CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. TIZZANO
van 17 november 2005 [1]

1. Bij arrest van 3 december 2003, Volkswagen/Commissie, gewezen in zaak T-208/01 (hierna: „bestreden arrest"), heeft het Gerecht van eerste aanleg beschikking 2001/711/EG van de Commissie van 29 juni 2001 in een procedure op grond van artikel 81 EG [2] (hierna: „litigieuze beschikking"), nietig verklaard. Bij deze beschikking is aan Volkswagen AG een geldboete opgelegd, omdat zij met de dealers die tot haar Duitse distributienetwerk behoren, prijsafspraken voor de wederverkoop van het automodel Passat had gemaakt. De Commissie verzoekt het Hof thans om dit arrest te vernietigen.

I — Feiten en procesverloop

A — *De aan het geding ten grondslag liggende feiten*

2. In het bestreden arrest zijn de aan het geding ten grondslag liggende feiten als volgt uiteengezet:

„1. Volkswagen AG (hierna: ‚Volkswagen' of ‚verzoekster') is de holdingmaatschappij en grootste onderneming van het Volkswagen-concern, dat actief is in de sector van de motorvoertuigenproductie. De door verzoekster geproduceerde motorvoertuigen worden in de Gemeenschap in het kader van een selectief en exclusief distributiesysteem verkocht door dealers waarmee verzoekster een dealerovereenkomst heeft gesloten.

2. Volgens artikel 4, lid 1, van de dealerovereenkomst, in de versies van september 1995 en januari 1998, wijst Volkswagen de dealer een contractgebied toe voor het leveringsprogramma en de klantenservice. De dealer neemt daartegenover de verplichting op zich om in het hem toegewezen marktgebied de afzet en de klantenservice intensief te stimuleren en het marktpotentieel optimaal te gebruiken. Volgens artikel 2, lid 6 (versie van januari 1989), of lid 1 (versies van september 1995 en januari 1998) van de dealerovereenkomst neemt de dealer de verplichting op zich ‚de belangen van [Volkswagen], de verkooporganisatie van Volkswagen en het merk Volkswagen te behartigen en op alle manieren te bevorderen'. Ook is bepaald dat de dealer ‚[i]n dat verband [...] alle met het oog op de uitvoering van de overeenkomst gedane verzoeken

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Zaak COMP/F-2/36.693 — Volkswagen (PB L 262, blz. 14).

wat betreft de verkoop van fabrieksnieuwe automobielen van Volkswagen, de bevoorrading met onderdelen, de klantenservice, de verkoopbevordering, reclame en opleiding alsmede de verzekering van het prestatieniveau voor de respectieve sectoren van het Volkswagen-bedrijf [dient] op te volgen'. Tot slot doet volgens artikel 8, lid 1, van de dealerovereenkomst ‚[Volkswagen] [...] voor de eindgebruikersprijzen en kortingen vrijblijvende aanbevelingen'."

B — *De litigieuze beschikking*

3. Naar aanleiding van een klacht van een koper heeft de Commissie een administratief onderzoek ingesteld naar eventuele schendingen van artikel 81, lid 1, EG bij de vaststelling van de verkoopprijs van het model Volkswagen Passat in Duitsland. Na afloop van dit onderzoek heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven, waarin zij:

— constateert dat Volkswagen inbreuk heeft gemaakt op artikel 81, lid 1, EG door „de verkoopprijzen voor het model Volkswagen Passat vast te stellen [...] door zijn Duitse dealers dringend te verzoeken bij verkoop van dit model geen of slechts beperkte kortingen aan afnemers toe te staan" (artikel 1);

— Volkswagen een geldboete van 30,96 miljoen EUR oplegt (artikel 2).

4. In de motivering van de beschikking tracht de Commissie aan te tonen: i) dat Volkswagen met de Duitse dealers een overeenkomst had gesloten over de verkoopprijs van het model Passat (punten 56-69); ii) dat deze overeenkomst tot doel had de mededinging te beperken (punten 70-74); iii) dat deze overeenkomst het handelsverkeer tussen de lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloedde (punten 81-91), en iv) dat de overeenkomst niet in aanmerking kon komen voor een individuele vrijstelling of een groepsvrijstelling in de zin van artikel 81, lid 3, EG (punten 93-96).

5. Meer in het bijzonder met betrekking tot het eerste aspect, het voorwerp van deze hogere voorziening, heeft de Commissie het bestaan van prijsafspraken afgeleid uit de verzending door Volkswagen van drie circulaires aan alle Duitse dealers en vijf brieven aan sommigen van hen (hierna: „omstreden verzoeken"), waarin het bedrijf zijn wederverkopers, onder bedreiging met gerechte-

lijke stappen in geval van niet-naleving van de instructies, aanmaande om bij verkoop van de Passat geen of slechts zeer beperkte prijskortingen te geven (punten 29-55).

