

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

3 december 2003 *

In zaak T-208/01,

Volkswagen AG, gevestigd te Wolfsburg (Duitsland), vertegenwoordigd door
R. Bechtold, advocaat,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls
als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

betreffende, primair, een verzoek tot nietigverklaring van beschikking 2001/711/EG van de Commissie van 29 juni 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (PB L 262, blz. 14), en, subsidiair, een verzoek tot verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: V. Tiili, kamerpresident, P. Mengozzi en M. Vilaras, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 juni 2003,

het navolgende

Arrest

Feiten

- 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 artikel 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 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”.
- 3 Op 17 juli 1997 en 8 oktober 1998 heeft de Commissie naar aanleiding van een klacht van een koper, verzoekster op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), verzocht om inlichtingen over haar prijsbeleid, met name over de vaststelling van de verkoopprijs van het automodel Volkswagen Passat in Duitsland. Verzoekster heeft op deze verzoeken op respectievelijk 22 augustus 1997 en 9 november 1998 geantwoord.

- 4 Op 22 juni 1999 heeft de Commissie op basis van de verschaftte gegevens verzoekster een mededeling van punten van bezwaar doen toekomen waarin zij haar verweet, artikel 81, lid 1, EG te hebben geschonden omdat zij met de Duitse dealers van haar distributienetwerk een consequente prijsdiscipline bij de verkoop van het model Volkswagen Passat was overeengekomen.

- 5 De Commissie wees daarin met name op drie circulaires die verzoekster op respectievelijk 26 september 1996 en 17 april en 26 juni 1997 aan haar Duitse dealers had gericht, en op vijf brieven die aan enkele dealers waren gericht op respectievelijk 24 september, 2 en 16 oktober 1996, 18 april 1997 en 13 oktober 1998 (hierna tezamen genoemd: „litigieuze verzoeken”).

- 6 Bij brief van 10 september 1999 heeft verzoekster op deze mededeling van punten van bezwaar geantwoord en meegedeeld dat de feiten die erin werden beschreven in hoofdzaak klopten. Verzoekster heeft niet verzocht te worden gehoord.

- 7 Op 15 januari en 7 februari 2001 heeft de Commissie verzoekster twee nieuwe verzoeken om inlichtingen gestuurd, waarop deze op respectievelijk 30 januari en 21 februari 2001 heeft geantwoord.

- 8 Op 6 juli 2001 heeft de Commissie verzoekster in kennis gesteld van haar beschikking 2001/711/EG van 29 juni 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (PB L 262, blz. 14; hierna: „bestreden beschikking”).

9 De bestreden beschikking bepaalt het volgende:

„Artikel 1

[Volkswagen] heeft inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag door de verkoopprijzen voor het model VW Passat vast te stellen. Volkswagen AG heeft dit gedaan door haar Duitse dealers dringend te verzoeken bij verkoop van dit model geen of slechts beperkte kortingen aan afnemers toe te staan.

Artikel 2

Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk wordt [Volkswagen] een geldboete van 30,96 miljoen EUR opgelegd.

[...]

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot [Volkswagen], D-38436 Wolfsburg [...]"

Procesverloop

- 10 Bij op 10 september 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

- 11 Op 25 februari 2002 heeft de Commissie ter griffie van het Gerecht haar memorie van dupliek neergelegd, derhalve vier dagen na het verstrijken van de voor het indienen van de dupliek vastgestelde termijn, zonder van tevoren verlenging van deze termijn te hebben gevraagd en verkregen noch omstandigheden te hebben aangevoerd die het overschrijden van deze termijn rechtvaardigden. Bijgevolg heeft het Gerecht deze memorie terzijde gelegd als zijnde te laat ingediend.

