KOHTUJURISTI ETTEPANEK

ANTONIO TIZZANO

esitatud 17. novembril 2005 [1]

1. Esimese Astme Kohus tühistas 3. detsembri 2003. aasta otsusega kohtuasjas T-208/01: Volkswagen AG *vs.* komisjon (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus") komisjoni 29. juuni 2001. aasta otsuse 2001/711/EÜ, mis puudutab EÜ asutamislepingu artiklis 81 sätestatud menetlust (edaspidi „vaidlustatud otsus") [2], millega Volkswagenit karistati selle eest, et ta sõlmis oma Saksa turustusvõrku kuuluvate edasimüüjatega kokkuleppe eesmärgiga määrata kindlaks sõiduauto mudeli Passat edasimüügi hind. Komisjon palub Euroopa Kohtul nüüd see kohtuotsus tühistada.

I. Asjaolud ja menetlus

A. *Vaidluse aluseks olevad asjaolud*

2. Vaidlustatud kohtuotsuses on vaidluse aluseks olevaid asjaolusid kirjeldatud järgmiselt:

„1. Volkswagen AG (edaspidi „Volkswagen" või „hageja") on valdusäriühing ja Volkswageni kontserni kõige suurem ettevõtja, kes tegutseb mootorsõidukite tootmise sektoris. Hageja toodetavaid mootorsõidukeid müüvad ühenduses valikulise ja ainuõigusega turustussüsteemi raames edasimüüjad, kellega hageja on sõlminud edasimüügilepingu.

2. Septembris 1995 ja jaanuaris 1998 kehtinud edasimüügilepingu artikli 4 lõike 1 kohaselt tagab Volkswagen edasimüüjale lepingujärgse territooriumi tarnete ja müügijärgse teeninduse läbiviimiseks. Edasimüüja kohustub omalt poolt temale määratud territooriumil edendama intensiivselt müüki ja müügijärgset teenindust ning kasutama turupotentsiaali parimal võimalikul moel. Vastavalt edasimüügilepingu artikli 2 lõikele 6 (1989. aasta jaanuaris kehtinud versioon) või lõikele 1 (1995. aasta septembris ja 1998. aasta jaanuaris kehtinud versioonid) kohustub edasimüüja „kaitsma Volkswagen, Volkswageni turustamise korra ja Volkswageni kaubamärgi huve ning tagama nende edendamise kõikide vahenditega". Samuti on sätestatud, et „[s]elleks järgib edasimüüja kõiki

1 — Algkeel: itaalia.

2 — 29. juuni 2001. aasta otsus 2001/711/EÜ, mis puudutab EÜ asutamislepingu artiklis 81 sätestatud menetlust (juhtum COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EÜT L 262, lk 14).

lepingu täitmiseks kehtestatud nõudeid, mis puudutavad nii uute Volkswageni mootorsõidukite turustamist, varuosade hankimist, müügijärgset teenindust, müügi edendamist, reklaami ja väljaõpet kui ka Volkswageni erinevate tegevusalade tehnilise taseme tagamist". Edasimüügilepingu artikli 8 lõike 1 kohaselt „annab [Volkswagen] lõpphinna ja allahindluste suhtes hinnasoovitusi, mis ei ole siduvad".

Passat müügihinnad, keelates oma Saksamaa lepingulistel edasimüüjatel teha selle mudeli müümisel klientidele allahindlusi või lubades teha üksnes piiratud allahindlusi" (artikkel 1);

— määras Volkswagenile trahvi summas 30,96 miljonit eurot (artikkel 2).

B. *Vaidlustatud otsus*

4. Otsuse põhjendustes püüdis komisjon näidata, et: i) Volkswagen oli sõlminud Saksamaa edasimüüjatega hinnakokkuleppe mudeli Passat edasimüügi hinna kohta (punktid 56–69); ii) selle kokkuleppe eesmärk oli konkurentsi piiramine (punktid 70–74); iii) see kahjustas oluliselt liikmesriikidevahelist kaubandust (punktid 81–91) ja iv) vaidlusaluse kokkuleppe suhtes ei saa kohaldada individuaalset või grupierandit asutamislepingu artikli 81 lõike 3 tähenduses (punktid 93–96).

3. Ühe autoostja kaebuse alusel algatas komisjon halduslikku uurimise, et teha kindlaks, kas seoses mudeli Volkswagen Passat edasimüügihinna kindlaksmääramisega Saksamaal on rikutud EÜ artikli 81 lõiget 1. Uurimise tulemusena tegi komisjon vaidlustatud otsuse, milles ta:

5. Mis puudutab konkreetsemalt käesoleva apellatsioonkaebuse esemeks olevat esimest aspekti, siis komisjon tuletas kokkulepitud hinnakorra olemasolu sellest, et Volkswagen saatis kõikidele Saksamaa edasimüüjatele kolm ringkirja ja mõnele neist viis kirja (edaspidi „vaidlusalused üleskutsed"), milles autotootja kohustas oma edasimüüjaid mitte tegema Passati müügi puhul allahindlusi (või tegema neid väga piiratud ulatuses), ähvar-

— tuvastas, et Volkswagen on rikkunud EÜ artikli 81 lõiget 1 sellega, et „ta määras kindlaks mudeli Volkswagen

dades neid, et nende juhiste mittejärgimine toob neile kaasa õiguslikud tagajärjed (punktid 29–55).