6. Volgens de Commissie vormden die instructies niet louter eenzijdig gedrag van Volkswagen, maar een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG, omdat zij deel uitmaakten van lopende handelsbetrekkingen tussen de fabrikant en zijn dealers op basis van de betrokken dealerovereenkomsten (punten 57-59). Immers, „volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen houdt toelating tot het dealernetwerk in dat de partijen bij de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend instemmen met het afzetbeleid van de producent. De circulaires maken bijgevolg deel uit van de overeenkomsten tussen Volkswagen AG en haar dealers, aangezien zij als een element moeten worden beschouwd van lopende handelsbetrekkingen en zijn gebaseerd op een bestaande algemene overeenkomst (de dealerovereenkomst)" (punt 57).

7. In het bijzonder zou de gemeenschapsrechter hebben verklaard dat „aan dealers gerichte aanmaningen van een autofabrikant een overeenkomst inhouden wanneer zij ‚[ertoe strekten] de [...] dealers bij de uitvoering van hun overeenkomst met [de producent of de importeur] te beïnvloeden'." Volgens de Commissie was aan deze voorwaarde in dit geval duidelijk voldaan (punt 62).

8. Daaruit trok de Commissie de volgende conclusie: „Of en in hoeverre de Duitse Volkswagen-dealers hun prijsvorming op grond van de circulaires en aanmaningen daadwerkelijk hebben gewijzigd, is nog niet duidelijk" (punt 68).

9. Tot slot verwierp de Commissie het door Volkswagen aangevoerde argument, dat de dealers niet stilzwijgend met het omstreden prijsbeleid hadden kunnen instemmen, omdat dit beleid niet alleen niet in de dealerovereenkomst was voorzien, maar zelfs in tegenspraak met artikel 8, lid 1, van die overeenkomst was.

10. Volgens de Commissie berustten de omstreden verzoeken wel degelijk op een bepaling in de dealerovereenkomst, namelijk artikel 2, lid 6 (punt 64). „Evenmin [kon] er sprake zijn van een ‚tegenspraak' tussen die verzoeken en [artikel 8, lid 1,] van de dealerovereenkomst. Ingevolge deze bepaling ‚doet [Volkswagen] [...] voor de eindgebruikersprijzen en kortingen vrijblijvende aanbevelingen'. Deze aanbevelingen bepalen volgens de daaropvolgende punten van [dit artikel] mede de berekening van de prijzen en de rechten op compensatie die tussen de dealer en de fabrikant gelden. Dat deze regeling het recht van de fabrikant inhoudt

om adviesprijzen op te geven, betekent niet dat de dealers een specifieke garantie hebben dat de fabrikant ook in de toekomst zal afzien van het bepalen van bindende prijzen, bijvoorbeeld in het kader van [artikel 8, lid 1,] van de dealerovereenkomst" (punt 65).

C — *Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest*

11. Bij verzoekschrift, neergelegd op 10 september 2001, heeft Volkswagen het Gerecht verzocht, primair, om nietigverklaring van de litigieuze beschikking van de Commissie, en subsidiair, om vermindering van het bedrag van de bij die beschikking opgelegde geldboete.

12. Bij arrest van 3 december 2003 heeft het Gerecht het voornaamste door Volkswagen aangevoerde middel, met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG, toegewezen en de bestreden beschikking nietig verklaard omdat zijns inziens „de Commissie [...] niet het bewijs heeft geleverd van wilsovereenstemming tussen verzoekster en haar dealers ter zake van de litigieuze verzoeken". [3]

13. Bij de beoordeling van het door verzoekster aangevoerde middel herinnert het Gerecht, onder verwijzing in het bijzonder naar het arrest Bayer/Commissie [4], er eerst aan dat „[h]et wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, [...] het bestaan van wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen [is], ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, mits deze de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is" [5], en dat dus „een besluit van de fabrikant, dat een eenzijdige handelwijze van de onderneming vormt", ontsnapt aan het verbod van die bepaling. [6]

14. Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG moet dus, zo vervolgt het Gerecht, „onderscheid [...] worden gemaakt tussen het geval waarin een onderneming een werkelijk eenzijdige maatregel heeft vastgesteld, dus zonder de uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van een andere onderneming, en dat waarin de maatregel slechts schijnbaar eenzijdig is. De eerste categorie maatregelen valt buiten het bestek van artikel 81, lid 1, EG, maar de maatregelen van de tweede categorie moeten worden geacht een overeenkomst tussen ondernemingen te behelzen, en kunnen dus binnen het toepassingsgebied van dit artikel vallen. Dit geldt met name voor mededingingsbeperkende praktijken en maatregelen, waartoe de fabrikant schijnbaar eenzijdig heeft besloten in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, maar waarmee deze laatste, althans stilzwijgend, hebben ingestemd." [7]

3 — Punt 68 van het bestreden arrest.

4 — Arrest Gerecht van 26 oktober 2000 (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383).

5 — Punt 32 van het bestreden arrest.

6 — Punt 33 van het bestreden arrest.

7 — Punt 35 van het bestreden arrest.

