CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO TIZZANO presentate il 17 novembre 2005 [1]

1. Con sentenza 3 dicembre 2003, causa T-208/01, Volkswagen AG/Commissione (in prosieguo: la «sentenza impugnata»), il Tribunale di primo grado ha annullato la decisione 2001/711/CE della Commissione, del 29 giugno 2001, relativa ad «un procedimento a norma dell'art. 81 del Trattato CE» (in prosieguo: la «decisione impugnata») [2], che sanzionava Volkswagen per aver concluso con i concessionari appartenenti alla sua rete distributiva tedesca un'intesa finalizzata alla fissazione del prezzo di rivendita delle autovetture modello Passat. La Commissione vi chiede ora di annullare tale sentenza.

I — Fatti e procedura

A — *I fatti all'origine della controversia*

2. Nella sentenza impugnata il quadro fattuale all'origine della controversia è descritto come segue:

«1. La Volkswagen AG (in prosieguo: la "Volkswagen" o la "ricorrente") è la società capogruppo, nonché la maggiore impresa, del gruppo Volkswagen, attivo nel settore della produzione di automobili. Gli autoveicoli prodotti dalla ricorrente vengono venduti nella Comunità tramite concessionari, con i quali la ricorrente ha stipulato un contratto di concessione, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettivo ed esclusivo.

2. A norma dell'art. 4, n. 1, del contratto di concessione, nelle versioni del settembre 1995 e del gennaio 1998, la Volkswagen assegna ai concessionari una zona contrattuale per il programma di vendita e per il servizio clienti. Il concessionario assume come contropartita l'impegno di promuovere in maniera intensiva la vendita e il servizio clienti nella zona di propria competenza e di sfruttare in maniera ottimale il potenziale del mercato. Ai sensi dell'art. 2, n. 6 (versione del gennaio 1989) o n. 1 (versioni del settembre 1995 e del gennaio 1998) del contratto di concessione, il concessionario s'impegna a "rappresentare e a promuovere in ogni modo gli interessi della Volkswagen, dell'organizzazione distributiva Volkswagen e del marchio Volkswagen". È inoltre pattuito che "[i]n questo conte-

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — Decisione 2001/711/CE, del 29 giugno 2001, in un procedimento a norma dell'art. 81 del Trattato CE (Caso COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (GU L 262, pag. 14).

sto il concessionario rispetta tutte le esigenze volte al raggiungimento dello scopo contrattuale per quanto riguarda la distribuzione di automobili Volkswagen nuove, il rifornimento di pezzi di ricambio, il servizio clientela, la promozione delle vendite, la pubblicità e la formazione, nonché la garanzia del livello di prestazioni per i vari settori di attività Volkswagen". Infine, a norma dell'art. 8, n. 1, del contratto di concessione "[la Volkswagen] dà indicazioni non vincolanti per quanto riguarda i prezzi per i consumatori finali e gli sconti".

B — *La decisione impugnata*

3. A seguito della denuncia di un acquirente di automobili, la Commissione ha avviato un'indagine amministrativa per accertare eventuali violazioni dell'art. 81, n. 1, CE in relazione alla fissazione del prezzo di rivendita del modello Volkswagen Passat in Germania. Al termine dell'indagine, la Commissione ha adottato la decisione impugnata, con la quale:

— ha accertato che Volkswagen aveva violato l'art. 81, n. 1, CE per aver «fissato i prezzi di rivendita del modello VW Passat ordinando ai suoi concessionari tedeschi di non concedere sconti ai clienti, o di concedere solo sconti limitati, sulle vendite di tale modello» (art. 1);

— ha inflitto a Volkswagen un'ammenda di euro 30,96 milioni (art. 2).

4. Nella motivazione della decisione, la Commissione ha cercato di dimostrare: i) che Volkswagen aveva concluso con i concessionari tedeschi un accordo sul prezzo di rivendita dei modelli Passat (punti 56-69); ii) che tale accordo aveva ad oggetto la restrizione della concorrenza (punti 70-74 iii) che esso determinava un pregiudizio sensibile al commercio fra Stati membri (punti 81-91) e iv) che l'accordo contestato non poteva beneficiare di un'esenzione individuale o per categoria ai sensi dell'art. 81, n. 3, del Trattato (punti 93-96).

5. Per quanto riguarda più specificamente il primo aspetto, oggetto del presente ricorso, la Commissione ha dedotto l'esistenza di una disciplina concordata in materia di prezzi dall'invio da parte di Volkswagen di tre lettere circolari a tutti concessionari tedeschi nonché di cinque lettere ad alcuni di essi (in prosieguo: gli «inviti controversi») nelle quali la casa automobilistica intimava ai suoi rivenditori di non concedere sconti (o di

concederli in misura molto limitata) sulle vendite di Passat, minacciandoli di conseguenze giuridiche in caso di mancato rispetto di tali istruzioni (punti 29-55).

