FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO
föredraget den 17 november 2005[1] [1]

1. Förstainstansrätten har i dom av den 3 december 2003 i mål T-208/01, Volkswagen AG mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen), ogiltigförklarat kommissionens beslut 2001/711/EG av den 29 juni 2001 om "ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget" (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) [2], i vilket Volkswagen ådömdes böter för att med återförsäljare som tillhörde dess tyska återförsäljarorganisation kommit överens om en samverkan som syftade till att fastställa försäljningspriset för personbilar av modellen Passat. Kommissionen har nu begärt att denna dom skall upphävas.

I — Bakgrund och förfarandet

A — *Bakgrund till tvisten*

2. I den överklagade domen beskrivs bakgrunden till tvisten enligt följande:

"1. Volkswagen AG (nedan kallat Volkswagen eller sökanden), som är ett holdingbolag och samtidigt det största företaget i Volkswagenkoncernen, är verksamt inom fordonstillverkning. De fordon som tillverkas av sökanden säljs i gemenskapen inom ramen för en selektiv och exklusiv säljorganisation av handlare med vilka sökanden har slutit ett återförsäljaravtal.

2. Enligt § 4.1 i återförsäljaravtalet, i dess version från september 1995 och januari 1998, överlåter Volkswagen ett avtalsområde för leverans och kundtjänst på respektive återförsäljare. Denne åtar sig att inom sitt ansvarsområde kraftigt öka försäljningsvolymen och kundservicen samt att utnyttja marknadspotentialen optimalt. Enligt § 2.6 (i dess version från januari 1989) eller 2.1 (i dess version från september 1995 och från januari 1998) i återförsäljaravtalet åtar sig handlaren att tillvarata och främja de intressen som [Volkswagen], Volkswagen Vertriebsorganisation och märket Volkswagen företräder. Det fastställs också att återförsäljaren skall uppfylla alla avtalskrav i fråga om distributionen av fabriksnya Volkswagenbilar, lagerhåll-

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Beslut 2001/711/EG av den 29 juni 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (Ärende COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EGT L 262, 2001, s. 14).

ning av reservdelar, kundtjänst, försäljningsökning, marknadsföring och utbildning samt försäkring av en viss standard på kapaciteten på respektive område inom Volkswagenkoncernen. Enligt § 8.1 i återförsäljaravtalet lämnar [Volkswagen] icke bindande prisrekommendationer för konsumentpriser och rabatter."

Passat genom att uppmana sina tyska avtalshandlare att vid köp av denna modell endast bevilja begränsade rabatter eller inga rabatter alls" (artikel 1), och

— ådömde Volkswagen böter om 30,96 miljoner euro (artikel 2).

B — *Det ifrågasatta beslutet*

3. Sedan en bilköpare ingett ett klagomål inledde kommissionen ett administrativt förfarande för att granska huruvida artikel 81.1 EG eventuellt åsidosatts genom fastställande av återförsäljningspriset för modellen Volkswagen Passat i Tyskland. Förfarandet avslutades med att kommissionen fattade det ifrågasatta beslutet, i vilket den

4. I skälen till beslutet försökte kommissionen visa i) att Volkswagen hade ingått ett avtal om försäljningspriset för Passatmodeller med de tyska återförsäljarna (punkterna 56–69), ii) att detta avtal hade till syfte att begränsa konkurrensen (punkterna 70–74), iii) att detta medförde en märkbar skada på handeln mellan medlemsstaterna (punkterna 81–91) och iv) att det ifrågasatta avtalet inte kunde beviljas individuellt undantag eller omfattades av ett gruppundantag enligt artikel 81.3 i fördraget (punkterna 93–96).

— fastslog att Volkswagen hade åsidosatt artikel 81.1 EG genom att ha "fastställt återförsäljningspriserna för modellen VW

5. Vad närmare gäller den första frågan, vilken är föremålet för förevarande överklagande, kom kommissionen fram till att det fanns en underförstådd prisöverenskommelse, eftersom Volkswagen hade sänt tre rundskrivelser till samtliga tyska återförsäljare samt fem skrivelser till några av dessa (nedan kallade de omtvistade uppmaningarna), i vilka fordonsföretaget uppmanade sina återförsäljare att inte lämna rabatter

(eller att lämna sådana endast i mycket begränsad utsträckning) vid försäljning av Passat, varvid de hotades med rättsliga följder om de inte följde instruktionerna (punkterna 29–55).

6. Enligt kommissionen utgjorde sådana instruktioner inte ett rent ensidigt agerande från Volkswagens sida utan ett avtal i den mening som avses i artikel 81 EG, eftersom de ingick i tillverkarens pågående affärsförbindelser med dess återförsäljare på grundval av de olika återförsäljaravtalen (punkterna 57–59). Enligt "EG-domstolens rättspraxis innebär anslutningen till återförsäljarorganisationen [nämligen] att avtalsparterna uttryckligen eller tyst godtar tillverkarens säljpolitik. Rundskrivelserna [utgjorde] därför en del av Volkswagen AG:s avtal med sina återförsäljare, eftersom de [skulle] betraktas som del av en löpande affärsförbindelse på grundval av ett befintligt allmänt avtal (återförsäljaravtalet)" (punkt 57).