- 12 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

- 13 Ter terechtzitting van 18 juni 2003 zijn partijen in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

Conclusies van partijen

- 14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de in artikel 2 van de bestreden beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

15 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

In rechte

16 Verzoekster merkt primair op dat de bestreden beschikking moet worden nietig verklaard op grond dat verzoekster geen inbreuk heeft gemaakt op artikel 81, lid 1, EG. In de eerste plaats is er tussen haar en haar Duitse dealers geen overeenkomst in de zin van deze bepaling gesloten. In de tweede plaats konden de litigieuze verzoeken, gesteld dat zij het voorwerp van een overeenkomst zijn geweest, de handel tussen de lidstaten niet en zeker niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden, zodat artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing is. Subsidiair verzoekt verzoeksters om verlaging van de geldboete die haar bij de bestreden beschikking is opgelegd.

- 17 Allereerst moet het primaire verzoek, tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, worden onderzocht en, in dat verband, het middel van verzoekster volgens hetwelk ter zake van de litigieuze verzoeken geen overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, tussen haar en haar Duitse dealers is gesloten.

Argumenten van partijen

- 18 Verzoekster merkt in de eerste plaats op, dat volgens vaste rechtspraak de wilsovereenstemming tussen ondernemingen het kernelement van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormt. Daarom vallen eenzijdige maatregelen die zijn genomen zonder instemming van degene tot wie zij zijn gericht, niet onder deze bepaling. Zij zijn slechts bij uitzondering verboden, namelijk wanneer zij enkel de schijn van eenzijdigheid hebben en degene tot wie zij zijn gericht er stilzwijgend mee instemt. Dat is ook het geval in het kader van selectieve distributie (arresten Hof van 12 juli 1979, BMW België/Commissie, 32/78, 36/78—82/78, Jurispr. blz. 2435; hierna: „arrest BMW België”; 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151; hierna: „arrest AEG”; 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, C-277/87, Jurispr. blz. I-45; hierna: „arrest Sandoz”, en 8 februari 1990, Tipp-Ex/Commissie, C-279/87, Jurispr. blz. I-261; arrest Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punten 71 e.v., 162, 167, 169 et 170; hierna: „arrest Bayer”).
- 19 Ten onrechte dus beweert de Commissie in punt 62 van de bestreden beschikking dat eenzijdige verzoeken van een fabrikant een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormen wanneer zij „ten doel hebben de dealer te beïnvloeden” bij de uitvoering van zijn contract, en concludeert zij op grond daarvan dat er in casu van een dergelijke overeenkomst sprake is. Daarmee tracht de Commissie een nieuwe juridische benadering op te leggen, die niet alleen het begrip overeenkomst verruimt, maar ook de regels ter zake van de bewijslast in haar voordeel wijzigt. Volgens deze benadering kan voortaan een poging tot beïnvloeding een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG vormen. In werkelijkheid doen

noch het arrest van het Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie (T-62/98, Jurispr. blz. II-2707; hierna: „arrest Volkswagen”), waarop de Commissie zich baseert, noch de arresten van het Hof van 17 september 1985, Ford/Commissie (25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725; hierna: „arrest Ford”), en 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Jurispr. blz. I-3439; hierna: „arrest BMW”), waarnaar het arrest Volkswagen verwijst, afbreuk aan de rechtspraak volgens welke alles ervan afhangt of er een, stilzwijgende dan wel uitdrukkelijke, instemming bestaat.