6. Secondo la Commissione, tali istruzioni non costituivano un mero comportamento unilaterale di Volkwagen bensì un accordo ai sensi dell'art. 81 CE, in quanto s'inserivano nell'ambito dei rapporti commerciali continuativi intrattenuti dal produttore con i suoi concessionari sulla base dei relativi contratti di concessione (punti 57-59). Risulterebbe, in effetti, dalla «giurisprudenza costante della Corte di giustizia [che] l'ammissione alla rete dei concessionari comporta che le parti contrattuali accettano esplicitamente o implicitamente la politica di distribuzione del produttore. Le lettere circolari [erano] dunque diventate parti degli accordi di Volkswagen AG con i propri concessionari contrattuali, poiché [andavano] considerate come parte dei rapporti commerciali correnti sulla base di un accordo generale esistente (il contratto di concessionario)» (punto 57).

7. In particolare, il giudice comunitario avrebbe chiarito che «gli inviti rivolti da un produttore di autoveicoli ai suoi concessionari costituivano già un accordo se "miravano a condizionare i concessionari (...) nell'esecuzione del loro contratto con (il produttore o l'importatore)". Tale condizione, ad avviso della Commissione, era chiaramente soddisfatta nel caso di specie (punto 62).

8. Conseguentemente, la Commissione ha ritenuto che «non [fosse] necessario accertare se e in quale misura i concessionari tedeschi Volkswagen [avessero] effettivamente modificato la propria fissazione dei prezzi in base alle lettere circolari e agli avvertimenti» (punto 68).

9. Infine, la Commissione ha respinto le argomentazioni di Volkswagen secondo cui la politica dei prezzi in causa non avrebbe potuto essere accettata, neppure tacitamente, dai concessionari poiché non solo non era contemplata dal contratto di concessione ma era addirittura in contrasto con l'art. 8, n. 1, del medesimo contratto.

10. Al contrario, secondo la Commissione, gli inviti controversi si sarebbero basati su una clausola di tale contratto: l'art. 2, n. 6 (punto 64). Inoltre, non si potrebbe parlare di «una "contraddizione" tra l'invito in questione e l'articolo 8, paragrafo 1, del contratto. Tale articolo prevede che "[Volkswagen] (dia) indicazioni non vincolanti per quanto riguarda i prezzi per i consumatori finali e gli sconti". Queste indicazioni, secondo i successivi paragrafi di detto articolo, rientrano nel conteggio dei prezzi e delle compensazioni da applicare tra il concessionario e il produttore. Poiché questo meccanismo comprende il diritto del produttore a dare indicazioni di prezzo non

vincolanti, non ci sono garanzie specifiche per il concessionario del fatto che il produttore si asterrà anche in futuro dal dare indicazioni di prezzo vincolanti, ad esempio nell'ambito dell'articolo 8, paragrafo 1, del contratto» (punto 65).

C — *Il procedimento dinanzi al Tribunale e la sentenza impugnata*

11. Con ricorso depositato il 10 settembre 2001, Volkswagen ha chiesto al Tribunale, in via principale, l'annullamento della decisione della Commissione e, in via subordinata, la riduzione dell'ammenda inflitta da tale decisone.

12. Con sentenza 3 dicembre 2003, il Tribunale ha accolto il principale motivo di ricorso di Volkswagen, relativo all'applicabilità nel caso di specie dell'art. 81, n. 1, ed ha annullato la decisione impugnata, in quanto a suo giudizio «la Commissione non [aveva] fornito (...) la prova di un concorso di volontà tra la ricorrente ed i suoi concessionari relativamente agli inviti controversi» [3].

13. Nel valutare la censura della ricorrente, il Tribunale ha anzitutto ricordato, riferendosi in particolare alla sentenza Bayer [4], che «la nozione di accordo, di cui all'art. 81, n. 1, CE, si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse» [5] e che quindi non rientra nell'ambito d'applicazione della suddetta disposizione «una decisione del produttore [che] si sostanzia in un comportamento unilaterale dell'impresa» [6].

14. Per l'applicazione dell'art. 81 del Trattato, prosegue il Tribunale, occorrerebbe dunque «distinguere le ipotesi in cui un'impresa ha adottato una misura effettivamente unilaterale e quindi senza la partecipazione espressa o tacita di un'altra impresa da quella in cui il carattere unilaterale è solo apparente. Se le prime non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, le seconde vanno considerate come sintomatiche di un accordo tra imprese e possono perciò rientrare nell'ambito di applicazione del detto articolo. È il caso, in particolare, delle pratiche e delle misure restrittive della concorrenza che, adottate in apparenza in modo unilaterale dal produttore nell'ambito delle sue relazioni contrattuali con i propri rivenditori, sono tuttavia accettate, almeno tacitamente, da questi ultimi» [7].