7. I synnerhet har domstolen klargjort att "de krav som tillverkaren ställt på avtalshandlare är tillräckligt för att utgöra ett avtal om de 'syftar till att påverka avtalshandlarnas fullföljande av avtalet med tillverkaren eller importören'". Detta kriterium var enligt kommissionens uppfattning klart uppfyllt i förevarande fall (punkt 62).

8. Kommissionen ansåg följaktligen att "det [var] ovidkommande om och i vilken omfattning de tyska Volkswagenhandlarna faktiskt ändrat sin prissättning på grund av rundskrivelserna och uppmaningarna" (punkt 68).

9. Slutligen underkände kommissionen Volkswagens resonemang att det inte var möjligt för återförsäljarna att acceptera dess ifrågavarande prispolitik, inte ens underförstått, eftersom prispolitiken inte behandlades i återförsäljaravtalet och till och med stred mot artikel 8.1 i detta avtal.

10. Enligt kommissionen hade de omtvistade uppmaningarna tvärtom grundat sig på en klausul i detta avtal, nämligen § 2.6 (punkt 64). Man kunde inte heller tala om "någon 'motsägelse' mellan denna uppmaning och § 8.1 i återförsäljaravtalet. Enligt denna regel 'lämnar VW AG icke bindande prisrekommendationer för konsumentpriser och rabatter'. Dessa rekommendationer tas enligt de följande punkterna i denna regel med i beräkningen av priser och utjämningsanspråk som sedan gäller mellan återförsäljarna och tillverkaren. Att denna mekanism omfattar tillverkarens rätt att lämna icke bindande prisrekommendationer, innebär ingen specifik garanti visavi handlaren att

tillverkaren också i all framtid kommer att bortse från bindande prisangivelser, t.ex. inom § 2.1 i återförsäljaravtalet" (punkt 65).

C — *Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen*

11. Volkswagen yrkade i ansökan som gavs in den 10 september 2001 att förstainstansrätten i första hand skulle ogiltigförklara kommissionens beslut och i andra hand sätta ned det i beslutet ålagda bötesbeloppet.

12. I dom av den 3 december 2003 biföll förstainstansrätten Volkswagens talan på dess förstahandsgrund, avseende tillämpligheten i förevarande fall av artikel 81.1, och ogiltigförklarade det ifrågasatta beslutet eftersom, enligt förstainstansrättens mening, "kommissionen ... inte ha[de] styrkt en samstämmig vilja hos sökanden och dess återförsäljare avseende de omtvistade uppmaningarna". [3]

13. Vid bedömningen av klagandens invändningar erinrade förstainstansrätten först och främst, varvid den särskilt hänförde sig till domen i målet Bayer [4], om att "begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, ... bygger på att det föreligger en gemensam vilja mellan minst två parter, där uttrycksformen inte har någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja" [5] och att "en tillverkares beslut [som] utgör ett ensidigt agerande från företagets sida" [6] följaktligen inte ingår i tillämpningsområdet för denna bestämmelse.

14. Förstainstansrätten uttalade vidare att, för att artikel 81 i fördraget skall tillämpas, man således bör "skilja mellan de fall där ett företag har vidtagit en verkligt ensidig åtgärd, således utan att det föreligger något uttryckligt eller underförstått deltagande av ett annat företag, och de fall där åtgärden endast är skenbart ensidig. Även om de förstnämnda fallen inte omfattas av artikel 81.1 EG skall de sistnämnda anses utgöra ett avtal mellan företag och kan därmed omfattas av tillämpningsområdet för denna artikel. Detta är särskilt fallet när det till förfaranden och åtgärder som begränsar konkurrensen, vilka skenbart vidtagits på ett ensidigt sätt av tillverkaren inom ramen för dennes kontraktsförhållanden med sina återförsäljare, föreligger samtycke från dessa återförsäljare, åtminstone underförstått". [7]

3 — Den överklagade domen, punkt 68.

4 — Förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383).

5 — Den överklagade domen, punkt 32.

6 — Den överklagade domen, punkt 33.

7 — Den överklagade domen, punkt 35.