6. Komisjoni sõnul ei kujutanud need juhised endast mitte lihtsalt Volkswageni ühepoolset käitumist, vaid kokkulepet EÜ artikli 81 tähenduses, sest need sõlmiti tootja ja tema edasimüüjate kestvate ärisuhete raames vastavate edasimüügilepingute alusel (punktid 57–59). Nimelt tuleneb „Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktika[st], [et] edasimüüjate võrku vastuvõtmiseks peavad lepingu sõlmijad selgesõnaliselt või vaikimisi nõustuma tootja turustuspoliitikaga. Seetõttu [saigi] ringkirjadest nende lepingute osa, mis Volkswagen AG oma lepinguliste edasimüüjatega sõlmis, sest neid [tuli] olemasoleva üldlepingu (edasimüügileping) alusel pidada tolleaegsete ärisuhete osaks" (punkt 57).

7. Eelkõige on ühenduse kohus komisjoni väitel selgitanud, et „üleskutsed, mille autotootja oma edasimüüjatele on saatnud, kujutavad endast juba kokkulepet, kui „nende eesmärk on mõjutada edasimüüjaid [...] nendepoolse (tootja või importijaga) sõlmitud lepingu täitmise käigus"". Niisugune tingimus oli komisjoni arvates käesoleval juhul selgelt täidetud (punkt 62).

8. Seega leidis komisjon, et „ei ole vaja teha kindlaks, kas ja mil määral Volkswageni Saksa edasimüüjad tegelikult oma hinnakujundust ringkirjade ja hoiatuste põhjal muutsid" (punkt 68).

9. Lõpuks lükkas komisjon tagasi Volkswageni argumendid, mille kohaselt ei saanud edasimüüjad kõnesoleva hinnapoliitikaga nõustuda, isegi mitte vaikimisi, sest lisaks sellele, et seda ei olnud edasimüügilepingus ette nähtud, oli see isegi nimetatud lepingu artikli 8 lõikega 1 vastuolus.

10. Komisjoni arvates põhinesid vaidlusalused üleskutsed vastupidi nimetatud lepingu ühel sättel: artikli 2 lõikel 6 (punkt 64). Peale selle ei saa kõnelda „„vastuolust" kõnesoleva üleskutse ja lepingu artikli 8 lõike 1 vahel. See artikkel näeb ette, et „[Volkswagen] annab lõpphinna ja allahindluste suhtes hinnasoovitusi, mis ei ole siduvad". Nimetatud artikli järgmiste lõigete kohaselt tuleb edasimüüja ja tootja vahel kohaldatavate hindade ja hüvituste puhul neid soovitusi arvestada. Et see süsteem

sisaldab tootja õigust anda mittesiduvaid hinnasoovitusi, ei ole edasimüüjal konkreetset tagatist, et tootja hoidub ka tulevikus siduvate hinnasoovituste andmisest, näiteks lepingu artikli 8 lõike 1 raames" (punkt 65).

C. *Menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus*

11. Volkswagen palus 10. septembril 2001 esitatud hagiga Esimese Astme Kohtul esimese võimalusena komisjoni otsus tühistada ja teise võimalusena selle otsusega määratud trahvi vähendada.

12. Esimese Astme Kohus nõustus 3. detsembri 2003. aasta otsuses Volkswageni hagi põhiväitega, mis käsitles artikli 81 lõike 1 kohaldatavust käesoleva juhtumi suhtes, ning tühistas vaidlustatud otsuse põhjendusel, et tema arvates „ei [olnud] komisjon tõendanud [...] hageja ja tema edasimüüjate ühist tahet vaidlusaluste üleskutsete osas" [3].

13. Hageja vastuväite hindamise käigus meenutas Esimese Astme Kohus kõigepealt, viidates eelkõige kohtuotsusele Bayer [4], et „mõistes „kokkulepe" EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses [...] on kesksel kohal vähemalt kahe poole ühine tahe, mille väljendamise vorm ei ole oluline seni, kuni see kujutab endast poolte tahte tõetruud väljendust" [5] ning seega ei kuulu selle sätte kohaldamisalasse „tootja otsus, [mis] kujutab endast ettevõtja ühepoolset tegevust" [6].

14. Esimese Astme Kohus jätkab, et asutamislepingu artikli 81 kohaldamisel tuleb seega „olukorda, kus üks ettevõtja on võtnud tõepoolest ühepoolse ja seega teise ettevõtja otsese või vaikimisi osaluseta meetme, [...] eristada olukorrast, kus ühepoolsus on üksnes näilik. Kui esimene kirjeldatud olukord ei lange EÜ artikli 81 lõike 1 alla, siis teist tuleb käsitleda kui ettevõtjatevahelist kokkulepet ja seega võib see kuuluda artikli 81 kohaldamisalasse. Selline on olukord eelkõige konkurentsi piirava tegevuse ja meetmete puhul, mille tootja on lepinguliste suhete raames edasimüüjatega ellu viinud näiliselt ühepoolselt, kuid millega viimased on siiski kas või vaikimisi nõustunud" [7].

3 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 68.

4 — Esimese Astme Kohtu 26. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-41/96: Bayer *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-3383).

5 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 32.

6 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 33.

7 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 35.