3 — Sentenza impugnata, punto 68.

4 — Sentenza del Tribunale 26 ottobre 2000, causa T-41/96, Bayer/Commissione (Racc. pag. II-3383).

5 — Sentenza impugnata, punto 32.

6 — Sentenza impugnata, punto 33.

7 — Sentenza impugnata, punto 35.

15. Al riguardo, il giudice di primo grado ha tuttavia sottolineato che dalla consolidata giurisprudenza comunitaria [8] «si desume (...) che la Commissione non può ritenere che un comportamento apparentemente unilaterale del produttore, adottato nell'ambito delle relazioni contrattuali intrattenute con i suoi rivenditori, possa in realtà essere fonte di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, se non si dimostra che le altre parti hanno assentito, espressamente o tacitamente, al comportamento adottato dal produttore» [9]

16. Ciò ricordato, e passando a valutare l'applicabilità dell'art. 81, n. 1, al caso in esame, il Tribunale ha poi costatato che la stessa Commissione aveva ammesso di non aver «dimostrato che gli inviti controversi [fossero] stati concretamente applicati». Ciò perché essa non riteneva necessaria tale verifica in quanto, sempre a suo parere, la politica di distribuzione in causa era stata tacitamente e preventivamente accettata dai concessionari al momento della firma del contratto di concessione [10].

17. Il Tribunale ha tuttavia rigettato tale tesi. A suo avviso, è ben possibile ritenere anticipatamente accettata, mediante la sottoscrizione di un contratto di concessione legittimo, «un'evoluzione legittima del contratto che o è prevista dal contratto o è un'evoluzione che il concessionario, alla luce degli usi commerciali o della normativa, non può rifiutare» [11]. Non si può invece presumere che «un'evoluzione contrattuale illegittima» sia stata preventivamente approvata dai concessionari [12]. In tal caso, «il consenso all'evoluzione contrattuale illegittima può essere concesso solo dopo che il concessionario è venuto a conoscenza dell'evoluzione voluta dal concedente» [13].

18. La stessa giurisprudenza invocata — ma poi erroneamente interpretata — dalla Commissione confermerebbe, a giudizio del Tribunale:

— «la necessità, affinché possa essere dichiarata l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, di produrre la prova del concorso di volontà»; e che

— «un siffatto concorso di volontà deve vertere su un comportamento determinato, il quale pertanto deve essere noto alle parti quando lo accettano» [14].

8 — Il Tribunale si è segnatamente riferito alle sentenze 12 luglio 1979, cause riunite 32 e 36-82/78, BMW Belgium (Racc. pag. 2435): 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG (Racc. pag. 3151): 17 settembre 1985, cause riunite 25 e 26/84, Ford (Racc. pag. 2725): 11 gennaio 1990, causa C-277/87, Sandoz (Racc. pag. I-45) e Bayer (cit.).

9 — Sentenza impugnata, punto 36.

10 — Sentenza impugnata, punti 38-40.

11 — Sentenza impugnata, punto 45.

12 — Ibidem.

13 — Ibidem.

14 — Sentenza impugnata, punto 56.

19. Invece, «contrariamente a quanto sost[eneva] la Commissione, dalla giurisprudenza non risult[erebbe] che l'elemento determinante affinché un invito entri a far parte di un contratto sia che tale invito miri ad influenzare il concessionario nell'esecuzione del detto contratto. Se così fosse, l'invio da parte del concedente di un invito ai suoi concessionari determinerebbe sistematicamente la constatazione di un accordo, dato che, per definizione, siffatto invito è diretto ad influenzare i concessionari nell'esecuzione del loro contratto» [15].

20. Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale ha concluso che l'assunto della Commissione secondo cui «la sottoscrizione del contratto (...) implica[va] un'anticipata e tacita accettazione [degli] inviti [controversi]» — cosicché non era necessario «fornire la prova dell'effettivo assenso dei concessionari a tali inviti» — era infondato [16].

21. Infine, il giudice di primo grado ha respinto la censura sollevata in via subordinata dalla Commissione secondo cui il consenso dei concessionari alle misure in questione potrebbe comunque essere dedotto dal combinato disposto degli artt. 2 e 8 del contratto di concessione.

22. Da un lato, il Tribunale ha, in effetti, ritenuto che «l'art. 2, n. 1 o 6, del contratto di concessione, a norma del quale il concessionario si impegna "a promuovere in ogni modo gli interessi della Volkswagen, dell'organizzazione distributiva Volkswagen e del marchio Volkswagen" può essere interpretato (...) come riguardante unicamente i mezzi conformi alla legge. Sostenere il contrario equivarrebbe infatti a dedurre da siffatta clausola contrattuale, redatta in termini neutri, che i concessionari sarebbero vincolati ad un patto illegittimo» [17].