- 20 Verzoekster merkt vervolgens op dat artikel 81, lid 1, EG, eveneens volgens vaste rechtspraak, slechts op schijnbaar eenzijdige handelingen van toepassing kan zijn wanneer deze zich in de contractuele verhoudingen „invoegen”, dat wil zeggen wanneer zij op grond van de eensluidende uitlegging van beide contractpartijen met de bestaande contractuele verhoudingen verenigbaar zijn. Alleen dan kan er sprake zijn van „concretisering” van de contractuele verhoudingen waarvan de Commissie spreekt. Het is dus niet voldoende dat de verzoeken van een fabrikant aansluiten bij een bestaande contractuele verhouding, noch dat deze fabrikant in zijn verzoeken naar de dealerovereenkomst verwijst.
- 21 Verzoekster merkt op dat een dealer die zich bij een distributienet aansluit, zijn instemming met een verkoopbeleid slechts kan laten blijken voorzover dit reeds is vastgesteld. Dit beleid kan slechts achteraf worden gewijzigd indien en voorzover in de overeenkomst een dienovereenkomstig voorbehoud is gemaakt. Wanneer daarvan geen sprake is, dient de overeenkomst door beide partijen te worden gewijzigd. De litigieuze verzoeken, waarvan een aantal overigens slechts van een verkoopdirecteur van verzoekster afkomstig was, die daarvoor briefpapier met zijn eigen briefhoofd gebruikte, zijn niet alleen objectief onverenigbaar met de dealerovereenkomst, met name artikel 8, lid 1, daarvan, dat slechts in adviesprijzen voorziet, maar ook als zodanig door de dealers opgevat, hetgeen ook in het bijzonder blijkt uit de reacties van de dealers Binder en Rütz. De beweringen van de Commissie dat deze bepaling van de overeenkomst niet waarborgt dat verzoekster zich zal onthouden van dwingende prijsinstructies in het kader van artikel 2, lid 1, van deze overeenkomst, of dat uit het feit dat een gedraging in strijd is met artikel 81, lid 1, EG, niet kan worden afgeleid dat een algemeen

voorbehoud in een overeenkomst er niet op van toepassing is, zijn onverenigbaar met de uitleggingsmethodes voor overeenkomsten. Om dezelfde redenen kan de Commissie niet suggereren dat de dealerovereenkomst een impliciet voorbehoud bevatte dat het mogelijk maakte de prijzen vast te stellen. Voorzover bovendien sommige van de litigieuze verzoeken gepaard zouden zijn gegaan met de bedreiging de dealerovereenkomst op te zeggen, houdt zulks geenszins in dat deze overeenkomst de objectieve grondslag van de verzoeken vormde.

- 22 Volgens verzoekster heeft de Commissie dus ten onrechte gesteld dat de vraag of de dealers de prijsvorming naar aanleiding van de litigieuze verzoeken daadwerkelijk hadden gewijzigd, kon worden opengelaten en dat nadere vaststellingen in dit verband niet nodig waren. Het bestaan van een overeenkomst kon immers alleen maar worden aangenomen wanneer de dealers met de litigieuze verzoeken hadden ingestemd en — in ieder geval waar het het bewijs voor deze instemming betreft — ook hun prijsgedrag hadden gewijzigd.
- 23 Verzoekster merkt ten slotte met betrekking tot het gedrag van de dealers naar aanleiding van de litigieuze verzoeken op, dat ofschoon zij zelf niet in staat is te bewijzen dat deze het prijsgedrag van de dealers niet hebben beïnvloed, de door de Commissie in de bestreden beschikking aangehaalde cijfers bij lange na geen beduidende wijzigingen in dit gedrag, maar juist een toename van de kortingen laten zien. Verzoekster stelt voor hierover een getuige te horen en maakt gewag van cijfers die zouden aantonen dat de dealers meer kortingen zijn gaan verlenen.
- 24 De Commissie is harerzijds van mening dat de litigieuze verzoeken een onderdeel van de dealerovereenkomst zijn gaan vormen en derhalve overeenkomsten zijn in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