15. Förstainstansrätten betonade dock därvid att det av domstolens fasta rättspraxis [8] "framgår ... att kommissionen inte rätteligen kan konstatera att ett agerande från en tillverkares sida som är skenbart ensidigt och som vidtagits inom ramen för tillverkarens kontraktsförhållanden med sina återförsäljare, i själva verket utgör grunden för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG, om den inte styrker att det finns ett uttryckligt eller underförstått samtycke från övriga parter till tillverkarens förhållningssätt". [9]

16. Sedan förstainstansrätten erinrat om detta och övergått till att bedöma huruvida artikel 81.1 var tillämplig på förevarande fall, konstaterade den att kommissionen själv hade medgett att den inte hade "styrk[t] att de omtvistade uppmaningarna verkligen ha [de] genomförts". Kommissionen ansåg emellertid att det inte var nödvändigt att styrka detta, eftersom säljpolitiken i fråga enligt kommissionens uppfattning hade accepterats underförstått och i förväg av återförsäljarna när de undertecknade återförsäljaravtalet. [10]

17. Förstainstansrätten underkände emellertid denna ståndpunkt. Enligt förstainstansrätten var det fullt möjligt att anse att "en laglig utveckling av ett avtal som antingen förutses i detta eller utgör en utveckling som återförsäljaren, med hänsyn till handelsbruk och bestämmelser, inte kan vägra" [11] godtagits i förväg genom undertecknandet av ett lagligt återförsäljaravtal. Däremot kunde det inte anses att "en rättsstridig utveckling av ett avtal" hade godtagits i förväg av återförsäljarna [12]. I sådant fall "kan samtycket till en rättsstridig utveckling av avtalet nämligen inte ske förrän efter den tidpunkt då återförsäljaren fått kännedom om den utveckling som tillverkaren önskar". [13]

18. Just den rättspraxis som kommissionen har åberopat — men därefter tolkat fel — bekräftar enligt förstainstansrättens uppfattning

— "att det är nödvändigt att styrka en samstämmig vilja för att det skall kunna konstateras att avtal föreligger i den mening som avses i artikel 81.1 EG", och att

— "en sådan samstämmig vilja [måste] avse ett bestämt beteende, vilket i sådana fall måste vara känt av parterna när de samtycker till detta". [14]

8 — Förstainstansrätten har särskilt hänvisat till dom av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78 och 36/78–82/78, BMW Belgium (REG 1979, s. 2435), av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), av den 17 september 1985 i de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford (REG 1985, s. 2725), och av den 11 januari 1990 i mål C-277/87, Sandoz (REG 1990, s. I-45), samt domen i det ovannämnda målet Bayer.

9 — Den överklagade domen, punkt 36.

10 — Den överklagade domen, punkterna 38–40.

11 — Den överklagade domen, punkt 45.

12 — Ibidem.

13 — Ibidem.

14 — Den överklagade domen, punkt 56.

19. Förstainstansrätten uttalade emellertid att "[i] motsats till vad kommissionen har påstått, framgår det ... inte av rättspraxis att det avgörande kriteriet för att en uppmaning skall infogas i ett avtal är att denna uppmaning har till syfte att påverka återförsäljaren vid fullgörandet av detta avtal. Om så vore fallet, skulle varje gång en tillverkare tillställde sina återförsäljare en uppmaning detta uppfattas som ett avtal, eftersom en sådan uppmaning per definition har till syfte att påverka dessa återförsäljare vid fullgörandet av deras avtal". [15]

20. Mot bakgrund av dessa överväganden ansåg förstainstansrätten att det inte fanns grund för kommissionens ståndpunkt att "undertecknandet av ... avtalet innebar ett tyst godkännande, i förväg, av [de omtvistade] uppmaningar[na]", varför det inte var nödvändigt att "bevisa att återförsäljarna verkligen samtyckte till dessa uppmaningar". [16]

21. Slutligen underkände förstainstansrätten den av kommissionen i andra hand gjorda invändningen att återförsäljarnas samtycke till åtgärderna i fråga under alla förhållanden kunde härledas ur föreskrifterna i § 2 jämförd med § 8 i återförsäljaravtalet.

22. Förstainstansrätten ansåg nämligen för det första att "§ 2.1 eller 2.6 i återförsäljaravtalet enligt vilken återförsäljaren åtar sig att tillvarata och främja de intressen som [Volkswagen], Volkswagen Vertriebsorganisation och märket Volkswagen företräder kan ... tolkas så, att de endast avser åtgärder som är lagenliga. Om man påstod motsatsen, skulle detta innebära att man från en sådan avtalsklausul, som är avfattad på ett neutralt sätt, skulle utläsa att återförsäljarna hade ingått ett rättsstridigt avtal". [17]

23. Det var enligt förstainstansrätten inte möjligt att komma till en annan slutsats "på grund av att Volkswagen [har stött] sig på § 2 i återförsäljaravtalet i de omtvistade uppmaningarna ... . Förekomsten av en eventuell organisatorisk koppling mellan § 2 i återförsäljaravtalet och de omtvistade uppmaningarna kan endast fastställas på ett objektivt sätt, genom att analysera de relevanta bestämmelserna och oberoende av vad en av avtalsparterna senare säger därom. Såsom ovan anförts, framgår det av själva ordalydelsen i § 2 i detta avtal att denna bestämmelse inte alls avser någon konkurrensbegränsande utveckling av avtalet". [18]