23. Non potrebbe indurre a una diversa conclusione, prosegue il Tribunale, «il fatto che negli inviti controversi la Volkswagen si [sia avvalsa] dell'art. 2 del contratto di concessione (...) L'esistenza di un eventuale rapporto organico tra l'art. 2 del contratto di concessione e gli inviti controversi, infatti, può essere dimostrata solo oggettivamente, in base all'analisi delle disposizioni in questione ed indipendentemente da quanto successivamente sostenuto da uno dei contraenti. Ora, come dichiarato sopra, dagli stessi termini del detto art. 2 emerge come tale disposizione non preveda assolutamente uno sviluppo anticoncorrenziale del contratto» [18].

24. Dall'altro, il giudice di primo grado ha sottolineato come l'art. 8, n. 1, del contratto

15 — Sentenza impugnata, punto 57.
16 — Sentenza impugnata, punto 59.
17 — Sentenza impugnata, punto 63.
18 — Sentenza impugnata, punto 66.

fosse «anch'esso (...) redatto in termini neutri, o addirittura tendenti a vietare alla Volkswagen di impartire indicazioni vincolanti per quanto riguarda i prezzi» [19].

25. Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra svolte, il Tribunale ha concluso che la Commissione non aveva dimostrato che i concessionari tedeschi avessero dato il loro consenso alla politica dei prezzi di Volkswagen e che pertanto la decisione impugnata era stata adottata in violazione dell'art. 81, n. 1, CE [20].

D — *Il procedimento dinanzi alla Corte*

26. Con ricorso depositato il 16 febbraio 2004, la Commissione ha chiesto alla Corte di giustizia di: i) annullare la sentenza impugnata; ii) rinviare la causa dinanzi al Tribunale: iii) nonché condannare Volkswagen alle spese.

27. La convenuta si è ovviamente opposta a tali pretese, chiedendo alla Corte di respingere il ricorso e condannare la ricorrente alle spese.

28. Dopo la chiusura della fase scritta, che ha incluso anche un secondo scambio di memorie, le parti sono state ascoltate in udienza il 29 settembre 2005.

II — Analisi giuridica

29. Con il suo unico motivo di ricorso, la Commissione contesta la valutazione del Tribunale secondo cui gli inviti con i quali Volkswagen esortava i suoi concessionari a non concedere sconti sulle vendite di modelli Passat non costituivano accordi ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE. A suo parere, il giudice di primo grado avrebbe accolto un'interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione di «accordo» e pertanto violato detta disposizione.

Gli argomenti delle parti

30. La ricorrente sostiene principalmente che l'interpretazione accolta dal giudice di primo grado sarebbe in contrasto con la costante giurisprudenza [21], in base alla quale un «accordo» ai sensi dell'art. 81 sussiste-

19 — Sentenza impugnata, punto 64.

20 — Sentenza impugnata, punto 68.

21 — La Commissione si riferisce segnatamente alle citate sentenze AEG, cit., Ford, cit., e 6 gennaio 2004 cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, BAI e Commissione/Bayer (Racc. pag. I-23).

rebbe per il solo fatto che inviti del tipo di quelli in esame siano effettuati da un produttore nell'ambito di rapporti commerciali continuativi con i suoi distributori disciplinati da un accordo generale preesistente. Parimenti, secondo il medesimo indirizzo giurisprudenziale, l'ammissione di un rivenditore ad un sistema di distribuzione selettiva comporterebbe sempre la sua accettazione espressa o tacita della politica di distribuzione del produttore [22].

31. In questi casi, al fine di accertare l'esistenza di un accordo, non sarebbe quindi necessario provare, contrariamente a quanto avrebbe ritenuto il Tribunale, che i distributori abbiano specificamente dato il proprio consenso alla misura in questione. Né si potrebbe ritenere che, con la sottoscrizione di un accordo di concessione, il concessionario accetti la politica di distribuzione del produttore solo limitatamente ai suoi sviluppi legittimi o comunque a misure di cui ha conoscenza.

32. Discostandosi dalla giurisprudenza precedente, la sentenza impugnata avrebbe quindi, ad avviso della ricorrente, imposto dei requisiti troppo severi al fine di provare l'esistenza di accordi relativi a restrizioni verticali della concorrenza.

33. Non solo, ma oltre ad essere in contrasto con una giurisprudenza consolidata, l'interpretazione della nozione di accordo data dalla sentenza impugnata, prosegue la Commissione, ignorerebbe la natura e le caratteristiche dei contratti di distribuzione selettiva. Tali contratti istituiscono infatti un quadro generale destinato ad applicarsi durante un certo numero di anni e quindi ad essere progressivamente completato e concretizzato in funzione delle esigenze delle parti, delle condizioni del mercato, dello sviluppo tecnico ecc. Poiché tali evoluzioni non possono essere tutte previste al momento della conclusione del contratto di concessione, questi accordi, come sarebbe stato riconosciuto anche dalla Corte nella sentenza Ford, rimettono necessariamente alcuni aspetti ad ulteriori decisioni del produttore. La sottoscrizione dell'accordo di distribuzione implicherebbe allora per il distributore la preventiva accettazione di queste misure.