- 25 Primair merkt de Commissie in de eerste plaats op dat het volgens de arresten AEG, Ford, BMW en Volkswagen, althans bij selectieve-distributiesystemen als het onderhavige, niet nodig is de instemming met een verzoek van de fabrikant af te leiden uit het gedrag van de dealer in het kader van dit verzoek (bijvoorbeeld na ontvangst ervan). Deze instemming moet in beginsel worden geacht op grond van de loutere toetreding van de dealer tot het distributienet te zijn verkregen. Zij wordt dus verondersteld op voorhand door de dealer te zijn gegeven. Volgens de Commissie doen de door verzoekster aangehaalde arresten aan deze rechtspraak, die als grondslag voor de bestreden beschikking dient, juist geen afbreuk.
- 26 Volgens de Commissie is het niet noodzakelijk dat een distributieovereenkomst een clause met een uitdrukkelijk voorbehoud bevat om een verzoek van de fabrikant als een onderdeel van de overeenkomst te kunnen beschouwen. Doorslaggevend is het doel van het verzoek, te weten de dealers bij de uitoefening van genoemde overeenkomst te beïnvloeden. Het onrechtmatige beleid dat een fabrikant in het kader van een rechtmatige distributieovereenkomst heeft vastgesteld, kan aldus een onderdeel van de overeenkomst worden zonder dat deze een uitdrukkelijk voorbehoud in die zin hoeft te bevatten. Er wordt immers van uitgegaan dat de dealer, door zich bij het distributiesysteem aan te sluiten, op voorhand zijn goedkeuring hecht aan het distributiebeleid van de fabrikant, dat uiteraard op het moment van toetreding van de dealer niet tot in de kleinste details voorzienbaar is. Deze beginselen gelden eveneens voor het beleid van de fabrikant ter zake van wederverkooprijzen. De arresten AEG en Ford bevestigen deze stelling.
- 27 Subsidiair en voor het geval mocht worden aangenomen dat een bepaling met een uitdrukkelijk voorbehoud noodzakelijk is, dient volgens de Commissie artikel 2, lid 1 of 6, van de dealerovereenkomst als een dergelijke bepaling te worden beschouwd. Aan dit oordeel wordt geen afbreuk gedaan door de argumenten die verzoekster naar voren brengt met betrekking tot de reikwijdte van artikel 8, lid 1, van de dealerovereenkomst, het ontbreken van een bepaling in deze overeenkomst die in sancties voorziet voor het geval de aanbevelingen van de fabrikant niet in acht worden genomen, en het feit dat artikel 2, lid 1 of 6, van genoemde overeenkomst slechts in een aantal van de litigieuze uitnodigingen wordt genoemd.

- 28 In haar verweerschrift brengt de Commissie tot slot naar voren dat het feitelijke gedrag van partijen naar aanleiding van de litigieuze uitnodigingen aangeeft dat zij de litigieuze verzoeken als een onderdeel van de dealerovereenkomst beschouwden. De argumenten van verzoekster ter zake van de uitleg die aan de reacties van de dealers Binder en Rütz op de litigieuze verzoeken moet worden gegeven en ter zake van het feit dat een aantal uitnodigingen afkomstig zou zijn geweest van een verkoopdirecteur van verzoekster, die daarvoor zijn eigen briefpapier zou hebben gebruikt, laten dit oordeel onverlet.
- 29 De Commissie brengt echter in herinnering dat de in de bestreden beschikking gewraakte overeenkomst uitsluitend is gebaseerd op de litigieuze verzoeken, aangezien de dealers reeds vooraf hun instemming hadden verleend, en wel door hun toetreding tot het distributiesysteem. Het doet er derhalve weinig toe dat de dealers ook achteraf nog eens met de litigieuze verzoeken hebben ingestemd door hun feitelijk prijsgedrag. Deze vraag kan worden opengelaten (punt 68 van de bestreden beschikking). Alle overwegingen van verzoekster dienaangaande zijn dus irrelevant.

Beoordeling door het Gerecht

- 30 Volgens vaste rechtspraak volstaat het voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, dat de betrokken ondernemingen hun gemeenschappelijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen (zie in die zin arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78—215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256, en arrest Bayer, punt 67).

- 31 Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat het dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten ACF Chemiefarma/Commissie, punt 112; Van Landewyck e.a./Commissie, punt 86, en arrest Bayer, punt 68).
- 32 Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, zoals uitgelegd in de rechtspraak, is dus het bestaan van wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, mits deze de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is (arrest Bayer, punt 69).
- 33 Uit de rechtspraak volgt eveneens, dat een besluit van de fabrikant, dat een eenzijdige handelwijze van de onderneming vormt, ontsnapt aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG (zie in die zin arrest AEG, punt 38; arrest Ford, punt 21; arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 56, en arrest Bayer, punt 66).
- 34 In bepaalde omstandigheden zijn schijnbaar eenzijdig door de fabrikant vastgestelde of opgelegde maatregelen in het kader van de betrekkingen van lange duur die deze onderhoudt met zijn dealers, aangemerkt als een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG (arrest BMW België, punten 28-30; arrest AEG, punt 38; arrest Ford, punt 21; arrest Sandoz, punten 7-12; arrest BMW, punten 16 en 17, en arrest Bayer, punt 70).
- 35 Uit deze rechtspraak volgt, dat onderscheid moet 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 (arrest Bayer, punt 71).