15. Selles osas rõhutas Esimese Astme Kohus siiski, et ühenduse väljakujunenud kohtupraktikast [8] „tuleneb [...], et komisjon ei saa asuda seisukohale, et tootja näiliselt ühepoolne käitumine tema lepinguliste suhete raames oma edasimüüjatega võib tegelikult viia ettevõtjatevahelise kokkuleppeni EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses, kui ei ole tõendatud, et teised pooled nõustusid sõnaselgelt või vaikimisi tootja käitumisega" [9].

16. Seda meenutanud, hindas Esimese Astme Kohus artikli 81 lõike 1 kohaldatavust käesoleva juhtumi suhtes ja tõdes seejärel, et komisjon oli möönnud, et ta ei „ole tõenda [n]ud, et vaidlusaluseid üleskutseid oleks tegelikkuses rakendatud". Seda seepärast, et ta ei pidanud niisugust kontrolli vajalikuks, sest edasimüüjad olid — ikka tema arvates — edasimüügilepingu allkirjastamise hetkel vaikimisi ja juba ette kõnesoleva turustuspoliitikaga nõustunud. [10]

17. Esimese Astme Kohus lükkas selle väite siiski tagasi. Tema arvates on küll võimalik asuda seisukohale, et õiguspärase edasimüügilepingu allkirjastamise kaudu nõustutakse juba ette „lepingu õiguspärase muutumisega, mis on ette nähtud lepingus või kujutab endast muutmist, millest edasimüüja ei saa äritavasid või õigusnorme arvesse võttes keelduda" [11]. Seevastu ei saa eeldada, et edasimüüjad on juba ette heaks kiitnud „lepingu õigusvastase muutmise" [12]. Niisugusel juhul „võidakse nõusolek lepingu õigusvastasele muutmisele saada üksnes pärast seda, kui edasimüüja on saanud tootja soovitud muutusest teada" [13].

18. Seesama kohtupraktika, millele komisjon viitas, kuid seejärel valesti tõlgendas, kinnitab Esimese Astme Kohtu arvates:

— „vajadust tõendada ühist tahet, et tuvastada EÜ artikli 81 lõikes 1 nimetatud kokkuleppe olemasolu", ja et

— „niisugune ühine tahe peab hõlmama konkreetset tegevust, mis peab seega olema pooltele teada, kui nad sellega nõustuvad" [14].

8 — Esimese Astme Kohus viitas eelkõige 12. juuli 1979. aasta otsusele liidetud kohtuasjades 32/78 ja 36–82/78: BMW Belgium (EKL 1979, lk 2435); 25. oktoobri 1983. aasta otsusele kohtuasjas 107/82: AEG (EKL 1983, lk 3151); 17. septembri 1985. aasta otsusele liidetud kohtuasjades 25/84 ja 26/84: Ford (EKL 1985, lk 2725); 11. jaanuari 1990. aasta otsusele kohtuasjas C-277/87: Sandoz (EKL 1990, lk I-45) ja eespool viidatud kohtuotsusele Bayer.

9 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 36.

10 — Vaidlustatud kohtuotsus, punktid 38–40.

11 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 45.

12 — *Ibidem.*

13 — *Ibidem.*

14 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 56.

19. See-eest „vastupidi komisjoni väitele ei tulene kohtupraktikast, et määrav element, mis näitab, et üleskutse on osa lepingust, oleks asjaolu, et selle üleskutse eesmärk on edasimüüjat lepingu täitmisel mõjutada. Kui see oleks nii, viiks tootjapoolne üleskutse saatmine oma edasimüüjatele süstemaatiliselt kokkuleppe tuvastamiseni, sest selle üleskutse eesmärk on definitsiooni poolest edasimüüjaid nendepoolse lepingu täitmise käigus mõjutada" [15].

20. Esitatud põhjendustest lähtudes järeldas Esimese Astme Kohus, et komisjoni väide, mille kohaselt „tähendas [...] lepingu allkirjastamine juba ette vaikimisi nõustumist [vaidlusaluste] üleskutsetega" ning seetõttu ei olnud vaja „tõenda[da], et edasimüüjad nõustusid tõesti nende üleskutsetega", on põhjendamata. [16]

21. Lõpuks lükkas Esimese Astme Kohus tagasi komisjoni teise võimalusena esitatud vastuväite, mille kohaselt võib edasimüüjatepoolse kõnesolevate meetmetega nõustumise tuletada igal juhul edasimüügilepingu artiklist 2 koostoimes artikliga 8.

22. Ühest küljest leidis Esimese Astme Kohus nimelt, et „edasimüügilepingu artikli 2 lõiget 1 või lõiget 6, mille kohaselt kohustub edasimüüja „kaitsma Volkswageni, Volkswageni turustamise korra ja Volkswageni kaubamärgi huve ning tagama nende edendamise kõikide vahenditega", võib tõlgendada [...] nii, et see puudutab üksnes seadusega kooskõlas olevaid vahendeid. Vastupidine väide tähendaks nimelt tuletada sellest neutraalselt sõnastatud lepingusättest, et edasimüüjad on seotud ebaseadusliku lepinguga" [17].

23. Esimese Astme Kohus jätkab, et vastupidisele järeldusele ei saa viia ka „asjaolu, et Volkswagen tugine[s] vaidlusalustes üleskutsetes edasimüügilepingu artiklile 2 [...]. Võimaliku orgaanilise seose olemasolu edasimüügilepingu artikli 2 ja vaidlusaluste üleskutsete vahel võib nimelt tõendada üksnes objektiivselt kõnesolevate sätete analüüsi alusel ja sõltumata sellest, mida ütleb selle kohta hiljem üks lepingu sõlminu. Nagu aga eespool öeldud, nähtub nimetatud artikli 2 sõnastusest enesest, et selles sättes ei ole kuidagi ette nähtud lepingu muutmist konkurentsieeskirjadega vastuolus olevaks" [18].