24. Förstainstansrätten betonade för det andra att § 8.1 i avtalet var "även den

15 — Den överklagade domen, punkt 57.
16 — Den överklagade domen, punkt 59.
17 — Den överklagade domen, punkt 63.
18 — Den överklagade domen, punkt 66.

avfattad på ett neutralt sätt, och till och med på ett sätt som hindrar Volkswagen från att utfärda bindande prisrekommendationer". [19]

25. Mot bakgrund av dessa överväganden ansåg förstainstansrätten att kommissionen inte hade styrkt att de tyska återförsäljarna hade samtyckt till Volkswagens prispolitik och att artikel 81.1 EG således åsidosatts genom det ifrågasatta beslutet. [20]

D — *Förfarandet vid domstolen*

26. Kommissionen har i överklagande som inkom den 16 februari 2004 yrkat att domstolen skall (i) ogiltigförklara den överklagade domen, (ii) återförvisa målet till förstainstansrätten samt (iii) förplikta Volkswagen att ersätta rättegångskostnaderna.

27. Motparten har naturligtvis bestritt dessa yrkanden och yrkat att domstolen skall ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

28. Sedan det skriftliga förfarandet, vilket innefattade en andra omgång med inlagor från båda sidor, avslutats, närvarade parterna vid förhandling i målet den 29 september 2005.

II — Rättslig bedömning

29. Kommissionen har genom sin enda grund för överklagandet invänt mot förstainstansrättens bedömning att de uppmaningar genom vilka Volkswagen anmodade sina återförsäljare att inte lämna rabatter vid försäljning av Passatmodeller inte utgjorde avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Enligt kommissionen har förstainstansrätten gjort en alltför restriktiv tolkning av begreppet avtal och således åsidosatt denna bestämmelse.

Parternas argument

30. Klaganden har i huvudsak hävdat att förstainstansrättens tolkning strider mot fast rättspraxis, [21] enligt vilken ett avtal i den mening som avses i artikel 81 föreligger

19 — Den överklagade domen, punkt 64.

20 — Den överklagade domen, punkt 68.

21 — Kommissionen har särskilt hänvisat till domarna i de ovannämnda målen AEG och Ford och till dom av den 6 januari 2004 i de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, BAI och kommissionen mot Bayer (REG 2004, s. I-23).

redan genom det förhållandet att uppmaningar av det slag som är i fråga gjorts av en tillverkare inom ramen för pågående affärsförbindelser med sina återförsäljare när dessa regleras av ett sedan tidigare befintligt allmänt avtal. När en återförsäljare antas till en selektiv säljorganisation innebär det vidare enligt samma rättspraxis alltid att denne uttryckligen eller underförstått godtar tillverkarens säljpolitik. [22]

31. Vid dessa förhållanden är det för att fastställa att ett avtal föreligger följaktligen, tvärtemot vad förstainstansrätten ansett, inte nödvändigt att styrka att återförsäljarna har samtyckt särskilt till åtgärden i fråga. Det kan inte heller anses att en återförsäljare genom att underteckna ett återförsäljaravtal godtar tillverkarens säljpolitik endast såvitt avser dess lagliga utveckling eller, under alla förhållanden, åtgärder som han har kännedom om.

32. Enligt klagandens uppfattning har således i den överklagade domen, med frångående av tidigare rättspraxis, uppställts alltför stränga krav för att det skall anses styrkt att avtal med vertikala konkurrensbegränsningar föreligger.

33. Kommissionen har dessutom anfört att, förutom att den tolkning av begreppet avtal som gjorts i den överklagade domen strider mot fast rättspraxis, det genom tolkningen bortses från selektiva återförsäljaravtals art och karaktär. Genom sådana avtal fastställs nämligen en allmän ram som skall tillämpas under ett visst antal år och följaktligen gradvis kompletteras och konkretiseras utifrån parternas krav, marknadsvillkoren, den tekniska utvecklingen m.m. Eftersom denna utveckling inte kan förutses helt när återförsäljaravtalet ingås, lämnas i sådana avtal, vilket även domstolen fastslagit i domen i målet Ford, med nödvändighet vissa frågor för senare beslut från tillverkarens sida. Genom att underteckna återförsäljaravtalet godkänner återförsäljaren dessa åtgärder i förväg.

34. Kommissionen har slutligen kritiserat den åtskillnad som förstainstansrätten gjort mellan "laglig" och "rättsstridig" utveckling av ett avtal (ovan punkt 17), från vilken förstainstansrätten — enligt kommissionen felaktigt — slutit sig till att (i) när ett lagligt återförsäljaravtal undertecknas, godtar återförsäljaren endast laglig utveckling av avtalet, och att (ii) en klausul som är avfattad på ett neutralt sätt endast kan avse "lagenliga" åtgärder.