- 36 Uit deze rechtspraak volgt echter eveneens, 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 (zie in die zin arrest BMW België, punten 28-30; arrest AEG, punt 38; arrest Ford, punt 21; arrest Sandoz, punten 7-12, en arrest Bayer, punt 72).
- 37 In het licht van deze rechtspraak moet worden onderzocht of de Commissie in de bestreden beschikking het bewijs heeft geleverd van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG tussen verzoekster en haar dealers ter zake van de litigieuze verzoeken.
- 38 In dit verband dient allereerst te worden geconstateerd dat niet is vastgesteld dat aan de litigieuze verzoeken inderdaad uitvoering is gegeven. De Commissie verklaart dit onder meer in punt 74 van de bestreden beschikking, in de volgende bewoordingen:

„Onder de in het onderhavige geval gegeven omstandigheden is het nauwelijks mogelijk vast te stellen wat het gedrag van de dealer juist is geweest [...]”

- 39 Het Gerecht stelt vervolgens vast dat, zoals in wezen uit punt 60 van de bestreden beschikking volgt, het argument dat de Commissie primair naar voren brengt om het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG vast te stellen, inhoudt dat het litigieuze distributiebeleid van verzoekster door de dealers stilzwijgend is aanvaard bij de ondertekening van de dealerovereenkomst. Bijgevolg is volgens de Commissie de vraag „[o]f en in hoeverre de Duitse Volkswagen-dealers hun prijsvorming op grond van de circulaires en aanmaningen daadwerkelijk hebben gewijzigd, [...] nog niet duidelijk” (punt 68 van de bestreden beschikking).
- 40 De Commissie herhaalt haar stellingname in punt 8 van haar verweerschrift, waar zij stelt dat het „in ieder geval bij selectieve-distributiesystemen als het onderhavige, niet nodig is de instemming met een verzoek van de fabrikant af te leiden uit het gedrag van de dealer in het kader van dit verzoek (bijvoorbeeld na ontvangst ervan)”. Volgens de Commissie moet „deze instemming in beginsel worden geacht reeds op grond van de toetreding van de dealer tot het distributienet te zijn verkregen” en wordt „zij dus verondersteld op voorhand door de dealer te zijn gegeven”. Het doet er weinig toe, zo vervolgt de Commissie in hoofdzaak, of de overeenkomst al dan niet een bepaling met een uitdrukkelijk voorbehoud bevat die een verzoek als de litigieuze verzoeken mogelijk maakt. Wanneer een dergelijk beding ontbreekt, zou dit verzoek echter een onderdeel van de overeenkomst kunnen worden en daarin worden „opgenomen”. Doorslaggevend is het doel van dit verzoek, te weten de dealers bij de uitoefening van genoemde overeenkomst te beïnvloeden (punten 11 en 12 van het verweerschrift).
- 41 Dezelfde opvatting wordt tot uitdrukking gebracht in punt 62 van de bestreden beschikking, waarin de Commissie het arrest Volkswagen (punt 236) aanhaalt en vermeldt dat „aan dealers gerichte aanmaningen van de fabrikant reeds een overeenkomst inhouden wanneer zij ,(ertoe strekken) de [...] dealers bij de uitvoering van hun overeenkomst met (de producent of de importeur) te beïnvloeden”.
- 42 Het Gerecht stelt ten slotte vast dat de Commissie in het geheel niet heeft gesteld dat de dealerovereenkomst, met name artikel 2, lid 1 of 6, en artikel 8, lid 1, daarvan, in strijd is met het mededingingsrecht.