24. Teisest küljest rõhutas Esimese Astme Kohus, et lepingu artikli 8 lõige 1 on „samuti

15 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 57.
16 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 59
17 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 63.
18 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 66.

sõnastatud neutraalselt, või isegi selliselt, mis võtab Volkswagenilt võimaluse anda siduvaid hinnasoovitusi" [19].

25. Kõikidest esitatud põhjendustest lähtudes järeldas Esimese Astme Kohus, et komisjon ei tõendanud, et Saksa edasimüüjad oleksid andnud oma nõusoleku Volkswageni hinnapoliitikale, ja et seepärast tehti vaidlustatud otsus EÜ artikli 81 lõiget 1 rikkudes. [20]

D. *Menetlus Euroopa Kohtus*

26. Komisjon palus 16. veebruaril 2004 esitatud apellatsioonkaebusega Euroopa Kohtul i) tühistada vaidlustatud kohtuotsus; ii) suunata asi tagasi Esimese Astme Kohtusse ja iii) mõista kohtukulud välja Volkswagenilt.

27. Vastustaja oli mõistagi nende nõuete vastu, paludes Euroopa Kohtul jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ja mõista kohtukulud välja apellatsioonkaebuse esitajalt.

28. Pärast kirjaliku menetluse lõppu, mille käigus toimus ka teine kirjalik seisukohtade esitamine, kuulati pooled ära 29. septembril 2005 toimunud kohtuistungil.

II. Õiguslik analüüs

29. Oma apellatsioonkaebuse ainsas väites vaidlustab komisjon Esimese Astme Kohtu hinnangu, mille kohaselt ei kujutanud üleskutsed, millega Volkswagen õhutas oma edasimüüjaid mitte tegema mudeli Passat müügi puhul allahindlusi, endast kokkuleppeid EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses. Tema arvates tõlgendas Esimese Astme Kohus mõistet „kokkulepe" liiga kitsalt ning rikkus seega seda õigusnormi.

Poolte argumendid

30. Apellatsioonkaebuse esitaja väidab peamiselt, et Esimese Astme Kohtu valitud tõlgendus on vastuolus väljakujunenud kohtupraktikaga, [21] mille kohaselt „kokkulepe"

19 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 64.

20 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 68.

21 — Komisjon viitab eelkõige eespool viidatud kohtuotsustele AEG ja Ford ning 6. jaanuari 2004. aasta otsusele liidetud kohtuasjades C-2/01 P ja C-3/01 P: BAI ja komisjon *vs.* Bayer (EKL 2004, lk I-23).

artikli 81 tähenduses on olemas juba siis, kui tootja teeb niisuguseid üleskutseid nagu käesoleval juhul kestvate ärisuhete raames oma edasimüüjatega, mida reguleerib eelnevalt sõlmitud üldleping. Sama kohtupraktika suuna kohaselt tähendab edasimüüja vastuvõtmine valikulisse turustusvõrku alati seda, et ta nõustub sõnaselgelt või vaikimisi tootja turustuspoliitikaga. [22]

31. Nendel juhtudel ei ole kokkuleppe olemasolu kindlakstegemiseks vastupidi Esimese Astme Kohtu arvamusele seega vaja tõendada, et edasimüüjad andsid asjaomasele meetmele konkreetselt oma nõusoleku. Samamoodi ei saa asuda seisukohale, et edasimüügilepingut allkirjastades nõustub edasimüüja tootja turustuspoliitikaga ainult selle õiguspäraste muutmiste või igal juhul nende meetmete piires, millest ta on teada saanud.

32. Kaugenedes eelnevast kohtupraktikast, kehtestati vaidlustatud kohtuotsusega seega apellatsioonkaebuse esitaja arvates liiga ranged nõuded konkurentsi vertikaalselt piiravate kokkulepete olemasolu tõendamiseks.

33. Komisjon jätkab, et mõiste „kokkulepe" vaidlustatud kohtuotsuses esitatud tõlgendus ei ole mitte ainult vastuolus väljakujunenud kohtupraktikaga, vaid eirab ka valikulise turustamise lepingute laadi ja omadusi. Niisugused lepingud kehtestavad nimelt üldise raamistiku, mida kohaldatakse teatava arvu aastate jooksul ning täiendatakse ja täpsustatakse järk-järgult sõltuvalt poolte vajadustest, turutingimustest, tehnoloogia arengust jne. Et kõiki selliseid muudatusi ei ole võimalik ette näha edasimüügilepingu sõlmimise hetkel, peavad need lepingud, nagu tunnistas komisjoni arvates ka Euroopa Kohus kohtuotsuses Ford, tingimata jätma teatud aspektid tootjale hilisemaks otsustamiseks. Edasimüügilepingu allkirjastamine tähendab seega, et edasimüüja nõustub juba ette nende meetmetega.

34. Komisjon kritiseerib lõpuks seda, et Esimese Astme Kohus teeb vahet lepingu „õiguspärase" ja „õigusvastase" muutmise vahel (vt punkt 17 eespool), millest ta tuletas siis — apellatsioonkaebuse esitaja sõnul ekslikult —, et i) õiguspärase edasimüügilepingu allkirjastamise hetkel nõustub edasimüüja üksnes lepingu õiguspärase muutmisega ja ii) neutraalselt sõnastatud säte saab puudutada ainult „seadusega kooskõlas olevaid" meetmeid.

35. Komisjoni arvates ei ole niisugune vahetegemine aga asjakohane, kui on tarvis

22 — Komisjon viitab eelkõige 24. oktoobri 1995. aasta otsusele kohtuasjas C-70/93: Bayerische Motorenwerke (EKL 1995, lk I-3439) ja 18. septembri 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-338/00 P: Volkswagen (EKL 2003, lk I-9189).

tõendada, et edasimüüja nõustus tootja kehtestatud meetmega. Tegelikult, nagu kinnitavad pealegi komisjoni arvates Euroopa Kohtu turustuslepinguid käsitlevate otsuste aluseks olevad asjaolud, võib ebaseaduslikke meetmeid võtta täiesti seaduslike või neutraalsete lepingusätete alusel.

36. Komisjon lisab, et tegemist on praktikas raskesti kohaldatava kriteeriumiga, sest edasimüüjatel ei ole alati kerge eristada seaduslikke meetmeid ebaseaduslikest, eriti kui niisugune hindamine nõuab selles valdkonnas kohaldatavaid erandeid kehtestavate õigusnormide tõlgendamist.

37. Volkswagen omalt poolt arvab vastupidi, et Esimese Astme Kohus kohaldas EÜ artikli 81 lõiget 1 käesoleval juhul õigesti, ning eelkõige, et mõiste „kokkulepe" vaidlustatud kohtuotsuses esitatud tõlgendus ei ole ühenduse väljakujunenud kohtupraktikaga vastuolus.

Õiguslik hinnang

38. Käesolevas apellatsioonkaebuses on veel kord tõstatatud delikaatne küsimus, kuidas kohaldada EÜ artikli 81 lõiget 1 ja täpsemalt selles kasutatud mõistet „kokkulepe" tootja näiliselt ühepoolse käitumise suhtes tema ärisuhete raames oma edasimüüjatega. [23]

39. Konkreetsemalt tuleb teha kindlaks, kas võib eeldada — nagu väidab komisjon ja vastupidi Esimese Astme Kohtu arvamusele —, et edasimüügilepingut allkirjastades annab edasimüüja juba ette oma nõusoleku kõikidele meetmetele, mis tootja järgneva suhte käigus võtab, kaasa arvatud niisugusele konkurentsi kahjustavale käitumisele nagu käesoleval juhul.

40. Et komisjon ja Volkswagen, kes jõudsid küll vastupidistele järeldustele, vastasid sellele küsimusele, viidates paljudele otsustele, mis Euroopa Kohus on teinud turustuslepingute valdkonnas, näib mulle sobiv püüda kõigepealt välja selgitada selle kohtupraktika tähendus ja ulatus.

23 — Oma ettepanekus, mille ma esitasin eespool viidatud kohtuasjas BAI ja komisjon *vs.* Bayer, käsitlesin ma samasuguseid EÜ artikli 81 tõlgendamise küsimusi, kuigi teistsuguses faktiliste asjaolude kontekstis. Nimetatud kohtuasjas ei olnud tootja ja edasimüüjad vastupidiselt käesolevale kohtuasjale sõlminud mingit turustuslepingut ja tootja ei olnud saatnud oma hulgimüüjatele mingit liiki juhiseid või nõudmisi, „piirdudes" vastupidi müügi piiramise süsteemi loomisega paralleelse impordi takistamiseks või piiramiseks. See ettepanek sisaldab siiski vertikaalseid piiranguid käsitleva ühenduse kohtupraktika analüüsi, mille juurde on põhjust tagasi tulla ja mis võib vähemalt osaliselt osutuda kasulikuks ka käesoleva kohtuasja analüüsimisel (vt eelkõige punktid 49–78).

41. Siinkohal tundub mulle meid huvitava osas, et Euroopa Kohus on liigitanud ainult näiliselt ühepoolseks ja seega tegelikult tõelisteks kokkulepeteks kaht tüüpi meetmed, mida võetakse tootja ja edasimüüjate suhete raames.

42. Esimesse tüüpi kuuluvad meetmed, mis on ette nähtud edasimüügilepingus endas. Selles osas on ühenduse kohus leidnud, et allkirjastades lepingu, mis näeb ette tootjapoolse hilisemate meetmete võtmise või vähemalt lubab seda, nõustub edasimüüja juba ette neid meetmeid järgima. Teiste sõnadega peetakse neid meetmeid kuuluvaks EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamisalasse, sest need on hõlmatud nõusolekuga, mis anti edasimüügilepingule, millest neid tuleb sisuliselt pidada „lahutamatuks".

43. See loogika näib olevat olnud kohtuotsuste Ford, AEG ja Bayerische Motorenwerke aluseks, millele komisjon oma väite põhjendamiseks tugineb.[24] Kohtuotsuses Ford lükkas Euroopa Kohus tagasi hagejaks olevate äriühingute argumendi, mis põhines teatavate tarnete piiramise meetmete väidetaval ühepoolsusel, märkides, et Fordi edasimüügileping „jät[tis] mõningad aspektid tootjale hilisemaks otsustamiseks", nende hulgas konkreetsemalt automudelite tarnimist käsitlevad otsused, nagu näeb sõnaselgelt ette selle lepingu I lisa.[25] Isegi kui see ei nähtu võib-olla sama selgelt nende kohtuotsuste põhjendustest, peeti samamoodi kohtuasjades AEG ja Bayerische Motorenwerke asjaomaseid piiravaid meetmeid vastavatest edasimüügilepingutest tulenevaks,[26] nii et Euroopa Kohus sai järeldada, et tootja käitumine või otsus ei kujutanud endast ühepoolset akti, sest see asetus „ettevõtja ja edasimüüjate vahel eksisteerivate lepinguliste suhete" konteksti.[27]

44. Samas tähenduses tuleb mainida ka hilisemat kohtuotsust Volkswagen, milles Euroopa Kohus pidas asutamislepingu artiklit 81 kohaldatavaks tarneid piiravate meetmete suhtes, mille autotootja oli otsustanud oma Itaalia edasimüüjate suhtes võtta, tuginedes eelkõige asjaolule, et „edasimüügileping *näeb ette* tarnete piiramise võimaluse"[28]. Seega „nõustudes [nimetatud] [...]

24 — Nendes kohtuasjades oli sisuliselt vaja teha kindlaks, kas tootjate võetud meetmed olid turustuslepingutest sõltumatud ja eraldiseisvad või kas need olid mingil viisil nende lepingutega hõlmatud ning neid tuli seega võtta arvesse hindamaks, kas need lepingud olid konkurentsieeskirjadega kooskõlas. Nende kohtuotsuste üksikasjalikuma analüüsi võib leida minu ettepanekust, mille ma esitasin kohtuasjas Bayer (eelkõige punktid 68–74).

25 — Eespool viidatud kohtuotsus Ford, punkt 20.

26 — Vt eespool viidatud kohtuotsus AEG, punktid 38 ja 39, ja eespool viidatud kohtuotsus Bayerische Motorenwerke, punkt 17.

27 — Eespool viidatud kohtuotsus Ford, punkt 21, ja eespool viidatud kohtuotsus AEG, punkt 38. Vt ka eespool viidatud kohtuotsus Bayerische Motorenwerke, punkt 17.

28 — Eespool viidatud kohtuotsus Volkswagen, punkt 64. Kohtujuristi kursiiv.

lepinguga, nõustusid Itaalia edasimüüjad meetmega, mida hiljem kasutati, et takistada reeksporti Itaaliast" [29].

45. Teise ühenduse kohtupraktikas käsitletud ainult näiliselt ühepoolsete meetmete tüübiga on tegemist vastupidi siis, kui puuduvad asjakohased lepingusätted või isegi mis tahes leping, ja selle puhul lähtutakse eeldusest, et nõusoleku tootja nõudmistele võib anda mitte ainult sõnaselgelt, vaid ka vaikimisi. Nendel juhtudel tuleneb nende nõudmistega nõustumine seega nende isikute käitumisest, kellele need on adresseeritud, millest tulenevalt tuleb lepingut pidada sõlmituks ka siis, kui edasimüüjad väljendavad vastuseks nendele nõudmistele oma nõusolekut konkreetse käitumisega. [30]

46. Just sellepärast leidiski ühenduse kohus kohtuotsuses Sandoz, lähtudes mõiste „kokkulepe" eriti laiast tõlgendusest, et „[t]oodete korduvad tellimused ja nende eest tasumine, ilma et klient vaidlustaks märkega „eksport keelatud" arvetel viidatud hindu, kujutab endast viimase vaikivat nõustumist [niisuguse piirava sättega]" [31]. Teiste sõnadega tunnistas Euroopa Kohus *isegi kontrollimata, kas asjaomased tooted seejärel tegelikult eksporditi või mitte,* teatavat „vaikiva nõustumise" vormi — ja leidis seega, et „leping" sõlmiti — ainult seepärast, et pärast kõnesoleva märke lisamist arvetele ei olnud hulgimüüjad seda märget vaidlustanud ja olid kaupa asjaomaselt ravimifirmalt korrapäraselt edasi tarninud.

47. Seega vastupidi komisjoni väitele ei nähtu äsja käsitletud kohtuotsustest, et tegemaks kindlaks, kas on olemas kokkulepe asutamislepingu artikli 81 lõike 1 tähenduses, piisab, kui tuvastatakse lihtsalt, et tootja võttis meetme kestvate ärisuhete raames oma edasimüüjatega ja/või need viimased osalevad teatavas turustussüsteemis. [32] Oluline on seevastu, et edasimüüjad oleksid andnud oma nõusoleku asjaomasele konkreetsele meetmele, kusjuures selle nõusoleku võib anda *ette* lepingusätetes (esimene tüüp)

29 — Eespool viidatud kohtuotsus Volkswagen, punkt 65.

30 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus BMW Belgium, punktid 28, 29 ja 37.

31 — Eespool viidatud kohtuotsus Sandoz, punkt 11. Vt ka hilisem, eespool viidatud kohtuotsus BAI ja komisjon *vs.* Bayer, punkt 142.

32 — Selles osas vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus BAI ja komisjon *vs.* Bayer, milles Euroopa Kohus märkis, et „lihtsalt asjaolu, et korraga on olemas iseenesest neutraalne leping ja ühepoolselt kehtestatud konkurentsi piirav meede, ei tähenda, et esineks kokkulepe, mis on nimetatud õigusnormi kohaselt keelatud. Seega ei piisa ainuüksi asjaolust, et tootja võetud meede, mille tagajärjeks on konkurentsi piiramine, asetub viimase ja tema hulgimüüjate kestvate ärisuhete konteksti, järeldamaks, et on olemas niisugune kokkulepe" (punkt 141).

või *hiljem* rohkem või vähem sõnaselge nõusoleku vormis (teine tüüp).

48. Teiste sõnadega ei pääse EÜ artikli 81 kohaldamisel mööda kontrollimisest, kas mingist käitumisest või meetmest huvitatud ettevõtjate puhul oli olemas ühine tahe. See poolte tahte ühtimine ei märgi tegelikult mitte ainult piiri EÜ artikli 81 ja EÜ artikli 82 kohaldamisalade vahel ning seega kokkulepete valdkonnas kohaldatava ja ühepoolseid meetmeid käsitleva korra vahel, vaid iseloomustab mõistet „kokkulepe" ennast.

49. Tulles nüüd käesoleva juhtumi juurde ja püüdes teha eespool esitatud analüüsist järeldused, tundub mulle kõigepealt, et Esimese Astme Kohtule ei saa ette heita, nagu teeb komisjon, et ta kohaldas EÜ artikli 81 lõiget 1 vääralt, nõudes, et tõendataks Saksa edasimüüjate tahet rahuldada Volkswageni konkreetsed hinnanõudmised vaatamata sellele, et need nõudmised asetusid kestvate ärisuhete konteksti, mida reguleeris eelnevalt sõlmitud edasimüügileping ja edasimüüjad olid valikulise turustussüsteemi liikmed. Nõudes selle „tõenda[mist], et edasimüüjad nõustusid tõesti [vaidlusaluste] üleskutsetega" [33], ei teinud Esimese Astme Kohus tegelikult muud, kui kohaldas põhimõtteid, mis tulenevad — nagu nägime – seda valdkonda käsitlevast ühenduse kohtupraktikast.

50. Selle tõendamiseks oleks komisjon võinud aga tugineda kahele erinevale lähenemisele vastavalt eespool kirjeldatud kohtupraktika suundadele.

51. Esimese puhul, mida võib nimetada formalistlikumaks, oleks apellatsioonkaebuse esitaja pidanud tõendama, et edasimüügilepingu sätted võimaldasid Volkswagenil võtta niisugust tüüpi meetmeid nagu kõnesolevad.

52. Teine, mida võib pidada tundlikumaks suhte iga üksiku poole tegeliku kaalu suhtes, keskendas analüüsi teisele aspektile: Saksa edasimüüjate konkreetsele käitumisele pärast seda, kui saadeti allahindlusi käsitlevad juhised. Komisjon oleks seega võinud püüda tõendada, et täites Volkswageni nõudmised või igal juhul nõustudes nendega ühel või teisel viisil, olid edasimüüjad vaikivalt väljendanud oma nõusolekut tootja uue poliitikaga.

33 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 59.

53. Lisan, et selle viimase lähenemise valimisega oleks võinud kaasneda mainitud kohtuotsusest Sandoz tuleneva kohtupraktika tähenduse ja ulatuse tõlgendamise delikaatne probleem. Seda seepärast, et oleks tulnud hinnata, kas komisjon võis tuletada edasimüüjate nõusoleku ainult nende (võimalikust) vaidlusalustele üleskutsetele vastu vaidlemata jätmisest või oleks ta vastupidi pidanud hindama ka seda, kas esineb elemente, millest on võimalik järeldada, et niisugune automaatne ja tegelikult veidi lihtsustav järeldus ei olnud käesoleval juhul põhjendatud.

54. Täpsustan siiski kohe, et käesoleva apellatsioonkaebuse analüüsimise raames ei pea Euroopa Kohus seda tüüpi probleeme arutama, sest komisjon ei valinud edasimüüjate nõusoleku tõendamiseks seda võimalust. Tuginedes oma analüüsis eranditult valikulise turustuslepingu olemasolule, mille allkirjastamine tähendas *juba ette* nõustumist vaidlusaluste meetmetega [34], leidis apellatsioonkaebuse esitaja lõpuks, et „ei ole vaja teha kindlaks, kas ja mil määral Volkswageni Saksa edasimüüjad tegelikult oma hinnakujundust ringkirjade ja hoiatuste põhjal muutsid (vaidlustatud otsuse punkt 68)" või kas nad jätsid vaidlusalustele üleskutsetele vastu vaidlemata. [35]

55. Jääb veel seega kontrollida, kas tegemist on teise eespool kirjeldatud tüübiga, nimelt kas komisjon võis tõesti tugineda kõnesolevale edasimüügilepingule, asumaks seisukohale, et Volkswagen ja tema Saksa edasimüüjad olid sõlminud hinnakokkuleppe.

56. Selles osas on Esimese Astme Kohus siiski juba omalt poolt tuvastanud, et allahindluste tegemise keeldu, mille autotootja oma edasimüüjatele kehtestas, ei saa seostada edasimüügilepingu ühegi sättega. [36] Niisugune tõdemus kujutab aga endast hinnangut tõendusliku väärtuse kohta, mis

34 — Lähenemine, mida komisjon kohtuistungil sõnaselgelt ka kinnitas.

35 — Vaidlustatud kohtuotsus, punktid 38 ja 39. Ja tegelikult viitab komisjon vaidlustatud otsuses poolte käitumisele (näiteks Volkswageni edasimüüjatele saadetud ähvardused, et kui nad ei järgi vaidlusaluseid üleskutseid, kaasnevad sellega õiguslikud tagajärjed) ainult selleks, et põhjendada oma väidet, mille kohaselt kuuluvad vaidlusalused üleskutsed „[edasimüügi] lepingu kohaldamisalasse" ja edasimüüjad nõustusid nendega seega *juba ette* (vt vaidlustatud otsus, punkt 66, ja vaidlustatud kohtuotsus, punkt 60). Lisaks ei saa tugineda ainult teatava näitliku arvu edasimüüjate käitumisele, millele komisjon viitab, tõendamaks ükskõik missuguses vormis nõustumist kõnesoleva *konkreetse* meetmega. Nagu nähtub otsusest endast, puudutas „edasimüüjate nõukogu" kriitika suurte allahindluste suhtes, mida mõned nendest tegid, „teist automudelit", nimelt Golf A4 ja mitte vaidlusaluste üleskutsete esemeks olevat mudelit Passat (vt vaidlustatud otsus, punktid 43 ja 67). Samamoodi mainib komisjon hinnakorra teemalisi arutelusid Volkswageni juhtkonna ja Volkswagen ja Audi edasimüüjate ühingu vahel, täpsustamata siiski, kuidas need lõppesid, ja eelkõige selgitamata, kas nende arutelude käigus käsitleti vaidlusaluste üleskutsete küsimust (vt vaidlustatud otsus, punktid 36–41).

36 — Vt vaidlustatud kohtuotsus, punktid 62–67.

tuleb omistada Esimese Astme Kohtule esitatud elementidele (eelkõige lepingusätetele, millele komisjon viitab). Tegemist on seega „faktilise asjaolu" kontrollimisega ja järelikult niisugust tüüpi hinnanguga, mida Euroopa Kohus saab väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kontrollida ainult siis, kui tõendeid on moonutatud.[37] Käesoleva apellatsioonkaebuse raames ei ole aga komisjon tuginenud sellisele moonutamisele.

57. Kui see asjaolu kõrvale jätta, tuleb siiski märkida, et Esimese Astme Kohtu käsitletava järelduse sisu näib mulle sisuliselt raskesti vaidlustatav. Nendin nimelt, et peale selle, et edasimüügilepingu artikkel 2 (vt punkt 2 eespool) — millega võib komisjoni arvates seostada vaidlusalused üleskutsed — on sõnastatud neutraalselt, ei käsitlenud tegelikult hinnapoliitikat, samal ajal kui selles oli konkreetselt ette nähtud, et terve rea turustuspoliitika aspektide osas (näiteks varuosade hankimine, müügijärgne teenindus, reklaam, väljaõpe jne) peavad edasimüüjad „järgi[ma] kõiki [...] nõudeid", mis autotootja on kehtestanud.

58. Veelgi enam, kõnesoleva meetme välistas lisaks sõnaselgelt üks lepingu käesoleval juhul asjakohastest sätetest, nimelt artikkel 8, mille kohaselt võis Volkswagen anda ainult „lõpphinna ja allahindluste suhtes hinnasoovitusi, mis *ei ole* siduvad".

59. Just asjaolu, et vaidlusaluseid üleskutseid ei olnud edasimüügilepinguga kuidagi ette nähtud või lubatud, eristab käesolevat kohtuasja seega minu arvates selgelt eespool mainitud kohtupretsedentidest, milles Euroopa Kohus leidis, et tootja võetud meede oli hõlmatud edasimüügilepingu allkirjastamisega (vt punktid 42–44 eespool).

60. Kõigest sellest tuleneb minu arvates, et Esimese Astme Kohus leidis õigesti, et „komisjon ei tõendanud vaidlustatud otsuses [Volkswageni] ja tema edasimüüjate ühist tahet vaidlusaluste üleskutsete osas"[38], millest tulenevalt tehti vaidlustatud otsus EÜ artikli 81 lõiget 1 rikkudes.

61. Teen seega Euroopa Kohtule ettepaneku jätta käesolev apellatsioonkaebus rahuldamata.

37 — 28. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/95 P: Deere *vs.* komisjon (EKL 1998, lk I-3111, punktid 21 ja 22). Vt samas tähenduses mh ka 21. juuni 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-280/99 P–C-282/99 P: Moccia Irme jt *vs.* komisjon (EKL 2001, lk I-4717, punkt 78); 8. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-122/01 P: T. Port *vs.* komisjon (EKL 2003, lk I-4261, punkt 27); 7. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-204/00 P, C-205/00 P, C-212/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt *vs.* komisjon (EKL 2004, lk I-123, punktid 47–49) ja 9. juuli 2004. aasta määrus kohtuasjas C-116/03: Fichtner *vs.* komisjon (kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 33).

38 — Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 68.

III. Kohtukulud

62. Kodukorra artikli 69 lõike 2 alusel ja ning arvestades järeldust, et apellatsioonkaebus tuleb tagasi lükata, leian, et kohtukulud tuleb välja mõista komisjonilt.

IV. Ettepanek

63. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku teha järgmine otsus:

— jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja Euroopa Ühenduste Komisjonilt.