15. In dat verband heeft het Gerecht niettemin gepreciseerd, dat uit de vaste communautaire rechtspraak [8] volgt dat „de Commissie zich niet op het standpunt kan plaatsen dat een schijnbaar eenzijdige gedraging van een fabrikant in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, in werkelijkheid de grondslag vormt van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 81, lid 1, EG, indien zij niet het bewijs levert dat de andere partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend met de handelwijze van de fabrikant hebben ingestemd". [9]

16. Na deze precisering constateert het Gerecht, bij de beoordeling of artikel 81, lid 1, EG in dit geval van toepassing is, dat de Commissie had erkend „dat niet is vastgesteld dat aan de litigieuze verzoeken inderdaad uitvoering is gegeven". Zij achtte een dergelijk onderzoek namelijk niet noodzakelijk, omdat verzoeksters litigieuze distributiebeleid haars inziens door de dealers stilzwijgend en vooraf was aanvaard bij de ondertekening van de dealerovereenkomst. [10]

17. Het Gerecht verwerpt dit standpunt echter. Volgens het Gerecht is het „heel goed denkbaar dat een contractuele ontwikkeling kan worden geacht vooraf, bij en door de ondertekening van een rechtmatige dealerovereenkomst, te zijn aanvaard, wanneer het gaat om een rechtmatige contractuele ontwikkeling, die ofwel door de overeenkomst is beoogd, ofwel een ontwikkeling is die de dealer gelet op de handelsgebruiken of de regelgeving, niet kan weigeren". [11] Er mag echter niet van worden uitgegaan dat „een onrechtmatige contractuele ontwikkeling" vooraf door de dealers is aanvaard. [12] In dat geval „kan de instemming met de onrechtmatige contractuele ontwikkeling [...] pas plaatsvinden nadat de dealer kennis heeft genomen van de door de fabrikant beoogde ontwikkeling". [13]

18. De door de Commissie aangehaalde — doch verkeerd uitgelegde — rechtspraak bevestigt volgens het Gerecht:

— „dat voor de vaststelling van het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG het bewijs van wilsovereenstemming noodzakelijk is"; en dat

— „een dergelijke wilsovereenstemming [...] betrekking [moet] hebben op een bepaald gedrag, waarvan partijen derhalve op de hoogte moeten zijn wanneer zij ermee instemmen". [14]

8 — Het Gerecht heeft met name verwezen naar de arresten van 12 juli 1979, BMW België/Commissie (32/78 en 36/78–82/78, Jurispr. blz. 2435); 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151); 17 september 1985, Ford/Commissie (25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725), en 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie (C-277/87, Jurispr. blz. I-45), alsook naar het arrest Bayer/Commissie, reeds aangehaald.

9 — Punt 36 van het bestreden arrest.

10 — Punten 38-40 van het bestreden arrest.

11 — Punt 45 van het bestreden arrest.

12 — Ibidem.

13 — Ibidem.

14 — Punt 56 van het bestreden arrest.

19. Maar „[a]nders dan de Commissie beweert, volgt uit de rechtspraak [...] niet dat, om een verzoek als onderdeel van een overeenkomst te kunnen beschouwen, dit verzoek tot doel moet hebben de dealer bij de uitvoering van deze overeenkomst te beïnvloeden. In dat geval zou een verzoek van een fabrikant aan zijn dealers stelselmatig tot de vaststelling leiden dat er sprake is van een overeenkomst, aangezien een dergelijk verzoek per definitie de beïnvloeding van de dealers bij de uitvoering van hun overeenkomst beoogt." [15]

20. Op basis van die overwegingen komt het Gerecht tot de slotsom dat het standpunt van de Commissie dat „de ondertekening van de [...] overeenkomst een stilzwijgende voorafgaande instemming met [de omstreden] verzoeken inhield" en dat het dus niet nodig was om „te bewijzen dat de dealers daadwerkelijk met deze verzoeken hebben ingestemd", ongegrond was. [16]

21. Ten slotte verwerpt het Gerecht de door de Commissie subsidiair aangevoerde grief dat in elk geval uit de bepalingen van artikel 2 juncto artikel 8 van de dealerovereenkomst kon worden afgeleid dat de dealers de betrokken maatregelen hebben aanvaard.

22. Enerzijds is het Gerecht namelijk van oordeel dat „[a]rtikel 2, lid 1 of 6, van de dealerovereenkomst, volgens hetwelk de dealer de verplichting op zich neemt de belangen van [Volkswagen], de verkooporganisatie van Volkswagen en het merk Volkswagen te behartigen en op alle manieren te bevorderen, [...] slechts aldus [kan] worden uitgelegd dat het uitsluitend betrekking heeft op rechtmatige middelen. Door het tegendeel te beweren zou men immers uit een dergelijk, neutraal geformuleerd, contractueel beding afleiden dat de dealers gebonden zijn aan een onrechtmatige overeenkomst." [17]

23. Men zou ook niet tot een andere bevinding kunnen komen, zo vervolgt het Gerecht, wanneer men in aanmerking neemt „dat Volkswagen zich in de litigieuze verzoeken beroept op artikel 2 van de dealerovereenkomst [...]. Het bestaan van een eventuele organieke band tussen artikel 2 van de dealerovereenkomst en de litigieuze verzoeken kan immers slechts objectief worden vastgesteld, door een analyse van de betrokken bepalingen en los van hetgeen een van de contractpartijen er achteraf over zegt. Zoals hierboven is opgemerkt, blijkt reeds uit de bewoordingen van genoemd artikel 2 dat met deze bepaling geenszins een mededingingsverstorende ontwikkeling van de overeenkomst werd beoogd." [18]

24. Anderzijds beklemtoont het Gerecht dat „[o]ok artikel 8, lid 1, van de dealerovereen-

15 — Punt 57 van het bestreden arrest.
16 — Punt 59 van het bestreden arrest.
17 — Punt 63 van het bestreden arrest.
18 — Punt 66 van het bestreden arrest.

komst [...] neutraal [is] geformuleerd en zelfs eerder nog in bewoordingen die Volkswagen verbieden om bindende prijsaanbevelingen te doen uitgaan". [19]

25. In het licht van al deze overwegingen komt het Gerecht tot de slotsom dat de Commissie niet had bewezen dat de Duitse dealers met het prijsbeleid van Volkswagen hadden ingestemd, en dat de litigieuze beschikking dus in strijd met artikel 81, lid 1, EG was gegeven. [20]

D — *Procesverloop voor het Hof*

26. Bij verzoekschrift in hogere voorziening, neergelegd op 16 februari 2004, heeft de Commissie het Hof verzocht om i) het bestreden arrest te vernietigen, ii) de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en iii) Volkswagen in de kosten te verwijzen.

27. Volkswagen heeft zich uiteraard tegen deze conclusies verzet en het Hof verzocht om de hogere voorziening af te wijzen en verzoekster in de kosten te verwijzen.

28. Na beëindiging van de schriftelijke procedure, waarin opnieuw memories zijn uitgewisseld, zijn partijen gehoord ter terechtzitting van 29 september 2005.

II — Juridische analyse

29. Met haar enige middel in hogere voorziening betwist de Commissie het oordeel van het Gerecht, dat de verzoeken van Volkswagen waarbij de dealers werden aangespoord om bij de verkoop van het model Passat geen kortingen te verlenen, geen overeenkomsten in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormden. Volgens de Commissie heeft het Gerecht een overdreven restrictieve uitlegging van het begrip „overeenkomst" gegeven en dus deze bepaling geschonden.

Argumenten van partijen

30. De Commissie stelt in de eerste plaats, dat de uitlegging van het Gerecht niet strookt met de vaste rechtspraak [21], op grond waarvan in casu sprake is van een „overeen-

19 — Punt 64 van het bestreden arrest.

20 — Punt 68 van het bestreden arrest.

21 — De Commissie verwijst onder meer naar het arrest AEG/Commissie, reeds aangehaald, het arrest Ford/Commissie, reeds aangehaald, en het arrest van 6 januari 2004, BAI en Commissie/Bayer (C-2/01 P en C-3/01 P, Jurispr. blz. I-23).

komst" in de zin van artikel 81, om de eenvoudige reden dat de betrokken verzoeken afkomstig waren van een fabrikant in het kader van lopende handelsbetrekkingen met zijn distributeurs die werden beheerst door een tevoren gesloten overeenkomst. Volgens dezelfde rechtspraak houdt bovendien de toelating van een wederverkoper tot een systeem van selectieve distributie altijd in, dat hij uitdrukkelijk of stilzwijgend instemt met het distributiebeleid van de fabrikant. [22]

31. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, is het in dergelijke gevallen, ten einde vast te stellen dat er een overeenkomst bestaat, dus niet noodzakelijk te bewijzen dat de distributeurs specifiek met de betrokken maatregel hebben ingestemd. Evenmin mag men ervan uitgaan dat de dealer bij ondertekening van de dealerovereenkomst slechts met het distributiebeleid van de fabrikant instemt voorzover het om rechtmatige ontwikkelingen gaat of in elk geval om maatregelen waarvan hij kennis draagt.

32. Het bestreden arrest wijkt af van eerdere rechtspraak en stelt volgens de Commissie dus te strenge voorwaarden aan het bewijs van het bestaan van overeenkomsten met verticale mededingingsbeperkingen.

33. Verder stelt de Commissie dat de uitlegging van het begrip overeenkomst in het bestreden arrest niet alleen in strijd is met vaste rechtspraak, maar ook voorbijgaat aan de aard en de kenmerken van selectieve distributieovereenkomsten. Die overeenkomsten vormen namelijk een algemeen kader dat bedoeld is om gedurende een bepaald aantal jaren te worden toegepast, en vervolgens geleidelijk te worden aangevuld en geconcretiseerd naar gelang van de eisen van partijen, de marktomstandigheden en de technische ontwikkeling, enz. Omdat deze evoluties bij het sluiten van de dealerovereenkomst niet allemaal zijn te voorzien, worden in de betrokken overeenkomsten, zoals ook het Hof in het arrest Ford heeft erkend, bepaalde aspecten noodzakelijkerwijze aan latere beslissingen van de fabrikant overgelaten. De ondertekening van de distributieovereenkomst houdt dus in dat de distributeur die maatregelen vooraf aanvaardt.

34. Tot slot betwist de Commissie het onderscheid dat het Gerecht maakt tussen „rechtmatige" en „onrechtmatige" contractuele ontwikkelingen (zie punt 17 hiervoor), waaruit het ten onrechte heeft afgeleid dat i) de distributeur bij de ondertekening van een rechtmatige distributieovereenkomst slechts instemt met de rechtmatige contractuele ontwikkelingen, en ii) een neutraal geformuleerde bepaling enkel betrekking kan hebben op „rechtmatige" maatregelen.

35. Dat onderscheid is volgens de Commissie echter niet relevant voor het bewijs, dat

22 — De Commissie verwijst in het bijzonder naar de arresten van 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Jurispr. blz. I-3439), en 18 september 2003, Volkswagen/Commissie (C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189).

een distributeur instemt met een door de fabrikant opgelegde maatregel. Onrechtmatige maatregelen kunnen namelijk — zoals overigens blijkt uit de gevallen die ten grondslag lagen aan de arresten van het Hof op het gebied van distributieovereenkomsten — worden genomen op basis van volledig rechtmatige of volkomen neutrale contractbepalingen.

36. De Commissie voegt hieraan toe dat het gaat om een criterium dat in de praktijk moeilijk is toe te passen, omdat het voor de distributeurs niet altijd gemakkelijk is om rechtmatige maatregelen te onderscheiden van onrechtmatige, in het bijzonder wanneer daarvoor uitlegging van de terzake geldende vrijstellingsverordeningen is vereist.

37. Daartegenover stelt Volkswagen, dat het Gerecht artikel 81, lid 1, EG in deze zaak correct heeft toegepast en in het bijzonder dat de in het bestreden arrest gegeven uitlegging van het begrip „overeenkomst" niet in tegenspraak met de vaste communautaire rechtspraak is.

Beoordeling

38. In deze hogere voorziening rijst opnieuw het moeilijke probleem van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, en in het bijzonder van het daarin gebruikte begrip „overeenkomst", op schijnbaar eenzijdige handelingen van fabrikanten in het kader van handelsbetrekkingen met hun distributeurs. [23]

39. Om precies te zijn, het gaat erom of mag worden aangenomen, zoals de Commissie in strijd met de opvatting van het Gerecht betoogt, dat de wederverkoper door het ondertekenen van een dealerovereenkomst vooraf instemt met alle maatregelen van de fabrikant in het kader van de ontstane betrekking, met inbegrip van het met de mededinging strijdige gedrag dat hier aan de orde is.

40. Zowel de Commissie als Volkswagen heeft die vraag beantwoord onder verwijzing naar de talrijke arresten van het Hof met betrekking tot distributieovereenkomsten, maar aangezien hun bevindingen uiteenlopen, lijkt het mij nuttig om te trachten de betekenis en de draagwijdte van deze rechtspraak te verduidelijken.

23 — In mijn conclusie in de zaak BAI en Commissie/Bayer heb ik soortgelijke problemen bij de uitlegging van artikel 81 EG behandeld, hoewel de feiten verschilden. Anders dan in deze zaak, hadden de producent en de wederverkopers in die zaak namelijk geen distributieovereenkomst gesloten en had de producent geen instructies of verzoeken aan zijn groothandelaren gericht, maar zich „beperkt" tot de invoering van een contingenteringssysteem met het oogmerk parallelimport te verhinderen of te beperken. Die conclusie bevat evenwel een analyse van de communautaire rechtspraak op het gebied van verticale restricties, waarop ik nog nader zal ingaan en die, althans gedeeltelijk, ook voor het onderzoek in deze zaak nuttig kan zijn (zie met name punten 49-78).

41. Voorzover hier relevant, lijkt het Hof twee soorten maatregelen die in het kader van de betrekkingen tussen fabrikanten en wederverkopers worden genomen, als slechts schijnbaar eenzijdig en dus in werkelijkheid als echte overeenkomsten te hebben aangemerkt.

42. De eerste soort betreft de maatregelen waarin de distributieovereenkomst zelf voorziet. In dat verband heeft de gemeenschapsrechter vastgesteld dat de distributeur door het sluiten van een overeenkomst die bepaalt of althans toestaat dat de fabrikant verdere maatregelen neemt, vooraf aanvaardt zich aan die maatregelen te onderwerpen. Met andere woorden, die maatregelen worden geacht binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG te vallen, aangezien zij worden gedekt door de aanvaarding van de distributieovereenkomst, waarmee zij in wezen „onlosmakelijk" zijn verbonden.

43. Die logica lijkt mij ten grondslag te liggen aan de arresten Ford/Commissie, AEG/Commissie en Bayerische Motorenwerke, waarop de Commissie zich beroept. [24] In het arrest Ford/Commissie heeft het Hof het argument van de verzoekster dat bepaalde leveringsbeperkingen van eenzijdige aard waren, verworpen op grond van het feit dat de dealerovereenkomst van Ford „bepaalde aspecten [overliet] aan latere beslissingen van de fabrikant", waaronder juist, zoals bijlage I van die overeenkomst uitdrukkelijk bepaalde, beslissingen op het gebied van de levering van automodellen. [25] Hoewel dat misschien niet erg duidelijk uit de motivering van de arresten blijkt, werden ook in de zaken AEG/Commissie en Bayerische Motorenwerke de betrokken restrictieve maatregelen geacht voort te vloeien uit de verschillende distributieovereenkomsten [26], zodat het Hof tot de slotsom kon komen, dat het gedrag of de beslissing van de fabrikant geen eenzijdige handeling vormde, maar paste „in het kader van de contractuele betrekkingen die de onderneming met haar wederverkopers onderhoudt". [27]

44. In deze sfeer moet ook het recentere arrest Volkswagen/Commissie worden gezien. Daarin verklaarde het Hof artikel 81 EG van toepassing op een beslissing van deze autofabrikant om de leveringen aan zijn Italiaanse dealers te beperken, en baseerde het zich in het bijzonder op het feit „dat het volgens de dealerovereenkomst *mogelijk was* de leveringen [...] te beperken". [28] Daaruit volgde dat „de Italiaanse dealers, met de

24 — In deze zaken ging het er in wezen om vast te stellen, of door fabrikanten getroffen maatregelen autonoom waren en los van distributieovereenkomsten stonden, dan wel of zij op een of andere wijze onder deze overeenkomsten vielen en dus bij de beoordeling van hun verenigbaarheid met de mededingingsregels moesten worden betrokken. Voor een nadere analyse van deze arresten, zie mijn conclusie in de zaak Bayer/Commissie (in het bijzonder punten 68-74).

25 — Arrest Ford/Commissie, reeds aangehaald, punt 20.

26 — Zie arresten AEG/Commissie, reeds aangehaald, punten 38 en 39, en Bayerische Motorenwerke, reeds aangehaald, punt 17.

27 — Zie de reeds aangehaalde arresten Ford/Commissie, punt 21, en AEG/Commissie, punt 38. Zie ook arrest Bayerische Motorenwerke, reeds aangehaald, punt 17.

28 — Arrest Volkswagen/Commissie, punt 64. Cursivering van mij.

aanvaarding van [die] overeenkomst, hebben ingestemd met een maatregel die nadien is gebruikt om de wederuitvoer uit Italië te belemmeren". [29]

45. De andere in de communautaire rechtspraak aangenomen variant van slechts schijnbaar eenzijdige maatregelen, betreft gevallen waarin geen relevante contractbepalingen bestaan of zelfs geen overeenkomst, en onderstelt dat de verzoeken van de fabrikant niet enkel uitdrukkelijk maar ook stilzwijgend kunnen worden aanvaard. In die gevallen wordt de aanvaarding van de genoemde verzoeken dus afgeleid uit het gedrag van de personen tot wie zij zijn gericht, met als gevolg dat de overeenkomst ook wordt geacht te zijn gesloten wanneer de wederverkopers als antwoord op die verzoeken door middel van concrete gedragingen hun goedkeuring laten blijken. [30]

46. In dat licht heeft de gemeenschapsrechter in het arrest Sandoz/Commissie aan het begrip overeenkomst een bijzonder ruime uitlegging gegeven en verklaard dat de afnemer, door telkens nieuwe bestellingen te plaatsen en vervolgens zonder protest de prijzen op de factuur met de vermelding „uitvoer verboden" te betalen, stilzwijgend zijn instemming met dat restrictieve beding betuigt. [31] Met andere woorden, het Hof is, *zonder ook maar te onderzoeken of de betrokken producten vervolgens daadwerkelijk al dan niet werden uitgevoerd*, uitgegaan van „stilzwijgende instemming" — en dus van het sluiten van een overeenkomst — op de enkele grond dat de groothandelaren, na de opname van dat beding in de facturen, daartegen niet hadden geprotesteerd, en zich regelmatig bij de betrokken farmaceutische onderneming bleven bevoorraden.

47. Anders dan de Commissie meent, volgt uit de zojuist onderzochte arresten dus niet, dat het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG eenvoudig kan worden bewezen door de vaststelling dat een maatregel van een fabrikant in het kader van lopende handelsbetrekkingen met zijn wederverkopers is getroffen en/of dat deze laatsten tot een bepaald distributienetwerk behoren. [32] Wat wel telt is, of de distributeurs met de betrokken specifieke maatregel hebben ingestemd, hetzij *vooraf*, in contractbepalingen (eerste hypothese), hetzij *achteraf*

29 — Ibidem, punt 65.

30 — Zie in het bijzonder arrest BMW Belgium/Commissie, reeds aangehaald, punten 28, 29 en 37.

31 — Arrest Sandoz/Commissie, reeds aangehaald, punt 11. Zie ook, meer recent, arrest BAI en Commissie/Bayer, reeds aangehaald, punt 142.

32 — Zie hiervoor in het bijzonder het arrest BAI en Commissie/Bayer waarin het Hof heeft verklaard: „Het loutere feit dat er een op zich neutrale overeenkomst, en daarnaast een eenzijdig opgelegde mededingingsbeperkende maatregelen bestaan, betekent nog niet dat sprake is van een door deze bepaling verboden overeenkomst. Het feit alleen dat een producent in het kader van zijn vaste commerciële relaties met zijn groothandelaren een maatregel heeft genomen die tot doel of tot gevolg heeft de mededinging te beperken, volstaat dus niet om het bestaan van een dergelijke overeenkomst vast te stellen" (punt 141).

in min of meer uitdrukkelijke vorm (tweede hypothese).

48. Met andere woorden, bij de toepassing van artikel 81 EG moet worden nagegaan, of er tussen de betrokken marktdeelnemers een wilsovereenstemming bestaat om een bepaalde gedragslijn te volgen of een bepaalde maatregel te treffen. Die wilsovereenstemming tussen partijen bepaalt immers niet enkel de grens tussen de werkingssfeer van artikel 81 EG en die van artikel 82 EG, dat wil zeggen tussen de kartelregeling en de regeling voor eenzijdige handelingen, maar kenmerkt het begrip overeenkomst zelf.

49. Ik keer nu terug tot de onderhavige zaak en zal trachten conclusies aan mijn analyse te verbinden. Om te beginnen kan het Gerecht mijns inziens niet worden verweten, zoals de Commissie doet, dat het artikel 81, lid 1, EG verkeerd heeft toegepast door het bewijs te verlangen dat de Duitse dealers wilden voldoen aan de specifieke verzoeken van Volkswagen met betrekking tot de prijzen, ook al werden deze verzoeken gedaan in het kader van lopende handelsbetrekkingen op basis van een bestaande distributieovereenkomst en behoorden de dealers tot een selectief distributienetwerk. Door het bewijs te verlangen „dat de dealers daadwerkelijk met [de omstreden] verzoeken hebben ingestemd" [33], heeft het Gerecht in feite niets anders gedaan dan de beginselen toepassen die, zoals ik heb laten zien, uit de communautaire rechtspraak op dit gebied voortvloeien.

50. Ten einde dat bewijs te leveren had de Commissie, in overeenstemming met de genoemde rechtspraak, kunnen kiezen uit twee verschillende benaderingen.

51. In de eerste benadering, die ik formalistischer zou willen noemen, had de Commissie moeten bewijzen dat de bepalingen van de dealerovereenkomst Volkswagen toestonden om het betrokken soort maatregelen te nemen.

52. In de tweede benadering, die volgens mij beter aansluit bij het reële gewicht van elk der betrokken partijen, had het onderzoek zich moeten richten op het concrete gedrag van de Duitse dealers nadat de instructies voor prijskortingen waren verzonden. De Commissie had dan kunnen trachten aan te tonen dat de wederverkopers, door de instructies uit te voeren of zich in elk geval op een of andere manier daaraan te houden, stilzwijgend met het nieuwe beleid van de fabrikant hadden ingestemd.

33 — Punt 59 van het bestreden arrest.

53. Ik voeg hieraan toe dat de keuze voor deze laatste benadering een lastig probleem van uitlegging van de betekenis en de draagwijdte van het reeds genoemde arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie had kunnen meebrengen. Er had dan immers moeten worden onderzocht, of de Commissie de instemming van de dealers had kunnen afleiden uit het enkele feit dat zij de litigieuze verzoeken (eventueel) niet hadden betwist, dan wel of zij tevens had moeten nagaan of er wellicht redenen waren om aan te nemen dat een dergelijke automatische — en eigenlijk enigszins simplistische — gevolgtrekking in de onderhavige zaak niet gerechtvaardigd was.

54. Ik zeg al meteen dat het Hof dit soort problemen niet in het kader van de beoordeling van deze hogere voorziening hoeft te behandelen, want de Commissie heeft voor het bewijs van de instemming van de dealers een andere invalshoek gekozen. Zij heeft haar onderzoek immers uitsluitend gericht op de vraag of er een selectieve distributieovereenkomst bestond, waarvan de ondertekening een aanvaarding *vooraf* van de betwiste maatregelen inhield [34], maar dat onderzoek resulteerde slechts in de slotsom dat nog niet duidelijk is „[o]f en in hoeverre de Duitse Volkswagen-dealers hun prijsvorming op grond van de circulaires en aanmaningen daadwerkelijk hebben gewijzigd" (punt 68 van de litigieuze beschikking), en of zij hadden nagelaten de omstreden verzoeken te betwisten. [35]

55. Rest mij nog te onderzoeken, of de hiervoor genoemde andere hypothese zich voordoet, dat wil zeggen of de Commissie op basis van de betrokken dealerovereenkomst daadwerkelijk ervan uit mocht gaan dat Volkswagen en de Duitse wederverkopers prijsafspraken hadden gemaakt.