35. Enligt kommissionen är emellertid en sådan distinktion inte relevant för att styrka

22 — Kommissionen har särskilt hänvisat till domstolens dom av den 24 oktober 1995 i mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke (REG 1995, s. I-3439), och av den 18 september 2003 i mål C-338/00 P, Volkswagen (REG 2003, s. I-9189).

att en återförsäljare godtagit en åtgärd som en tillverkare påtvingat denne. Såsom för övrigt bekräftats av de faktiska omständigheterna i de mål avseende återförsäljaravtal som domstolen avgjort, kan nämligen rättsstridiga åtgärder vidtas på grundval av avtalsklausuler som är helt lagenliga och neutrala.

36. Kommissionen har tillagt att det är ett kriterium som är svårt att tillämpa i praktiken, eftersom det inte alltid är lätt för återförsäljarna att skilja lagliga åtgärder från rättsstridiga, i synnerhet när en sådan bedömning kräver en tolkning av de förordningar om undantag som är tillämpliga på området.

37. Volkswagen anser däremot för sin del att förstainstansrätten har tillämpat artikel 81.1 EG korrekt i förevarande fall, i synnerhet att den tolkning av begreppet avtal som gjorts i den överklagade domen inte strider mot fast gemenskapsrättspraxis.

Bedömning

38. I förevarande mål uppkommer än en gång den besvärliga frågan rörande tillämpningen av artikel 81.1 EG, särskilt av begreppet avtal som används i denna bestämmelse, på ett skenbart ensidigt agerande från en tillverkares sida inom ramen för affärsförbindelser med sina återförsäljare.[23]

39. Det är närmare bestämt fråga om att fastställa huruvida det, som kommissionen har hävdat och tvärtemot vad förstainstansrätten fastslagit, kan antas att en återförsäljare genom att underteckna ett återförsäljaravtal i förväg samtycker till samtliga åtgärder som tillverkaren vidtar inom ramen för de efterföljande förbindelserna, inbegripet konkurrensbegränsande åtgärder av aktuellt slag.

40. Eftersom både kommissionen och Volkswagen, trots att de kommer fram till motsatta slutsatser, har besvarat denna fråga med hänvisning till de åtskilliga uttalanden som domstolen gjort avseende återförsäljaravtal, anser jag att det är lämpligt att först försöka klarlägga innebörden och räckvidden av denna rättspraxis.

23 — I mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet BAI och kommissionen mot Bayer behandlade jag liknande frågor om tolkningen av artikel 81 EG, om än i ett annat sammanhang vad gäller de faktiska omständigheterna. I det målet, till skillnad från i förevarande mål, hade tillverkare och återförsäljaren nämligen inte slutit något återförsäljaravtal och tillverkaren hade inte gett grossisterna något slags instruktioner eller framställt några krav utan "endast" genomfört ett system med uppdelning av försäljningen för att hindra eller begränsa parallellimport. Det förslaget till avgörande innehåller emellertid en analys av gemenskapsrättspraxisen avseende vertikala begränsningar, till vilken jag kommer att få anledning att återvända och som åtminstone delvis kan vara användbar för bedömningen av förevarande mål (se särskilt punkterna 49–78).

41. Vad gäller den relevanta utgångspunkten i detta sammanhang, anser jag att domstolen har betecknat två slags åtgärder som vidtagits inom ramen för förhållanden mellan tillverkare och återförsäljare som endast skenbart ensidiga, och således i själva verket som äkta avtal.

42. Det första slaget avser sådana åtgärder som föreskrivs i själva återförsäljaravtalet. Domstolen har därvid ansett att, genom att en återförsäljare ingår ett avtal vari föreskrivs eller åtminstone godtas att tillverkaren vidtar ytterligare åtgärder, samtycker återförsäljaren i förväg till att underkasta sig dessa. De anses med andra ord falla inom tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG, eftersom de omfattas av det samtycke som getts i återförsäljaravtalet, från vilket de skall anses "oskiljaktiga".

43. Denna logik framgår enligt min mening av domarna i målen Ford, AEG och Bayerische Motorenwerke, vilka kommissionen åberopat till stöd för sin uppfattning. [24] I domen i målet Ford underkände nämligen domstolen klagandebolagens argument att vissa åtgärder som innebär leveransrestriktioner var ensidiga varvid domstolen uttalade att i Fords återförsäljaravtal "överlämna[des] vissa frågor till senare beslut från tillverkarens sida", bland vilka fanns just, såsom uttryckligen föreskrevs i bilaga I till avtalet, beslut i fråga om leverans av bilmodeller. [25] Även om det kanske inte framgår med samma klarhet av domskälen i domarna i de ovannämnda målen AEG och Bayerische Motorenwerke, ansågs de ifrågavarande konkurrensbegränsande åtgärderna likaledes i dessa mål kunna härledas ur de olika återförsäljaravtalen. [26] Domstolen kunde därför komma fram till att tillverkarens agerande eller beslut inte utgjorde en ensidig handling, eftersom de ingick i "de affärsförbindelser som redan fanns mellan företaget och återförsäljarna". [27]