34. La Commissione critica infine la distinzione operata dal giudice di primo grado tra evoluzioni contrattuali «legittime» ed «illegittime» (supra, paragrafo 17), distinzione dalla quale egli avrebbe poi dedotto — erroneamente secondo la ricorrente — che: i) al momento della sottoscrizione di un contratto di distribuzione legittimo il distributore accetta unicamente le evoluzioni contrattuali legittime, e che ii) una clausola redatta in termini neutri non può che riguardare misure «conformi alla legge».

35. Ora, secondo la Commissione, tale distinzione non sarebbe pertinente al fine

22 — La Commissione richiama, in particolare, le sentenze della Corte, 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke (Racc. pag. I-3439), e 18 settembre 2003, causa C-338/00 P, Volkswagen (Racc. pag. I-9189).

di provare l'accettazione da parte di un distributore di una misura imposta da un produttore. Invero — come sarebbe del resto confermato dalle fattispecie che hanno dato origine alle sentenze della Corte in materia di contratti di distribuzione — delle misure illegittime possono essere adottate sulle base di clausole contrattuali perfettamente regolari o del tutto neutre.

36. La Commissione aggiunge che si tratterebbe di un criterio difficile da applicare in pratica perché non sarebbe sempre agevole per i distributori distinguere le misure legittime da quelle illegittime, in particolare quando tale valutazione richiede un'interpretazione dei regolamenti di esenzione applicabili in materia.

37. Per parte sua, Volkswagen ritiene invece che il Tribunale abbia correttamente applicato l'art. 81, n. 1, CE al caso di specie, ed in particolare che l'interpretazione della nozione di «accordo» accolta nella sentenza impugnata non sia in contrasto con la consolidata giurisprudenza comunitaria.

Valutazione

38. Il presente ricorso solleva ancora una volta la delicata questione dell'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, e segnatamente della nozione di «accordo» da esso utilizzata, a comportamenti apparentemente unilaterali adottati da produttori nell'ambito di rapporti commerciali con i loro distributori [23].

39. Più precisamente, si tratta di stabilire se si può presumere, come sostiene la Commissione e contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, che con la sottoscrizione di un accordo di distribuzione, il rivenditore dia anticipatamente il proprio consenso a tutte le misure adottate dal produttore nell'ambito del conseguente rapporto, ivi incluse le condotte anticoncorrenziali del tipo di quelle in esame.

40. Poiché sia la Commissione che Volkswagen, pur giungendo ad opposte conclusioni, hanno risposto a tale interrogativo riferendosi alle numerose pronunce della Corte in materia di accordi di distribuzione, mi sembra anzitutto opportuno cercare di chiarire il significato e la portata di tale giurisprudenza.

23 — Nelle mie conclusioni relative alla causa BAI e Commissione/Bayer, cit., ho affrontato simili questioni d'interpretazione dell'art. 81 CE, anche se in un diverso contesto fattuale. In tale causa, diversamente da quella in esame, produttore e rivenditori non avevano infatti concluso alcun contratto di distribuzione e il produttore non aveva indirizzato ai propri grossisti nessun tipo di istruzioni o richieste, «limitandosi» invece a porre in essere un sistema di contingentamento delle vendite al fine di impedire o limitare le importazioni parallele. Tali conclusioni contengono tuttavia un'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia di restrizioni verticali sulla quale avrò modo di tornare e che almeno in parte può essere utile anche ai fini dell'esame della presente causa (v. in particolare paragrafi 49-78).

41. Ora, per quanto attiene al profilo rilevante in questa sede, a me sembra che la Corte abbia qualificato come solo apparentemente unilaterali, e quindi in realtà come autentici accordi, due tipi di misure adottate nell'ambito dei rapporti tra produttori e rivenditori.

42. Il primo riguarda quelle misure che sono previste dallo stesso accordo di distribuzione. In proposito, il giudice comunitario ha considerato che, aderendo ad un accordo che contempla o perlomeno consente l'adozione di ulteriori provvedimenti da parte del produttore, il distributore accetta anticipatamente di sottoporsi a dette misure. In altri termini, queste sono considerate come rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE in quanto coperte dall'assenso dato al contratto di distribuzione, dal quale dovrebbero in buona sostanza ritenersi «inscindibili».

