag, har Kommissionen udledt tilstedeværelsen af en samordnet adfærd med hensyn til priser af den omstændighed, at Volkswagen har sendt tre rundskrivelser til alle de tyske forhandlere samt fem breve til visse af disse forhandlere (herefter »de omstridte opfordringer«), hvorved Volkswagen med trusler om retligt efterspil ved manglende overholdelse af ret-

ningslinjerne beordrede sine forhandlere til ikke at yde rabatter (eller kun at yde dem i meget begrænset omfang) ved salg af Passat (betragtning 29-55).

6. Ifølge Kommissionen udgjorde disse retningslinjer ikke udelukkende en ensidig adfærd fra Volkswagen, men en aftale i artikel 81 EF's forstand, for så vidt som retningslinjerne blev en del af de faste forretningsforbindelser mellem producenten og dennes forhandlere på grundlag af forhandleraftalen (betragtning 57-59). Det skulle faktisk følge af »Domstolens retspraksis [...] [, at] adgangen til forhandlernettet [indebærer], at aftaleparterne udtrykkeligt eller stiltiende accepterer fabrikantens salgspolitik. Rundskrivelserne [var] derfor blevet en del af Volkswagen AG's aftaler med virksomhedens forhandlere, da de [blev betragtet] som en del af faste forretningsforbindelser på grundlag af en eksisterende generel aftale (forhandleraftalen)« (betragtning 57).

7. Særligt skulle Domstolen have fastslået, »at der i forbindelse 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«. En sådan betingelse var efter Kommissionens mening utvetydigt opfyldt i den foreliggende sag (betragtning 62).

8. Som følge heraf har Kommissionen fastholdt, at »[d]et [...] i denne forbindelse ikke [var] nødvendigt at tage stilling til, om og i hvilket omfang de tyske Volkswagen-forhandlere rent faktisk [havde] ændret deres prisfastsættelse på grundlag af rundskrivelserne og advarslerne« (betragtning 68).

9. Endeligt har Kommissionen forkastet Volkswagens anbringender om, at den pågældende prispolitik ikke ville kunne accepteres af forhandlerne, ej heller stiltiende, eftersom prispolitikken ikke var forudset i forhandleraftalen, men faktisk var i modstrid med aftalens § 8, stk. 1.

10. Tværtimod var de omstridte opfordringer ifølge Kommissionen bygget på en klausul i forhandleraftalen, nemlig § 2, stk. 6 (betragtning 64). Derudover kunne man ikke tale om »en »modstrid« mellem den nævnte opfordring og § 8, stk. 1, i forhandleraftalerne. Ifølge denne bestemmelse »(fastsætter) [Volkswagen] vejledende detailpriser og rabatter«. Disse vejledende priser indgår ifølge de efterfølgende stykker i denne bestemmelse i beregningen af de priser og udligningskrav, som gælder mellem forhandleren og fabrikanten. Det forhold, at

fabrikanten med denne mekanisme har ret til at angive vejledende priser, giver ikke forhandlerne nogen specifik garanti for, at fabrikanten også i al fremtid vil undlade at føre en bindende prispolitik, f.eks. inden for rammerne af § 2, stk. 1, i forhandleraftalen« (betragtning 65).

C — *Proceduren ved Retten og den appellerede dom*

11. Ved stævning indgivet den 10. september 2001 nedlagde Volkswagen ved Retten principal påstand om annullation af Kommissionens beslutning og subsidiær påstand om nedsættelse af den bøde, der var pålagt ved denne beslutning.

12. Ved dom af 3. december 2003 har Retten taget Volkswagens principale påstand vedrørende anvendeligheden af artikel 81, stk. 1, EF på den foreliggende sag til følge og annulleret den anfægtede beslutning, da »Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har bevist en fælles vilje mellem sagsøgeren og dennes forhandlere vedrørende de omstridte opfordringer« [3].