56. In dat verband heeft het Gerecht evenwel zelf al vastgesteld, dat het door de autofabrikant aan zijn dealers opgelegde verbod om prijskortingen te verlenen, niet uit enige bepaling van de dealerovereenkomst viel af te leiden. [36] Een dergelijke bevinding vormt een oordeel over de bewijswaarde van de aan het Gerecht voorgelegde elementen (met name enkele door de Commissie aangevoerde contractbepalingen). Het

34 — De Commissie heeft deze benadering ter terechtzitting uitdrukkelijk bevestigd.

35 — Bestreden arrest, punten 38 en 39. Verder verwijst de Commissie in de litigieuze beschikking naar het gedrag van partijen (bijvoorbeeld de dreiging met juridische consequenties in geval van niet-naleving van de door Volkswagen aan zijn dealers gerichte verzoeken), uitsluitend ter ondersteuning van haar standpunt dat de betwiste verzoeken werden „gedekt door de dealerovereenkomst" en dus vooraf door de dealers waren aanvaard (zie litigieuze beschikking, punt 66, en bestreden arrest, punt 60). Overigens kan het door de Commissie genoemde gedrag van een representatief aantal dealers niet als bewijs dienen voor het feit dat de dealers in een of andere vorm met de betrokken *specifieke* maatregel hebben ingestemd. Zoals immers uit de beschikking zelf blijkt, ging het bij de in de „stuurgroep van dealers" geuite kritiek op de kortingen die enkele dealers hadden verleend, om kortingen op „een ander model", de Golf A 4, en niet om kortingen op het hier in geding zijnde model Passat (zie litigieuze beschikking, punten 43 en 67). Tevens verwijst de Commissie naar besprekingen over de prijsdiscipline tussen de directie van Volkswagen en de organisatie van Volkswagen- en Audi-dealers, zonder echter nadere inlichtingen over het resultaat ervan te verschaffen en in het bijzonder zonder te vermelden of tijdens die besprekingen de kwestie van de omstreden verzoeken aan de orde is gekomen (zie litigieuze beschikking, punten 36-41).

36 — Zie punten 62-67 van het bestreden arrest.

gaat dus om een „feitelijke" vaststelling en dus om een soort oordeel dat het Hof volgens vaste rechtspraak niet kan toetsen, behoudens in het geval van een onjuiste voorstelling van de bewijselementen. [37] De Commissie heeft zich echter in deze procedure niet op een dergelijke onjuiste voorstelling beroepen.

57. Afgezien daarvan, moet worden vastgesteld dat de genoemde bevinding van het Gerecht inhoudelijk niet kan worden aangevochten. Immers, artikel 2 van de dealerovereenkomst (zie punt 2 hiervoor), waarop de omstreden verzoeken volgens de Commissie steunen, is niet enkel neutraal geformuleerd, maar maakt niet eens melding van het prijsbeleid, terwijl wel specifiek wordt bepaald dat de dealer voor een hele serie aspecten van het distributiebeleid (bijvoorbeeld bevoorrading met onderdelen, klantenservice, reclame en opleiding) „alle [...] verzoeken [van de fabrikant] dient op te volgen".

58. Bovendien was de betrokken maatregel zelfs uitdrukkelijk uitgesloten door een van de relevante contractbepalingen, namelijk artikel 8, op grond waarvan Volkswagen „voor de eindgebruikersprijzen en kortingen *vrijblijvende* aanbevelingen" doet.

59. De omstreden verzoeken waren op geen enkele wijze door de dealerovereenkomst voorzien of toegestaan. Daardoor onderscheidt de onderhavige zaak zich mijns inziens duidelijk van de eerdergenoemde precedenten, waarin het Hof heeft vastgesteld dat de maatregel van een fabrikant door het sluiten van de distributieovereenkomst was gedekt (zie punten 42-44 hiervoor).

60. Gelet op het voorgaande heeft het Gerecht mijns inziens terecht verklaard dat „de Commissie in de bestreden beschikking niet het bewijs heeft geleverd van wilsovereenstemming tussen [Volkswagen] en haar dealers ter zake van de [omstreden] verzoeken" [38], en dat de litigieuze beschikking dus in strijd met artikel 81, lid 1, EG is gegeven.

61. Ik geef het Hof dan ook in overweging om deze hogere voorziening af te wijzen.

37 — Arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 21 en 22). Zie in dezelfde zin, onder meer, arresten van 21 juni 2001, Moccia Irme e.a./Commissie (C-280/99 P–C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punt 78); 8 mei 2003, T. Port/Commissie (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 27), en 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punten 47 en 49), en beschikking van 9 juli 2004, Fichtner/Commissie (C-116/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 33).

38 — Punt 68 van het bestreden arrest.

III — Kosten

62. In het licht van artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering en mijn conclusie om de hogere voorziening af te wijzen, ben ik van mening dat de Commissie in de kosten moet worden verwezen.

IV — Conclusie

63. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de kosten te verwijzen.