- 43 Uit de voorgaande vaststellingen volgt dat de in punt 15 van het verweerschrift duidelijk herhaalde stelling van de Commissie neerkomt op de bewering dat een dealer die een met het mededingingsrecht strokende dealerovereenkomst heeft getekend, wordt geacht bij en door deze ondertekening vooraf een latere, onrechtmatige ontwikkeling van deze overeenkomst te hebben aanvaard, ook wanneer de dealer, juist omdat de overeenkomst strookte met het gemeenschapsrecht, een dergelijke ontwikkeling niet kon voorzien.
- 44 Deze stelling van de Commissie, die de voornaamste grondslag voor de bestreden beschikking vormt en op basis waarvan de Commissie het irrelevant acht of de dealers van verzoekster daadwerkelijk met de litigieuze verzoeken hebben ingestemd toen zij er kennis van hadden genomen, dat wil zeggen nadat zij hun waren toegezonden, gaat niet op.
- 45 Het is immers 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. Daarentegen moet worden ontkend, dat een onrechtmatige contractuele ontwikkeling kan worden geacht vooraf, bij en door de ondertekening van een rechtmatige distributieovereenkomst, te zijn aanvaard. In dat geval kan de instemming met de onrechtmatige contractuele ontwikkeling immers pas plaatsvinden nadat de dealer kennis heeft genomen van de door de fabrikant beoogde ontwikkeling.
- 46 Bijgevolg beweert de Commissie in de onderhavige zaak ten onrechte, dat de dealers van verzoekster door ondertekening van de dealerovereenkomst hebben ingestemd met de litigieuze verzoeken. Een dergelijke bewering is in strijd met artikel 8, lid 1, EG, zoals uitgelegd in de hiervóór in de punten 30 tot en met 36 aangehaalde rechtspraak, volgens welke het bewijs van wilsovereenstemming vereist is.

- 47 Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie de rechtspraak waarop zij zich ter ondersteuning van haar stelling beroept, onjuist uitlegt wanneer zij stelt dat het volgens de arresten AEG, Ford, BMW en Volkswagen, in ieder geval bij selectieve-distributiesystemen als het onderhavige, niet nodig is de instemming met een verzoek van de fabrikant af te leiden uit het gedrag van de dealer in het kader van dit verzoek (bijvoorbeeld na ontvangst ervan), en dat deze instemming in beginsel reeds op grond van de toetreding van de dealer tot het distributienet moet worden geacht te zijn verkregen.
- 48 In tegenstelling tot hetgeen de Commissie opmerkt, stelt het Hof in het arrest AEG immers uitdrukkelijk vast dat de dealers met de mededingingsversturende gedragingen van AEG hebben ingestemd, waar het vermeldt dat „wanneer een handelaar in het distributiestelsel wordt opgenomen, [...] zijn toelating [berust] op de uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding door de contractanten van de door AEG gevoerde politiek, die onder meer inhoudt dat handelaren die wel aan de toelatingsvoorwaarden voldoen, doch niet bereid zijn met deze politiek in te stemmen, van het dealernet worden uitgesloten”.
- 49 Het Hof heeft met andere woorden in het arrest AEG niet geopperd dat de instemming van de dealers met het mededingingsversturende beleid van AEG een vooraf, bij de ondertekening van de overeenkomst, gegeven instemming met een nog onbekend beleid van de fabrikant vormde.
- 50 Daar komt bij dat de opmerking in punt 38 van het arrest AEG dat de gedraging van AEG geen eenzijdige gedraging is, maar „valt [...] binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen die de onderneming met haar wederverkopers onderhoudt”, geen peremptoire verklaring is, maar berust op de voorafgaande vaststelling door het Hof dat de handelaren hadden ingestemd met deze gedraging, die per definitie bedoelde contractuele verhoudingen beoogde te beïnvloeden.

- 51 In het arrest Ford had het geding geen betrekking op de vraag of de dealers al dan niet hadden ingestemd met de mededingingsversturende circulaire die Ford aan hen had gericht. Vast stond immers dat Ford de circulaire was gaan toepassen en dat de dealers er zich, ondanks protesten, naar hadden geschikt. In geding was de vraag of deze circulaire, door partijen toegepast, voor het onderzoek van de Ford-dealerovereenkomst in het licht van artikel 81, lid 1, EG en met het oog op een eventuele ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG, al dan niet aan deze overeenkomst kon worden gekoppeld. Tegen deze achtergrond heeft het Hof, na te hebben geoordeeld dat de litigieuze circulaire verbonden was met de dealerovereenkomst (bijlage I bij deze overeenkomst), kunnen concluderen dat de Commissie daar bij haar onderzoek van deze overeenkomst met het oog op een eventuele vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, EG rekening mee mocht houden (arrest Ford, punten 20, 21 en 26).
- 52 Het Gerecht is van oordeel dat het arrest BMW, gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag, in casu niet rechtstreeks relevant is. In die zaak ging het immers niet zozeer om de vraag, of er daadwerkelijk een akkoord tussen BMW en haar dealers tot stand was gekomen over de inhoud van de door BMW aan deze dealers gerichte circulaire, als wel om de vraag of het betrokken verzoek, in de veronderstelling dat daarmee was ingestemd zodat sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, viel onder de relevante vrijstellingsverordening, te weten verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, EEG-Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB 1985, L 15, blz. 16).
- 53 In de zaak die tot het arrest Volkswagen heeft geleid, blijkt duidelijk zowel uit de beschikking van de Commissie als uit het arrest van het Gerecht in die zaak (zie punt 236 van het arrest Volkswagen, gelezen in samenhang met de punten waarnaar daarin wordt verwezen), dat door het Hof in zijn arrest van 18 september 2003, Volkswagen/Commissie (C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189), is bevestigd, dat de initiatieven van de fabrikant inderdaad effect hadden gehad, aangezien de Italiaanse dealers zich ernaar hadden gericht en dus hadden geweigerd aan hun buitenlandse klanten te verkopen. Dat de dealers van Volkswagen met de mededingingsversturende initiatieven van de fabrikant hadden ingestemd, leed in deze zaak dus geen twijfel.

- 54 De in het arrest Volkswagen gekozen oplossing om het tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie aangevoerde middel inzake het beweerdelijk eenzijdige karakter van de initiatieven van Volkswagen af te wijzen, was dus gebaseerd op de overweging, dat de tenuitvoerlegging van de initiatieven van de fabrikant als instemming was te beschouwen.
- 55 Uit deze analyse van de arresten AEG, Ford, BMW en Volkswagen volgt dat de Commissie deze arresten ten onrechte aanhaalt ter ondersteuning van haar stelling, dat door ondertekening van een distributieovereenkomst per definitie ontegenzeggelijk stilzwijgend wordt ingestemd met eventuele onrechtmatige ontwikkelingen van deze overeenkomst.
- 56 Bovendien moet worden opgemerkt dat het standpunt van de Commissie in de onderhavige zaak duidelijk wordt ondergraven door de arresten Sandoz, BMW België, Bayer en het reeds aangehaalde arrest Tipp-Ex/Commissie, waarnaar verzoekster verwijst. Deze arresten bevestigen immers allemaal 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. Overeenkomstig de hiervóór in de punten 30 en 31 aangehaalde rechtspraak, moet een dergelijke wilsovereenstemming bovendien betrekking hebben op een bepaald gedrag, waarvan partijen derhalve op de hoogte moeten zijn wanneer zij ermee instemmen.
- 57 Anders dan de Commissie beweert, volgt uit de rechtspraak overigens 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.