13. Ved vurderingen af sagsøgerens klagepunkt har Retten under henvisning til Bayerdommen [4] navnlig mindet om, at »begrebet aftale i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, [...] 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« [5], og at »en fabrikants beslutning[, der] udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side«, derfor ikke er omfattet af anvendelsesområdet for den nævnte bestemmelse [6].

14. For at artikel 81 EF kan finde anvendelse, bør der ifølge Retten således »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« [7].

3 — Den appellerede dom, præmis 68.

4 — Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen (Sml. II, s. 3383).

5 — Den appellerede dom, præmis 32.

6 — Den appellerede dom, præmis 33.

7 — Den appellerede dom, præmis 35.

15. I forbindelse hermed har Retten i Første Instans alligevel understreget, at det ud fra fast fællesskabsretlig retspraksis [8] »fremgår [...], 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« [9].

16. Herefter undersøgte Retten, om artikel 81, stk. 1, EF finder anvendelse på den foreliggende sag, og fastslog, at Kommissionen havde anerkendt ikke at have »godtgjort, at de omstridte opfordringer blev omsat i praksis af forhandlerne«. Dette blev fastslået, idet Kommissionen ikke fandt, at et sådant bevis var nødvendigt, for så vidt som sagsøgerens salgspolitik ifølge Kommissionen i den foreliggende sag stiltiende og på forhånd var blevet accepteret af forhandlerne ved underskrivelsen af forhandleraftalen [10].

17. Retten har alligevel afvist denne teori. Efter dens opfattelse er det muligt, 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« [11]. Derimod kan det ikke antages, »at en ulovlig aftalemæssig udvikling kan betragtes som accepteret på forhånd« af forhandlerne [12]. »I dette tilfælde kan et samtykke til en ulovlig aftalemæssig udvikling nemlig ikke foreligge, før forhandleren har viden om den af fabrikanten ønskede udvikling« [13].

18. Den retspraksis, som Kommissionen påberåber sig, men fortolker forkert, bekræfter Rettens opfattelse, nemlig:

— »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«, og at

— »en fælles vilje [...] [skal] vedrøre en bestemt adfærd, som parterne skal være bekendt med, når de samtykker« [14].

8 — Retten henviser især til sagen BMW Belgium (dom af 12.7.1979, forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, Sml. s. 2435), sagen AEG (dom af 25.10.1983, sag 107/82, Sml. s. 3151), sagen Ford (dom af 17.9.1985, forenede sager 25/84 og 26/84, Sml. s. 2725), sagen Sandoz (dom af 11.1.1990, sag C-277/87, Sml. I, s. 45) og Bayer-dommen.

9 — Den appellerede dom, præmis 36.

10 — Den appellerede dom, præmis 38-40.

11 — Den appellerede dom, præmis 45.

12 — Ibid.

13 — Ibid.

14 — Den appellerede dom, præmis 56.

19. Derimod 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« [15].

20. På baggrund af disse overvejelser har Retten fastslået, at Kommissionens påstand om, »at underskrivelsen af den aftale medførte en stiltiende forhåndsaccept af [de omstridte opfordringer]« — således at det ikke var »nødvendigt at bevise, at forhandlerne reelt havde samtykket i opfordringerne« — var grundløs [16].

21. Endelig har Retten i Første Instans ikke tiltrådt Kommissionens subsidiære påstand om, at forhandlernes samtykke til de omhandlede forholdsregler skulle kunne udledes af en kombination af §§ 2 og 8 i forhandleraftalen.

22. Retten har rent faktisk fundet, at »forhandleraftalens [§] 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« [17].

23. Det ville ikke føre til en anden konklusion, fortsatte Retten, »at [...] Volkswagen henviser til forhandleraftalens [§] 2 i de omstridte opfordringer [...]. Eksistensen af en eventuel grundlæggende sammenhæng mellem forhandleraftalens [§] 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 [§] 2's ordlyd, at denne bestemmelse på ingen måde forudser en konkurrencebegrænsende udvikling af aftalen« [18].

24. Desuden har Retten i Første Instans understreget, at eftersom forhandleraftalens

15 — Den appellerede dom, præmis 57.
16 — Den appellerede dom, præmis 59.
17 — Den appellerede dom, præmis 63.
18 — Den appellerede dom, præmis 66.

§ 8, stk. 1, ligeledes er »udfærdiget i neutrale vendinger [...] udelukker [den] måske endda Volkswagens mulighed for at udstede bindende prisopfordringer« [19].

25. I lyset af ovennævnte overvejelse har Retten fastslået, at Kommissionen ikke havde ført bevis for, at de tyske forhandlere havde givet samtykke til Volkswagens prispolitik, og at den anfægtede beslutning derfor blev truffet i strid med artikel 81, stk. 1, EF [20].

D — *Proceduren ved Domstolen*

26. Ved appelskrift indgivet til Domstolen den 16. februar 2004 har Kommissionen over for Domstolen nedlagt påstand om, i) at den appellerede dom ophæves, ii) at sagen hjemvises til Retten, samt iii) at Volkswagen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27. Indstævnte har naturligvis modsat sig disse påstande ved at anmode Domstolen om at forkaste appelsagen og tilpligte appellanten at betale sagens omkostninger.

28. Efter afslutningen af den skriftlige forhandling, der ligeledes omfattede en anden indgivelse af skriftlige indlæg, er parterne blevet hørt under retsmødet den 29. september 2005.

II — Retlig bedømmelse

29. Med sit eneste anbringende anfægter Kommissionen Rettens vurdering, hvorefter opfordringerne fra Volkswagens side til forhandlerne om ikke at yde rabatter ved salg af Passat-modeller ikke udgjorde aftaler i artikel 81, stk. 1, EF's forstand. Efter Kommissionens opfattelse har Retten i Første Instans anvendt en alt for snæver fortolkning af begrebet »aftale« og herved tilsidesat bestemmelsen.

Procesdeltagernes anbringender

30. Appellanten gør principalt gældende, at den fortolkning, Retten i Første Instans har anlagt, er i modstrid med fast retspraksis [21],

19 — Den appellerede dom, præmis 64.

20 — Den appellerede dom, præmis 68.

21 — Kommissionen henviser især til de nævnte domme i sagerne AEG og Ford samt Domstolens dom af 6.1.2004, forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, BAI og Kommissionen mod Bayer, Sml. I, s. 23.

hvorefter en »aftale« i artikel 81 EF's forstand skulle foreligge udelukkende som følge af, at opfordringer som dem, der foreligger i denne sag, er blevet udstedt af en producent inden for de faste forretningsforbindelser med producentens forhandlere, der er underkastet en allerede eksisterende generel aftale. På samme måde skulle en forhandlers optagelse i et selektivt distributionsnet altid medføre forhandlerens udtrykkelige eller stiltiende accept af producentens distributionspolitik [22].

31. I disse tilfælde ville det med henblik på at påvise tilstedeværelsen af en aftale derfor, i modsætning til Rettens opfattelse, ikke være nødvendigt at bevise, at forhandlerne udtrykkeligt havde givet deres samtykke til den pågældende forholdsregel. Man ville ej heller kunne antage, at forhandleren med underskrivelsen af en forhandleraftale kun accepterer producentens distributionspolitik i dens lovlige form eller dog med de foranstaltninger, forhandleren har kendskab til.

32. Hvis man afviger fra den hidtidige retspraksis, ville den appellerede dom derfor efter appellantens opfattelse medføre et pålæg af for strenge krav for at bevise tilstedeværelsen af aftaler i forbindelse med vertikale konkurrencebegrænsninger.

33. Kommissionen har yderligere gjort gældende, at fortolkningen af begrebet aftale i den appellerede dom ikke blot er i modstrid med fast retspraksis, men heller ikke tager hensyn til de selektive forhandleraftalers natur og særegenheder. Aftalerne opretter faktisk en generel ramme, der skal finde anvendelse i et bestemt antal år, og hvis funktion derfor løbende skal suppleres og konkretiseres alt efter parternes behov, markedsvilkårene, den tekniske udvikling osv.. Eftersom udviklingen ikke i det hele kan forudses på tidspunktet for indgåelsen af forhandleraftalen, overlader aftalerne nødvendigvis nogle forhold til senere beslutninger fra producentens side, som Domstolen ligeledes fastslog i Ford-dommen. Underskrivelsen af forhandleraftalen indebærer derfor forhandlerens forhåndsaccept af disse forholdsregler.

34. Endelig anfægter Kommissionen den sondring, som Retten i Første Instans anlægger mellem »lovlig« og »ulovlig« aftalemæssig udvikling (jf. punkt 17 ovenfor), hvoraf Retten fejlagtigt har udledt, at: i) forhandleren ved underskrivelsen af en forhandleraftale udelukkende accepterer lovlige aftalemæssige udviklinger, og at ii) en klausul, der er affattet i neutrale vendinger, kun kan vedrøre forholdsregler »i overensstemmelse med loven«.

35. Ifølge Kommissionen er en sådan sondring ikke relevant for at påvise en forhand-

22 — Kommissionen påberåber sig særligt Domstolens dom i sagen Bayerische Motorenwerke (dom af 24.10.1995, sag C-70/93, Sml. I, s. 3439) og Volkswagen (dom af 18.9.2003, sag C-338/00 P, Sml. I, s. 9189).

lers accept af en forholdsregel, der er beordret af producenten. Som det i øvrigt bekræftes af omstændighederne, der har givet grundlag for Domstolens domme i sager om forhandleraftaler, kan ulovlige forholdsregler faktisk vedtages på baggrund af klausuler i kontrakter, der er fuldstændig lovlige og neutrale.

36. Kommissionen har tilføjet, at det drejer sig om et kriterium, der i praksis er vanskeligt at anvende, fordi det ikke altid vil være let for forhandlerne at sondre mellem lovlige og ulovlige forholdsregler, særligt når en sådan vurdering kræver en fortolkning af fritagelsesreglerne, der finder anvendelse på området.

37. Volkswagen har derimod gjort gældende, at Retten korrekt har anvendt artikel 81, stk. 1, EF i den foreliggende sag, og særligt at fortolkningen af begrebet »aftale« i den appellerede dom ikke er i modstrid med fast fællesskabsretlig retspraksis.

Bedømmelse

38. Den foreliggende sag rejser atter det vanskelige spørgsmål vedrørende anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, og især begrebet »aftale«, på tilsyneladende ensidig adfærd fra producentens side som del af de faste forretningsforbindelser med deres forhandlere[23].

39. Nærmere bestemt drejer det sig om at afklare, om man, som Kommissionen i modsætning til Retten gør, kan antage, at forhandleren ved underskrivelsen af forhandleraftalen giver sin forhåndsgodkendelse af alle forholdsregler, som producenten måtte træffe inden for den deraf følgende aftale, herunder konkurrencestridig adfærd som den i sagen omhandlede.

40. Eftersom såvel Kommissionen som Volkswagen, på trods af at de når frem til forskellige konklusioner, har besvaret dette spørgsmål under henvisning til de talrige domme fra Domstolen om forhandleraftaler, finder jeg det især nyttigt at forsøge at afklare betydningen og rækkevidden af denne retspraksis.

23 — I mit forslag til afgørelse i sagen BAI og Kommissionen mod Bayer har jeg været stillet over for lignende spørgsmål om fortolkningen af artikel 81 EF, også selv om omstændighederne var anderledes. I den sag havde producenten og forhandlerne til forskel fra den foreliggende sag faktisk ikke indgået en forhandleraftale, og producenten havde ikke tilstillet sine forhandlere nogen form for retningslinjer eller krav, idet producenten i stedet »begrænsede sig til« at oprette en ordning med begrænsning af salget med henblik på at forhindre eller begrænse parallelimporten. Forslaget til afgørelse indeholder endog en analyse af fællesskabsretspraksis for så vidt angår vertikale begrænsninger, som jeg vil få anledning til at vende tilbage til, og som i hvert fald delvis kan være nyttig også med henblik på undersøgelsen af den foreliggende sag (jf. særligt punkt 49-78).

41. For så vidt angår det væsentligste problem på dette tidspunkt, er det min opfattelse, at Domstolen kun har betegnet to slags forholdsregler, der var truffet i forbindelse med forholdet mellem producenter og forhandlere, for blot at fremstå som ensidige, men reelt at være egentlige aftaler.

42. Den første vedrører de forholdsregler, der er forudset i selve forhandleraftalen. Fællesskabets retsinstanser har i denne forbindelse fundet, at forhandleren ved at tilslutte sig en aftale, der forudser eller i det mindste tillader, at producenten træffer senere forholdsregler, giver forhåndssamtykke til de pågældende forholdsregler. Med andre ord anses disse for at høre ind under anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som de er omfattet af samtykket til forhandleraftalen, som de afgørende skal kunne anses for at være »uadskillelige« fra.

43. Jeg drager denne slutning af dommene Ford, AEG og Bayerische Motorenwerke, der er påberåbt af Kommissionen til støtte for dens egen opfattelse [24]. I Ford-dommen har Domstolen rent faktisk forkastet de sagsøgende selskabers anbringende for så vidt angår den påståede ensidige beskaffenhed af visse forholdsregler om leveringsbegrænsninger, med den begrundelse, at Fords forhandleraftale »overl[od] det til producenten senere at træffe afgørelse vedrørende visse spørgsmål« [25]. I sagerne AEG og Bayerische Motorenwerke blev de begrænsende forholdsregler fundet at være et led i de pågældende forhandleraftaler, også selv om det måske ikke fremgår med samme tydelighed af begrundelserne for disse domme [26], således at Domstolen har kunnet fastslå, at producentens adfærd eller beslutning ikke udgjorde en ensidig handling, eftersom den blev en del af »kontraktforholdet mellem virksomheden og dens forhandlere« [27].

44. Ud fra de samme betragtninger nævnes ligeledes den senere Volkswagen-dom, hvorved Domstolen fandt artikel 81 EF anvendelig på forholdsregler om begrænsning af levering, der var truffet af bilproducenten over for dens italienske forhandlere, idet der særligt blev lagt vægt på, at »forhandleraftalen *gav* mulighed for at begrænse leverancerne« [28]. »Det følger heraf, at de ita-

24 — I disse sager drejede det sig i det væsentligste om at fastslå, om de forholdsregler, producenterne havde truffet, var uafhængige og adskilte fra forhandleraftalerne, og om de på en eller anden måde var omfattet af disse aftaler og derfor skulle indgå i overvejelserne ved vurderingen af aftalernes forenelighed med konkurrencereglerne. Med henblik på en mere udførlig analyse af disse domme, kan der henvises til mit forslag til afgørelse i sagen Bayer (særligt punkt 68-74).

25 — Ford-dommen, præmis 20.

26 — Jf. AEG-dommen, præmis 38 og 39, samt Bayerische Motorenwerke-dommen, præmis 17.

27 — Ford-dommen, præmis 21, og AEG-dommen, præmis 38. Jf. ligeledes Bayerische Motorenwerke-dommen, præmis 17.

28 — Volkswagen-dommen, præmis 64. Mine fremhævelser.

lienske forhandlere ved at indgå forhandlerkontrakten [havde] samtykket i en foranstaltning, som dernæst [blev] anvendt til at hindre reeksport fra Italien« [29].

45. Den anden fortolkning af forholdsregler, der blot fremstår ensidige, der er anlagt i Fællesskabets retspraksis, henviser derimod til sager, hvor der mangler relevante kontraktmæssige bestemmelser eller endog en kontrakt, og går ud fra den antagelse, at samtykke til producentens opfordringer ikke blot kan gives udtrykkeligt, men ligeledes stiltiende. I disse tilfælde vil accepten af disse opfordringer, der umiddelbart er ensidig, derfor blive udledt af modtagernes adfærd, hvorved aftalen også vil kunne anses for indgået, når forhandlerne som svar på opfordringerne med konkrete handlinger udviser deres samtykke [30].

46. Netop i dette perspektiv har Fællesskabets retsinstanser i Sandoz-dommen ved at godkende en særlig bred fortolkning af begrebet aftale fundet, at »[d]e gentagne individuelle ordrer på produkter og den omstændighed, at kunderne efterfølgende uden protest betalte de priser, som var angivet på fakturaerne — der var forsynet med påtegningen »må ikke eksporteres« — udgjorde et stiltiende samtykke fra dem til de i fakturaen fastsatte klausuler« [31]. Med andre ord *og selv uden at efterprøve, om de pågældende produkter herefter reelt var blevet eksporteret eller ikke*, har Domstolen konstateret en form for »stiltiende samtykke« — og derfor fundet, at der var indgået en »aftale« — alene ud fra den omstændighed, at grossisterne efter indsættelsen af den pågældende påtegning i fakturaerne ikke havde anfægtet påtegningen og fortsatte med at forsyne sig jævnligt fra selskabet.

47. Til forskel fra hvad Kommissionen har gjort gældende, følger det derfor ikke af de nævnte domme, at det for at påvise tilstedeværelsen af en aftale i artikel 81, stk. 1, EF's forstand er tilstrækkeligt blot at konstatere, at en forholdsregel er blevet truffet af en producent som led i de faste forretningsforbindelser, der opretholdes med forhandlerne, og/eller at forhandlerne er en del af et nærmere bestemt forhandlingsnet [32]. Det, der derimod er væsentligt, er, at forhandlerne har givet deres samtykke til netop den pågældende forholdsregel. Dette samtykke kan være aftalt *tidligere* i aftalemæssige klausuler (første antagelse) eller *efterfølgende*

29 — Volkswagen-dommen, præmis 65.

30 — Jf. især BMW Belgium-dommen, præmis 28, 29 og 37.

31 — Sandoz-dommen, præmis 11. Jf. ligeledes dommen i sagen BAI og Kommissionen mod Bayer, præmis 142, for et senere eksempel.

32 — Jf. i den forbindelse særligt Bayer-dommen, hvor Domstolen har udtalt, at »[d]et forhold alene, at der eksisterer en som sådan neutral aftale og en ensidigt pålagt konkurrencebegrænsende foranstaltning, udgør ikke en ulovlig aftale i henhold til denne bestemmelse. Det forhold alene, at en fabrikant har vedtaget en foranstaltning, som har til formål eller virkning at begrænse konkurrencen, og som indgår i det vedvarende forretningsforhold mellem fabrikanten og dens grossister, er følgelig ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en sådan aftale« (præmis 141).

i form af mere eller mindre udtrykkeligt samtykke (anden antagelse).

48. Med andre ord kan anvendelsen af artikel 81 EF ikke ske uden konstateringen af tilstedeværelsen af en fælles vilje blandt de interesserede erhvervsdrivende til at følge en given adfærd eller vedtage en forholdsregel. Denne fælles vilje fra parternes side markerer ikke blot grænsen mellem anvendelsesområderne for artikel 81 EF og 82 EF og dermed mellem de regler, der finder anvendelse på henholdsvis aftaler og ensidige forholdsregler, men kendetegner selve begrebet aftale.

49. Idet jeg vender tilbage til den foreliggende sag og forsøger at drage konklusioner af analysen, der er fremlagt indtil dette punkt, finder jeg først og fremmest, at man ikke kan bebrejde Retten, hvilket Kommissionen imidlertid gør, at anvende artikel 81, stk. 1, EF fejlagtigt ved at forlange bevis for de tyske forhandleres vilje til at give samtykke til visse opfordringer fra Volkswagen vedrørende priserne, også selv om opfordringerne blev en del af de faste forretningsforbindelser, der var reguleret af en forudgående forhandleraftale, og selv om forhandlerne deltog i et selektivt distributionsnet. Ved at kræve bevis for, »at forhandlerne reelt havde samtykket i [de omstridte] opfordringer[...]« [33], har Retten i Første Instans virkelig foretaget sig andet end at anvende de principper, der, som det fremgår, kan udledes af Fællesskabets retspraksis på det pågældende område.

50. For at føre dette bevis ville Kommissionen kunne tage to forskellige indfaldsvinkler i overensstemmelse med de led af retspraksis, der er nævnt ovenfor.

51. Ifølge den første, der er den mest formalistiske, skulle appellanten bevise, at forhandleraftalens bestemmelser gav Volkswagen ret til at træffe den type forholdsregler, der er omtalt i sagen.

52. Den anden, som kan anses for at være mere betydende for forholdets parter, flyttede analysen til et andet område: den konkrete adfærd, de tyske forhandlere fulgte efter modtagelsen af de i sagen omhandlede retningslinjer for rabatter. Kommissionen ville således kunne forsøge at bevise, at forhandlerne ved at realisere eller i hvert fald på en måde samtykke til Volkswagens opfordringer implicit havde givet deres samtykke til producentens nye politik.

33 — Den appellerede dom, præmis 59.

53. Jeg skal tilføje, at valget af sidstnævnte indfaldsvinkel kunne have medført et ømfindtligt fortolkningsproblem af betydningen og rækkevidden af den nævnte Sandoz-dom. Dette for så vidt som man skulle vurdere, om Kommissionen kunne udlede forhandlernes samtykke udelukkende af deres (eventuelle) manglende anfægtelse af de omstridte opfordringer, eller om man derimod ligeledes skulle vurdere, om der forelå sådanne faktorer til at gøre gældende, at en sådan automatisk og reelt en anelse overfladisk konklusion ikke var berettiget ud fra omstændighederne.

54. Lad mig dog straks sige, at Domstolen ved vurderingen af den foreliggende sag ikke skal tage stilling til dette spørgsmål, eftersom Kommissionen for at bevise forhandlernes samtykke ikke har betragtet problemstillingen på den netop anførte måde. Ved reelt kun at anvende sin undersøgelse på tilstedeværelsen af en selektiv forhandleraftale, hvis indgåelse ville have medført *forhåndssamtykke* til de pågældende forholdsregler [34], har appellanten afsluttet med ikke at fastholde, at det er »nødvendigt at tage stilling til, om og i hvilket omfang de tyske Volkswagen-forhandlere rent faktisk [havde] ændret deres prisfastsættelse på grundlag af rundskrivelserne og advarslerne« (betragtning 68 til den anfægtede beslutning)«, og om de alligevel havde afholdt sig fra at anfægte de omstridte opfordringer [35].

55. Der står derfor tilbage at efterprøve, om den påstand, der er fremhævet ovenfor, er opfyldt, dvs. om Kommissionen rent faktisk kunne lægge den pågældende forhandleraftale til grund for at fastslå, at der mellem Volkswagen og de tyske forhandlere forelå en prisaftale.

56. I denne forbindelse har Retten for sin del allerede fastslået, at det forbud mod at yde rabatter, som bilproducenten udstedte til sine forhandlere, ikke kunne føres tilbage til nogen bestemmelse i forhandleraftalen [36]. En sådan efterprøvelse medfører en vurdering fra Retten af, bevisværdien, der skal tillægges

34 — Denne indfaldsvinkel er også udtrykkeligt bekræftet af Kommissionen under den mundtlige forhandling.

35 — Den appellerede dom, præmis 38 og 39. Faktisk henviser Kommissionen i den anfægtede beslutning til parternes adfærd (f.eks. Volkswagen AG's trusler til sine forhandlere om retlige følger i tilfælde af manglende overholdelse af de omstridte opfordringer) udelukkende på baggrund af sin teori, hvorefter de omstridte opfordringer »havde tilknytning til forhandleraftalen« og derfor var *forhåndsgodkendte* af forhandlerne (jf. den anfægtede beslutning, betragtning 66 og 67 samt den appellerede dom, præmis 60). Herudover kan de enkeltstående handlinger, som et repræsentativt udvalg af forhandlerne fulgte, og som Kommissionen henviser til, ikke gøres gældende for at bevise en form for samtykke til den pågældende forholdsregel. Som det følger af beslutningen, vedrører den kritik, »forhandlerforeningen« har afgivet vedrørende de høje rabatter, som visse forhandlere har givet, nemlig »en anden model«, Golf A 4, og ikke Passat-modellen, der er genstand for de omstridte opfordringer (jf. den anfægtede beslutning, betragtning 43 og 67). Kommissionen nævner analogt nogle diskussioner vedrørende prisdisciplin mellem Volkswagens direktion og forhandlerforeningen for Volkswagen og Audi uden dog at præcisere disse og særligt uden at afklare, om problemstillingen om de omstridte opfordringer er blevet behandlet eller ej i forbindelse med disse diskussioner (jf. den anfægtede beslutning, betragtning 36-41).

36 — Jf. den appellerede dom, præmis 62-67.

de oplysninger, Retten har fået forelagt (særligt bevisværdien af visse aftalemæssige klausuler, som Kommissionen har påberåbt sig). Det drejer sig derfor om en »de facto« vurdering og således om en form for vurdering, der ifølge fast retspraksis ikke er omfattet af Domstolens prøvelsesret, medmindre beviserne er gengivet urigtigt [37]. Men i den foreliggende sag har Kommissionen ikke påstået en sådan urigtig gengivelse.

57. Men herudover skal jeg ligeledes fremhæve, at Rettens konklusion synes vanskelig at anfægte. Jeg skal nemlig bemærke, at forhandleraftalens § 2 (jf. punkt 2 ovenfor) — som de omstridte opfordringer ifølge Kommissionen kan henføres til — ud over at være affattet i neutrale vendinger slet ikke nævnte prispolitikken, hvorimod den udtrykkeligt forudså, at forhandlerne skulle »opfylde [...] alle krav«, som bilproducenten havde opstillet, for en hel række elementer i forhandlerpolitikken (f.eks. levering af reservedele, kundeservice, reklame, uddannelse m.m.).

58. Samlet set var den pågældende forholdsregel også udtrykkeligt udelukket af en af de for denne sag relevante bestemmelser i kontrakten, og særligt § 8, hvorefter Volkswagen udelukkende kunne fastsætte »*vejledende* detailpriser og rabatter«.

59. Netop den omstændighed, at de omstridte opfordringer på ingen måde var forudset og tilladt i henhold til forhandleraftalen, er derfor efter min mening det, der klart adskiller den foreliggende sag fra de ovennævnte domme, hvorved Domstolen har fastslået, at en forholdsregel, der er truffet af en producent, var dækket af underskrivelsen af forhandleraftalen (punkt 42-44 ovenfor).

60. Af disse overvejelser følger derfor efter min mening, at Retten korrekt har fundet, »at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke [havde] bevist en fælles vilje mellem [Volkswagen] og dennes forhandlere vedrørende de omstridte opfordringer« [38], hvorfor den anfægtede beslutning er blevet vedtaget i modstrid med artikel 81, stk. 1, EF.

61. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste appellen.

37 — Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 21 og 22. Jf. i samme retning bl.a. dom af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P — C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78, af 8.5.2003, sag C-122/01 P, T. Port mod Kommissionen, Sml. I, s. 4261, præmis 27, af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 47-49, og kendelse af 9.7.2004, sag C-116/03 P, Fichtner mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33.

38 — Den appellerede dom, præmis 68.

III — Sagens omkostninger

62. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, og på baggrund af de konklusioner, jeg er nået frem til i sagen med forkastelse af appellen, er det min opfattelse, at Kommissionen bør tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Forslag til afgørelse

63. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at fastslå følgende:

— Appellen forkastes.

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler sagens omkostninger.