43. Tale logica mi pare alla base delle sentenze Ford, AEG e Bayerische Motorenwerke invocate dalla Commissione a sostegno della propria tesi [24]. Nella sentenza Ford, la Corte ha infatti respinto l'argomento delle società ricorrenti quanto alla natura asseritamene unilaterale di talune misure di restrizione delle forniture rilevando che il contratto di concessione della Ford «rimette [va] determinati aspetti ad ulteriori decisioni del produttore», tra le quali appunto, come espressamente previsto dall'allegato I di detto contratto, le decisioni in materia di consegna dei modelli di autovetture [25]. Parimenti, anche se forse non emerge con altrettanta chiarezza dalla motivazione delle relative sentenze, nelle cause AEG e Bayerische Motorenwerke le misure restrittive in questione sono state considerate riconducibili ai rispettivi contratti di distribuzione [26], sicché la Corte ha potuto concludere che il comportamento o la decisione del produttore non costituiva un atto unilaterale poiché s'inseriva nei «rapporti contrattuali esistenti fra l'impresa ed i rivenditori» [27].

44. Nella stessa ottica, va anche menzionata la più recente sentenza Volkswagen in cui la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 81 del Trattato a misure di limitazione delle consegne decise da quella casa automobilistica nei confronti dei suoi concessionari italiani, facendo leva in particolare sul fatto che il «contratto di concessione *prevedesse* la possibilità di limitare le forniture» [28]. Di conseguenza, «accettando [tale] contratto

24 — In questi casi, si trattava in sostanza di stabilire se delle misure adottate da produttori fossero autonome e distinte rispetto ad accordi di distribuzione o se fossero in qualche modo coperte da tali accordi e dovessero quindi essere prese in considerazione per valutare la compatibilità degli stessi con le regole di concorrenza. Per una più dettagliata analisi di tali sentenze, v. le mie conclusioni nella causa Bayer (in particolare, paragrafi 68-74)

25 — Sentenza Ford, cit., punto 20.

26 — V. sentenze AEG, cit., punti 38 e 39, e Bayerische Motorenwerke, cit., punto 17.

27 — Sentenze Ford, cit., punto 21, e AEG, cit., punto 38. V. anche sentenza Bayerische Motorenwerke, cit., punto 17.

28 — Sentenza Volkswagen, cit., punto 64. Il corsivo è mio.

(...), i concessionari italiani [avevano] acconsentito ad una misura in seguito usata per ostacolare le riesportazioni dall'Italia» [29].

45. L'altra ipotesi di misure solo apparentemente unilaterali contemplata dalla giurisprudenza comunitaria si riferisce invece ai casi di assenza di disposizioni contrattuali pertinenti o addirittura di qualsiasi contratto, e muove dal presupposto che il consenso alle richieste del produttore può essere prestato in modo non solo espresso, ma anche tacito. In questi casi, quindi, l'accettazione di quelle richieste viene desunta dal comportamento dei soggetti cui esse sono rivolte, con la conseguenza che l'accordo deve ritenersi concluso anche qualora, in risposta a dette richieste, i rivenditori manifestino con concreti comportamenti il proprio assenso [30].

46. Proprio in questa prospettiva, nella sentenza Sandoz il giudice comunitario ha ritenuto, accogliendo un'interpretazione particolarmente ampia della nozione di accordo, che «gli ordinativi ripetuti e seguiti dai pagamenti senza che il cliente contestasse il prezzo indicato sulle fatture recanti la dicitura esportazione vietata, costituivano una manifestazione tacita di assenso [a tale clausola restrittiva]» [31]. In altre parole, *e senza neppure verificare se poi in concreto i prodotti in questione fossero stati esportati o meno*, la Corte ha ravvisato una forma di «tacita accettazione» — e quindi considerato concluso un «accordo» — per il solo fatto che, dopo l'inserzione della dicitura in questione nelle fatture, i grossisti non avevano contestato tale dicitura e avevano continuato a rifornirsi regolarmente presso la casa farmaceutica.

47. Diversamente quindi da quanto sostenuto dalla Commissione, dalle sentenze appena esaminate non discende che per accertare l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, del Trattato basti la semplice constatazione che una misura sia stata adottata da un produttore nell'ambito di rapporti commerciali continuativi intrattenuti con i propri rivenditori e/o che quest'ultimi facciano parte di un determinato sistema di distribuzione [32]. Quello che conta invece è che i distributori abbiano dato il loro assenso alla specifica misura in questione, tale consenso potendo essere accordato *a monte*, in clausole contrattuali (prima ipo-

29 — Sentenza Volkswagen, cit., punto 65.

30 — V. in particolare sentenza BMW Belgium, cit., punti 28, 29 e 37.

31 — Sentenza Sandoz, cit., punto 11. V. anche, più di recente, sentenza BAI e Commissione/Bayer, cit., punto 142.