- 58 Een verzoek gaat daarentegen vooral deel uitmaken van een bestaande overeenkomst, wanneer met dit verzoek, dat uiteraard de dealers bij de uitvoering van de overeenkomst beoogt te beïnvloeden, op de een of andere wijze door de dealers daadwerkelijk wordt ingestemd.
- 59 De Commissie heeft er in casu genoeg mee genomen op te merken dat de litigieuze verzoeken, zoals evident was, beoogden de dealers bij de uitvoering van hun contract te beïnvloeden. Zij heeft het niet pertinent geacht te bewijzen dat de dealers daadwerkelijk met deze verzoeken hebben ingestemd toen zij ervan in kennis waren gesteld, maar ten onrechte gemeend dat de ondertekening van de — rechtmatige — overeenkomst een stilzwijgende voorafgaande instemming met die verzoeken inhield. Derhalve moet worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft bewezen dat er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG.
- 60 In dit verband moet worden vastgesteld dat de punten 66 en 67 van de bestreden beschikking, die zijn gewijd aan een onderzoek van de gedragingen, geschriften en verklaringen van partijen, geenszins beogen te bewijzen dat de aandeelhouders met de litigieuze verzoeken hebben ingestemd toen zij er kennis van kregen. In deze punten tracht de Commissie slechts haar uitlegging van de overeenkomst te onderbouwen — die in de punten 63 tot en met 65 van de bestreden beschikking tot uitdrukking is gebracht en die het hieronder onderzochte subsidiaire argument van de Commissie vormt — volgens welke de litigieuze uitnodigingen en de dealerovereenkomst in ieder geval door artikel 2, lid 1 of 6, van deze overeenkomst organiek met elkaar verbonden zijn. In deze zin moet ook de bewering van de Commissie in punt 29 van haar verweerschrift worden begrepen, dat de aandeelhouders de litigieuze uitnodigingen als „onderdeel” van de overeenkomst beschouwden.
- 61 Subsidiair merkt de Commissie op dat, zo mocht worden geoordeeld dat slechts indien in de dealerovereenkomst een voorbehoud was opgenomen, zou kunnen worden vastgesteld dat de litigieuze verzoeken in die overeenkomst zijn opge-

nomen, artikel 2, lid 1 of 6, van deze overeenkomst als een dergelijk voorbehoud moet worden beschouwd. De Commissie merkt op dat artikel 8, lid 1, van de overeenkomst niet tot doel heeft artikel 2, lid 1 of 6, te beperken door te beletten dat het van toepassing is op dwingende verzoeken ter zake van verkoopprijzen.

- 62 Dit subsidiaire argument faalt.
- 63 Artikel 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”, kan slechts aldus 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.
- 64 Ook artikel 8, lid 1, van de dealerovereenkomst is neutraal geformuleerd en zelfs eerder nog in bewoordingen die Volkswagen verbieden om bindende prijsaanbevelingen te doen uitgaan.
- 65 Het feit dat de Commissie in punt 65 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt dat artikel 8, lid 1, van de dealerovereenkomst niet betekent „dat de dealers een specifieke garantie hebben dat de fabrikant ook in de toekomst zal afzien van het bepalen van bindende prijzen [...]”, beklemtoint slechts dat het hier gaat om een neutrale bepaling, die geenszins dwingende maatregelen aankondigt.

- 66 Het Gerecht merkt tot slot op dat het feit dat Volkswagen zich in de litigieuze verzoeken beroept op artikel 2 van de dealerovereenkomst, niet betekent dat deze verzoeken objectief gezien op dit artikel zijn gebaseerd. 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 mededingingsversturende ontwikkeling van de overeenkomst werd beoogd.
- 67 Blijkens het voorgaande faalt het subsidiaire argument van de Commissie, dat artikel 2, lid 1 of 6, van de dealerovereenkomst het relevante voorbehoud vormt waardoor met de litigieuze verzoeken bij het sluiten van genoemde overeenkomst is ingestemd.
- 68 Uit bovenstaande overwegingen volgt dat de Commissie in de bestreden beschikking niet het bewijs heeft geleverd van wilsovereenstemming tussen verzoekster en haar dealers ter zake van de litigieuze verzoeken. Daaruit volgt dat de bestreden beschikking is vastgesteld in strijd met artikel 81, lid 1, EG en derhalve moet worden nietig verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over het andere door verzoekster naar voren gebrachte middel tot nietigverklaring, noch over het subsidiaire verzoek, strekkende tot verlaging van de geldboete.

Kosten

- 69 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig verzoekers vordering in de kosten worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart beschikking 2001/711/EG van de Commissie van 29 juni 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) nietig.

- 2) Verwijst de Commissie in de kosten.

Tiili

Mengozzi

Vilaras

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 december 2003.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

V. Tiili