44. I detta sammanhang skall även nämnas den mer nyligen meddelade domen i målet Volkswagen, i vilken domstolen fann artikel 81.1 i fördraget tillämplig på åtgärder som begränsade leveranser som beslutats av detta fordonsföretag gentemot sina italienska återförsäljare, varvid den stödde sig särskilt på det förhållandet att "det enligt återförsäljaravtalet var möjligt att begränsa leveranserna". [28] Följaktligen "[hade] de italienska

24 — I dessa fall var det huvudsakligen fråga om att fastställa huruvida åtgärder som tillverkarna vidtagit var självständiga och åtskilda i förhållande till återförsäljaravtalet eller om de på något sätt täcktes av dessa avtal och således skulle beaktas vid bedömningen av huruvida dessa var förenliga med konkurrensbestämmelserna. För en mer detaljerad analys av dessa domar, se mitt förslag till avgörande i målet Bayer (särskilt punkterna 68–74).

25 — Domen i det ovannämnda målet Ford, punkt 20.

26 — Se domen i de ovannämnda målen AEG, punkterna 38 och 39, och Bayerische Motorenwerke, punkt 17.

27 — Domen i de ovannämnda målen Ford, punkt 21, och AEG, punkt 38. Se även domen i det ovannämnda målet Bayerische Motorenwerke, punkt 17.

28 — Domen i det ovannämnda målet Volkswagen, punkt 64. Min kursivering.

återförsäljarna, genom att acceptera [ett sådant] avtal, samtyck[t] till en åtgärd som därefter vidtogs för att hindra återexport från Italien". [29]

45. Det andra fallet med åtgärder som är endast skenbart ensidiga som behandlats i gemenskapsrättspraxis avser däremot fall där det inte finns några relevanta avtalsbestämmelser, eller rentav inte något avtal över huvud taget, och utgår från förutsättningen att samtycke till tillverkarens krav kan ges inte endast uttryckligen utan även underförstått. I dessa fall kan således godtagandet av dessa krav konstateras utifrån agerandet hos dem som mottar dessa krav, med den följden att avtal skall anses ingånget även om, såsom svar på dessa krav, återförsäljaren genom faktiska handlingar visar sitt samtycke. [30]

46. I just detta avseende ansåg domstolen i domen i målet Sandoz, i vilken den gjorde en särskilt vid tolkning av begreppet avtal, att "de upprepade beställningarna av produkter och de på varandra följande betalningarna utgjorde, utan att kunden invände mot de belopp som angavs på fakturorna som innehöll anteckningen export förbjuden, från kundens sida ett underförstått samtycke till en sådan [konkurrensbegränsande klausul]" [31]. Med andra ord identifierade domstolen, *utan att ens kontrollera huruvida produkterna i fråga faktiskt hade exporterats*, en form av "underförstått samtycke" — och ansåg således att avtal ingåtts — redan utifrån det förhållandet att grossisterna, sedan anteckningen i fråga angetts på fakturorna, inte hade bestritt anteckningen och hade fortsatt att beställa fortlöpande från läkemedelsföretaget.

47. Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande, framgår det således inte av de domar för vilka nyss redogjorts att det för att fastställa att det föreligger ett avtal enligt artikel 81.1 i fördraget är tillräckligt att endast konstatera att en åtgärd vidtagits av en tillverkare inom ramen för pågående affärsförbindelser med sina återförsäljare och/eller att de senare ingår i en viss återförsäljarorganisation. [32] Vad som däremot räknas är att återförsäljarna har samtyckt till den specifika åtgärden i fråga, varvid detta samtycke kan ha getts i tidigare led, i avtalsklausuler (det första fallet), eller i

29 — Domen i det ovannämnda målet Volkswagen, punkt 65.

30 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet BMW Belgium, punkterna 28, 29 och 37.

31 — Domen i det ovannämnda målet Sandoz, punkt 11. Se även, för en mer aktuell dom, domen i det ovannämnda målet Bayer, punkt 142.

32 — Se i detta avseende särskilt domen i det ovannämnda målet BAI och kommissionen mot Bayer, i vilken domstolen uttalade att "[e]nbart det faktum att det samtidigt föreligger ett avtal, vilket i sig är neutralt, och en ensidigt vidtagen åtgärd som begränsar konkurrensen innebär inte att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt denna bestämmelse. Enbart det faktum att en åtgärd som vidtagits av en tillverkare, vilken åtgärd har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, ingår i fortlöpande avtalsförhållanden mellan tillverkaren och grossisterna räcker följaktligen inte för att dra slutsatsen att det föreligger ett sådant avtal" (punkt 141).

senare led i form av mer eller mindre uttrycklig eftergivenhet (det andra fallet).

48. Med andra ord är det vid tillämpningen av artikel 81 EG inte möjligt att underlåta att fastställa att de berörda ekonomiska aktörerna haft en gemensam vilja att agera på ett visst sätt eller vidta en viss åtgärd. Sådana samstämmiga partsviljor markerar nämligen inte endast gränsen mellan tillämpningsområdet för artiklarna 81 och 82 EG, och således mellan det tillämpliga regelverket i fråga om konkurrensbegränsande samverkan och det avseende ensidiga åtgärder, utan är kännetecknande för själva avtalsbegreppet.

49. När jag nu kommer till förevarande fall och därvid försöker knyta ihop säcken för den bedömning som hittills gjorts, anser jag först och främst att förstainstansrätten inte kan klandras, vilket dock kommissionen har gjort, för att ha tillämpat artikel 81.1 EG fel genom att kräva bevis på en vilja hos de tyska återförsäljarna att efterfölja de specifika kraven från Volkswagens sida i fråga om pris, även om dessa framställts inom ramen för pågående affärsförbindelser som reglerades av ett befintligt återförsäljaravtal och även om återförsäljarna var medlemmar i en selektiv återförsäljarorganisation. Genom att kräva "bevi[s för] att återförsäljarna verkligen samtyckte till [de omtvistade] uppmaningar [na]" [33] har förstainstansrätten endast tillämpat de principer som, såsom konstaterats, följer av gemenskapsrättspraxis på området.

50. För att bevisa detta kunde kommissionen ha använt sig av något av de två olika angreppssätten, enligt de synsätt i rättspraxis för vilka redogjorts ovan.

51. Enligt det första angreppssättet, som kan framstå som det mest formalistiska, måste sökanden bevisa att bestämmelserna i återförsäljaravtalet tillät Volkswagen att vidta åtgärder av det slag som är i fråga.

52. Genom det andra, vid vilket den verkliga tyngden hos var och en av parterna i affärsförbindelsen kan anses beaktas bättre, flyttas analysen till ett annat plan, nämligen de tyska återförsäljarnas faktiska beteende sedan de tillställts instruktioner om rabatter. Kommissionen skulle därigenom ha kunnat försöka bevisa att återförsäljarna, genom att efterfölja eller i vart fall på något sätt acceptera Volkswagens krav, underförstått hade visat sitt samtycke till tillverkarens nya politik.

33 — Den överklagade domen, punkt 59.

53. Jag skulle vilja tillägga att valet av sistnämnda förhållningssätt skulle ha kunnat leda till ett besvärligt problem beträffande tolkningen av innebörden och omfattningen av domen i det ovannämnda målet Sandoz, eftersom det skulle ha blivit nödvändigt att bedöma om kommissionen kunde komma fram till ett samtycke hos återförsäljarna redan utifrån det förhållandet att dessa (eventuellt) inte bestritt de omtvistade uppmaningarna eller om det tvärtom skulle ha varit nödvändigt att bedöma huruvida det förelåg omständigheter som utgjorde grund för uppfattningen att en sådan automatisk, och i själva verket något förenklad, slutsats i förevarande fall inte var berättigad.

54. Jag vill emellertid genast anföra att domstolen inte skall ge sig in i sådana frågeställningar inom ramen för prövningen av förevarande överklagande, eftersom kommissionen inte har gjort något försök av detta slag att styrka ett samtycke från återförsäljarnas sida. Eftersom klaganden uteslutande grundat sin egen bedömning på förekomsten av ett selektivt återförsäljaravtal, som om det ingåtts skulle ha inneburit ett godkännande *i förväg* av de bestridda åtgärderna, [34] har klaganden i slutändan ansett att "det ... [var] ovidkommande om och i vilken omfattning de tyska Volkswagenhandlarna faktiskt ändrat sin prissättning på grund av rundskrivelserna och uppmaningarna (skäl 68 i det omtvistade beslutet)" eller om de i vart fall hade avstått från att bestrida de omtvistade uppmaningarna. [35]

55. Det återstår således att bedöma om det andra fallet för vilket redogjorts ovan är för handen, det vill säga om kommissionen verkligen kan stödja sig på återförsäljaravtalet i fråga för att anse att det ingåtts ett prisavtal mellan Volkswagen och de tyska återförsäljarna.

56. Förstainstansrätten har emellertid i detta avseende för sin del redan bedömt att det av fordonsföretaget uppställda förbudet för återförsäljarna att lämna rabatter inte kunde härledas ur någon bestämmelse i återförsäljaravtalet. [36] En sådan bedömning utgör en bedömning av det bevisvärde som skall tillerkännas de omständigheter som åbero-

34 — Denna uppfattning bekräftade kommissionen uttryckligen vid förhandlingen i målet.

35 — Den överklagade domen, punkterna 38 och 39. I det ifrågasatta beslutet har kommissionen nämligen hänfört sig till parternas beteende (exempelvis hot från Volkswagen till återförsäljarna om rättsliga följder om de inte följde de omtvistade uppmaningarna) endast till stöd för sin egen uppfattning att de omtvistade uppmaningarna ingick i "[tillämpningsområdet för återförsäljar]avtalet" och således hade godtagits *i förväg* av återförsäljarna (se det ifrågasatta beslutet, punkt 66, och den överklagade domen, punkt 60). Dessutom kan under alla förhållanden enbart det beteende från ett representativt antal återförsäljares sida till vilket kommissionen har hänvisat inte åberopas för att styrka något slags eftergivenhet avseende den *specifika* åtgärden i fråga. Såsom följer av själva beslutet avsåg nämligen den kritik som "återförsäljarrådet" gjort avseende höga rabatter som vissa återförsäljare lämnade "en annan bilmodell", Golf A4, och inte den Passatmodell som de omtvistade uppmaningarna avsåg (se det ifrågasatta beslutet, punkterna 43 och 67). Analogt nämner kommissionen diskussioner om prisstrategi mellan Volkswagens ledning och sammanslutningen för återförsäljare av Volkswagen och Audi utan att emellertid lämna några uppgifter om vad dessa ledde till, och i synnerhet utan att klargöra huruvida frågan om de omtvistade uppmaningarna behandlades eller inte inom ramen för dessa diskussioner (se det ifrågasatta beslutet, punkterna 36–41).

36 — Se den överklagade domen, punkterna 62–67.

pats vid förstainstansrätten (särskilt de av kommissionen åberopade avtalsbestämmelserna). Det är således fråga om en "faktisk" bedömning och följaktligen om en bedömning av sådant slag som enligt fast rättspraxis inte kan bli föremål för någon kontroll från domstolens sida såvida inte bevisningen missuppfattats. [37] I förevarande fall har kommissionen emellertid inte gjort gällande någon sådan missuppfattning.

57. Utöver detta vill jag emellertid också anföra att jag anser att förstainstansrättens angivna slutsats svårligen kan bestridas i sak. Jag vill i detta sammanhang påpeka att § 2 i återförsäljaravtalet (se punkt 2 ovan) — från vilken enligt kommissionens uppfattning de omtvistade uppmaningarna kan härledas — förutom att den är avfattad på ett neutralt sätt inte alls nämner prispolitiken, medan det däri särskilt föreskrivs att beträffande återförsäljarpolitiken skall återförsäljarna i en rad avseenden (exempelvis lagerhållning av reservdelar, kundtjänst, marknadsföring, utbildning m.m.) "uppfylla alla krav" som fordonstillverkaren uppställer.

58. Dessutom var åtgärden i fråga även uttryckligen utesluten genom en av de avtalsbestämmelser som här är av relevans, nämligen § 8, enligt vilken Volkswagen kunde lämna endast "icke bindande prisrekommendationer för konsumentpriser och rabatter".

59. Just det förhållandet att de omtvistade uppmaningarna inte på något sätt föreskrivs eller godtas i återförsäljaravtalet är således, enligt min mening, vad som klart skiljer fallet i fråga från ovannämnda fall i rättspraxis, i vilka domstolen har ansett att en åtgärd som en tillverkare vidtagit täcks av undertecknandet av återförsäljaravtalet (punkterna 42–44 ovan).

60. Av det anförda följer enligt min uppfattning att det var med rätta som förstainstansrätten ansåg att "kommissionen i det omtvistade beslutet inte ha[de] styrkt en samstämmig vilja hos [Volkswagen] och dess återförsäljare avseende de omtvistade uppmaningarna", [38] varav följer att artikel 81.1 EG åsidosatts genom det ifrågasatta beslutet.

61. Jag föreslår följaktligen att domstolen lämnar överklagandet utan bifall.

37 — Dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkterna 21 och 22. Se, för ett liknande resonemang, bl.a. dom av den 21 juni 2001 i de förenade målen C-280/99 P–C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. I-4717), punkt 78, av den 8 maj 2003 i mål C-122/01 P, T. Port mot kommissionen (REG 2003, s. I-4261), punkt 27, och av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-212/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkterna 47–49, samt beslut av den 9 juli 2004 i mål C-116/03, Fichtner mot kommissionen (ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkt 33.

38 — Den överklagade domen, punkt 68.

III — Rättegångskostnader

62. Mot bakgrund av artikel 69.2 i rättegångsreglerna, och med hänsyn till min slutsats i sak att överklagandet bör ogillas, anser jag att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Förslag till avgörande

63. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen

— ogillar överklagandet, och

— förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.