32 — A tal riguardo, v. in particolare sentenza BAI e Commissione/Bayer, cit., in cui la Corte ha osservato che «il semplice fatto della coesistenza di un accordo, in sé neutro, e di una misura restrittiva della concorrenza imposta in maniera unilaterale non equivale ad un accordo vietato dalla detta disposizione. Pertanto, il semplice fatto che una misura adottata da un produttore, avente come effetto di limitare la concorrenza, si inserisca nel contesto delle relazioni commerciali continuative tra quest'ultimo e i suoi grossisti non può essere sufficiente per affermare l'esistenza di tale accordo» (punto 141).

tesi), o *a valle,* in forme di acquiescenza più o meno esplicite (seconda ipotesi).

48. In altre parole, l'applicazione dell'art. 81 CE non può prescindere dall'accertamento dell'esistenza di una volontà comune degli operatori economici interessati di adottare un dato comportamento o misura. Tale incontro delle volontà delle parti non segna infatti solo il confine tra gli ambiti di applicazione degli artt. 81 e 82, CE, e cioè tra la disciplina applicabile in materia di intese e quella relativa a misure unilaterali, ma caratterizza la nozione stessa di accordo.

49. Venendo ora al caso di specie, e cercando di tirare le fila dell'analisi sin qui svolta, mi pare innanzitutto che non si possa rimproverare al Tribunale, come fa invece la Commissione, di aver erroneamente applicato l'art. 81, n. 1, CE per aver preteso la prova della volontà dei concessionari tedeschi di aderire alle specifiche richieste di Volkswagen in materia di prezzi, anche se queste si inserivano nell'ambito di relazioni commerciali continuative disciplinate da un accordo di distribuzione preesistente e se i concessionari erano membri di un sistema di distribuzione selettiva. Richiedendo la «prova dell'effettivo assenso dei concessionari [agli] inviti [controversi]» [33], il giudice di primo grado non ha invero fatto altro che applicare i principi derivanti, come si è visto, dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

50. Ora, per apportare tale prova, la Commissione poteva basarsi su due diversi approcci, conformemente ai filoni giurisprudenziali sopra evocati.

51. Il primo, quello che potremmo definire più formalistico, richiedeva alla ricorrente di dimostrare che le disposizioni del contratto di concessione permettevano a Volkswagen di adottare misure del tipo di quelle in causa.

52. Il secondo, che potremmo considerare più attento al peso reale di ciascuna delle parti del rapporto, spostava l'analisi su un altro terreno: quello del concreto comportamento adottato dai concessionari tedeschi a seguito dell'invio delle istruzioni in materia di sconti. La Commissione avrebbe così potuto cercare di dimostrare che, eseguendo o comunque aderendo in qualche modo alle richieste di Volkswagen, i rivenditori avevano implicitamente manifestato il proprio assenso alla nuova politica del produttore.

33 — Sentenza impugnata, punto 59.

53. Aggiungo che la scelta di quest'ultimo approccio avrebbe potuto implicare un delicato problema d'interpretazione del significato e della portata della menzionata giurisprudenza Sandoz. Ciò in quanto si sarebbe dovuto valutare se la Commissione potesse dedurre il consenso dei concessionari in base alla sola (eventuale) assenza di contestazione da parte degli stessi agli inviti controversi o se invece avrebbe dovuto altresì valutare se sussistessero elementi tali da far ritenere che una siffatta automatica, ed invero un po' semplicistica, deduzione non fosse nella specie giustificata.

54. Dico subito però che nell'ambito dell'esame del presente ricorso la Corte non dovrà affrontare tale tipo di problematica perché per provare l'assenso dei concessionari la Commissione non si è posta nell'ottica appena indicata. Impostando infatti la propria analisi esclusivamente sull'esistenza di un contratto di distribuzione selettiva, la cui sottoscrizione avrebbe implicato la preventiva accettazione delle misure contestate [34], la ricorrente ha finito col non ritenere «necessario accertare se e in quale misura i concessionari tedeschi Volkswagen [avessero] effettivamente modificato la propria fissazione dei prezzi in base alle lettere circolari e agli avvertimenti ('considerando' 68 della decisione impugnata)» o se comunque si fossero astenuti dal contestare gli inviti controversi [35].

55. Rimane quindi da verificare se sussista l'altra ipotesi sopra considerata, e cioè se la Commissione potesse effettivamente basarsi sul contratto di concessione in causa per ritenere concluso tra Volkswagen ed i rivenditori tedeschi un accordo in materia di prezzi.

56. In proposito, però, il Tribunale ha già verificato per parte sua che il divieto di concedere sconti imposto dalla casa automobilistica ai suoi concessionari non era riconducibile ad alcuna disposizione del contratto di concessione [36]. Ora, una siffatta verifica costituisce una valutazione sul valore probatorio da attribuire agli elementi prodotti innanzi al Tribunale (segnatamente alle

34 — Approccio anche esplicitamente confermato dalla Commissione in udienza.

35 — Sentenza impugnata, punti 38 e 39. Ed infatti, nella decisione impugnata, la Commissione si riferisce al comportamento delle parti (ad esempio le minacce di conseguenze giuridiche, rivolte da Volkswagen ai suoi concessionari, in caso di mancato rispetto degli inviti controversi) unicamente a sostegno della propria tesi secondo cui gli inviti controversi rientrerebbero nell'«ambito di applicazione del contratto [di concessione]» e sarebbero stati quindi *anticipatamente* accettati dai distributori (v. decisione impugnata, punto 66, e sentenza impugnata, punto 60). Inoltre gli unici comportamenti adottati da un numero rappresentativo di concessionari cui fa riferimento la Commissione non potrebbero comunque essere invocati per dimostrare una qualche forma di acquiescenza alla *specifica* misura in causa. In effetti, come risulta dalla decisione stessa, le critiche mosse dal «consiglio dei concessionari» relativamente agli sconti elevati concessi da alcuni di essi riguardavano «un altro modello» di autovettura, la Golf A4, e non il modello Passat oggetto degli inviti controversi (v. decisione impugnata, punti 43 e 67). Analogamente, la Commissione menziona delle discussioni in materia di disciplina dei prezzi tra la direzione Volkswagen e l'associazione dei concessionari Volkswagen e Audi senza però fornire precisazioni quanto all'esito delle stesse, ed in particolare senza chiarire se la questione degli inviti controversi sia stata o meno trattata nell'ambito di tali discussioni (v. decisione impugnata, punti 36-41).

36 — V. sentenza impugnata, punti 62-67.

clausole contrattuali richiamate dalla Commissione). Si tratta cioè di una verifica «di fatto» e quindi di un tipo di valutazione che, per giurisprudenza costante, non può essere oggetto di sindacato da parte della Corte, se non in presenza di uno snaturamento degli elementi di prova [37]. Ma, nell'ambito del presente ricorso, la Commissione non ha denunciato un tale snaturamento.

57. A parte ciò, però, devo altresì rilevare che l'indicata conclusione del Tribunale mi sembrerebbe difficilmente contestabile nel merito. Osservo infatti che, oltre ad essere redatto in termini neutri, l'art. 2 del contratto di concessione (v. supra, punto 2) — al quale secondo la Commissione potrebbero essere ricondotti gli inviti controversi — non menzionava affatto la politica dei prezzi, mentre prevedeva specificamente che per tutta una serie di aspetti della politica di distribuzione (per es. rifornimento dei pezzi di ricambio, servizio clientela, pubblicità, formazione ecc.) i concessionari dovessero «rispetta[re] tutte le esigenze» definite dalla casa automobilistica.

58. Per giunta, la misura in causa era anche espressamente esclusa da una delle disposizioni del contratto qui rilevanti, e segnatamente dall'art. 8, ai sensi del quale Volkswagen poteva dare solamente «indicazioni *non* vincolanti per quanto riguardava i prezzi e gli sconti applicati ai consumatori finali».

59. Proprio il fatto che gli inviti controversi non fossero in alcun modo previsti o ammessi dal contratto di concessione è quindi, a mio avviso, ciò che distingue nettamente il caso in esame dai precedenti giurisprudenziali, sopra menzionati, nei quali la Corte ha ritenuto che una misura adottata da un produttore fosse coperta dalla sottoscrizione dell'accordo di distribuzione (v. supra, punti 42-44).

60. Da tutto ciò risulta, a mio avviso, che il Tribunale ha correttamente ritenuto che «la Commissione non [avesse] fornito, nella decisione impugnata, la prova di un concorso di volontà tra la [Volkswagen] ed i suoi concessionari relativamente agli inviti controversi» [38], con la conseguenza che la decisione impugnata è stata adottata in violazione dell'art. 81, n. 1, CE.

61. Propongo pertanto alla Corte di rigettare il presente ricorso.

37 — Sentenza 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, Deere/Commissione (Racc. pag. I-3111, punti 21 e 22). Nello stesso senso v., fra tante, sentenze 21 giugno 2001, cause riunite da C-280/99 P a C-282/99 P, Moccia Irme e a./Commissione (Racc. pag. I-4717, punto 78), 8 maggio 2003, causa C-122/01 P, T. Port/Commissione (Racc. pag. I-4261, punto 27), 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione (Racc. pag. I-123, punti 47-49), e ordinanza 9 luglio 2004, causa C-116/03 P, Fichtner/Commissione (non pubblicata nella Raccolta, punto 33).

38 — Sentenza impugnata, punto 68.

III — Sulle spese

62. Alla luce dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, e considerate le conclusioni cui sono giunto in merito al rigetto del ricorso, ritengo che la Commissione debba essere condannata alle spese.

IV — Conclusioni

63. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di dichiarare che:

«— Il ricorso è respinto:

— La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese».