CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTONIO TIZZANO
presentadas el 17 de noviembre de 2005 [1]

1. Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2003, Volkswagen/Comisión, (T-208/01, Rec. p. II-5141; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión 2001/711/CE de la Comisión, de 29 de junio de 2001, [2] relativa a «un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE» (en lo sucesivo, «Decisión recurrida»), que sancionaba a Volkswagen por haber celebrado con los concesionarios pertenecientes a su red de distribución alemana un acuerdo dirigido a fijar el precio de reventa de los turismos modelo Passat. La Comisión solicita ahora al Tribunal de Justicia que anule dicha sentencia.

I. Hechos y procedimiento

A. *Hechos que dieron lugar al litigio*

2. En la sentencia recurrida se describe del modo siguiente el marco fáctico que dio lugar al litigio:

«1 Volkswagen AG (en lo sucesivo, "Volkswagen" o "demandante") es la sociedad matriz y la mayor empresa del grupo Volkswagen, que desarrolla su actividad en el sector de la fabricación de automóviles. Los vehículos automóviles fabricados por la demandante se venden en la Comunidad, a través de un sistema de distribución selectivo y exclusivo, mediante concesionarios con los cuales la demandante ha firmado un contrato de concesión comercial.

2 Conforme al artículo 4, apartado 1, del contrato de concesión, en sus versiones del mes de septiembre de 1995 y del mes de enero de 1998, Volkswagen atribuyó al concesionario un territorio contractual para el programa de suministro y el servicio posventa. Como contrapartida, el concesionario se comprometió a promover las ventas y el servicio posventa de una forma intensiva en el territorio que se le había asignado y a explotar de manera óptima el potencial del mercado. Según el artículo 2, apartado 6 (versión del mes de enero de 1989) o 1 (versiones del mes de septiembre de 1995 y del mes de enero de 1989), del contrato de concesión, el concesionario se comprometió "a representar y fomentar por todos los medios los intereses de [Volkswagen],

1 — Lengua original: italiano.

2 — Decisión en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (DO L 262, p. 14).

de la red de distribución Volkswagen y de la marca Volkswagen". Se acordó asimismo que, "a tal fin, el distribuidor cumplirá todos los requisitos contractuales en materia de distribución de vehículos nuevos de Volkswagen, almacenamiento de piezas de recambio, servicio de posventa, fomento de las ventas, publicidad y formación, y velará por el mantenimiento del nivel de rendimiento de los distintos ámbitos del negocio Volkswagen". Finalmente, según el artículo 8, apartado 1, del contrato de concesión, "[Volkswagen] publicará en relación con los precios a los compradores finales y con los descuentos, unos precios recomendados sin carácter vinculante".»

B. *La Decisión recurrida*

3. Como consecuencia de la denuncia presentada por el comprador de un automóvil, la Comisión inició un procedimiento administrativo de investigación para comprobar las posibles infracciones del artículo 81 CE, apartado 1, en relación con la fijación del precio de reventa del modelo Volkswagen Passat en Alemania. Al término del procedimiento, la Comisión adoptó la Decisión recurrida, mediante la cual:

— declaró que Volkswagen había infringido el artículo 81 CE, apartado 1, al «establecer unos precios de venta vinculantes para el modelo VW Passat requiriendo a sus distribuidores en Alemania para que no concedieran descuentos a sus clientes, o para que éstos fueran limitados, en relación con la venta de este modelo» (artículo 1);

— impuso a Volkswagen una multa por un importe de 30,96 millones de euros (artículo 2).

4. En la exposición de motivos de la Decisión, la Comisión ha pretendido demostrar: i) que Volkswagen había celebrado con los concesionarios alemanes un acuerdo sobre el precio de reventa de los modelos Passat (considerandos 56 a 69); ii) que dicho acuerdo tenía por objeto restringir la competencia (considerandos 70 a 74); iii) que ello afectaba de manera significativa al comercio entre Estados miembros (considerandos 81 a 91), y iv) que el acuerdo controvertido no gozaba de una exención individual o por categorías en el sentido del artículo 81 CE, apartado 3 (considerandos 93 a 96).

5. Por cuanto atañe más específicamente al primer aspecto, objeto del presente recurso, la Comisión ha deducido la existencia de un régimen acordado en materia de precios del envío por Volkswagen de tres circulares a todos los concesionarios alemanes, así como de cinco cartas dirigidas a algunos de ellos (en lo sucesivo, «directrices controvertidas»), en las cuales la empresa automovilística exhortaba a sus revendedores a no conceder

descuentos (o a concederlos en una medida muy limitada) sobre las ventas del Passat, amenazándolos con consecuencias jurídicas en caso de no atenerse a tales instrucciones (considerandos 29 a 55).

6. Según la Comisión, tales instrucciones no constituían un mero comportamiento unilateral de Volkswagen, sino un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, en la medida en que pasaban a formar parte de las relaciones comerciales continuadas mantenidas por el productor con sus concesionarios sobre la base de los correspondientes contratos de concesión comercial (considerandos 57 a 59). En efecto, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «la admisión a una red de distribuidores implica que los socios contractuales aceptan la política de distribución del fabricante de manera explícita o tácita. Por consiguiente, las circulares [eran] parte de los acuerdos de Volkswagen AG con sus distribuidores autorizados, puesto que [debían] considerarse parte de una relación comercial vigente sobre la base de un acuerdo general en vigor (el contrato de distribución)» (considerando 57).

7. En particular, el juez comunitario declaró que «un requerimiento dirigido por un fabricante a sus distribuidores ya constituye un acuerdo desde el momento en que tiene "por objetivo influir a los concesionarios [...] en el cumplimiento de su contrato con [el fabricante o importador]"». A juicio de la Comisión, era manifiesto que, en tal caso, se cumplía este requisito (considerando 62).

8. Por consiguiente, la Comisión consideró que «no [había] de determinarse si los distribuidores alemanes de Volkswagen realmente [habían] modificado su política de precios a raíz de las circulares y amonestaciones» (considerando 68).

9. Por último, la Comisión rechazó la argumentación de Volkswagen según la cual la política de precios controvertida no pudo ser aceptada, ni siquiera tácitamente, por los concesionarios porque no sólo no se preveía en el contrato de concesión, sino que además era contraria al artículo 8, apartado 1, del mismo contrato.

10. Por el contrario, según la Comisión, las directrices controvertidas se basaban en una cláusula de tal contrato: el artículo 2, apartado 6 (considerando 64). Tampoco «[cabía] hablar de "contradicción" entre el citado requerimiento y el artículo 8.1 del contrato de distribución. Con arreglo a esta disposición "VW AG publicará en relación con los precios a los compradores finales y con los descuentos, unos precios recomendados sin carácter vinculante". En virtud de los apartados siguientes del citado artículo, estas recomendaciones se han de tomar en consideración al calcular los precios y los derechos de compensación vigentes entre el distribuidor y el fabricante. El hecho de que este mecanismo abarque el derecho del fabricante a establecer unos precios reco-

mendados no vinculantes no implica ninguna garantía concreta para los distribuidores de que el fabricante seguirá renunciando en el futuro al establecimiento de precios vinculantes, por ejemplo en el marco del artículo 2.1 del contrato de distribución» (considerando 65).

C. Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

11. Mediante recurso presentado el 10 de septiembre de 2001, Volkswagen solicitó al Tribunal de Primera Instancia, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión y, con carácter subsidiario, la reducción de la multa impuesta por dicha Decisión.

12. Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2003, el Tribunal de Primera Instancia acogió el principal motivo del recurso de Volkswagen, relativo a la aplicabilidad al presente asunto del artículo 81 CE, apartado 1, y anuló la Decisión recurrida, dado que, en su opinión, la «Comisión no [había] demostrado [...] que [existiera] un acuerdo de voluntades entre la demandante y sus concesionarios relativo a las directrices controvertidas». [3]

13. En la apreciación de las imputaciones de la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia recordó en primer lugar, refiriéndose a la sentencia Bayer/Comisión, [4] que «el concepto de acuerdo, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades» [5] y que, por tanto, no queda comprendida en el ámbito de aplicación de la citada disposición «una decisión tomada por el fabricante [que] constituye un comportamiento unilateral de la empresa». [6]

14. Para la aplicación del artículo 81 CE, prosigue el Tribunal de Primera Instancia, «deben distinguirse los supuestos en los que una empresa ha adoptado una medida verdaderamente unilateral y, por tanto, sin la participación expresa o tácita de otra empresa, de aquellos otros en los que el carácter unilateral es sólo aparente. Si bien los primeros no están incluidos en el artículo 81 CE, apartado 1, los segundos han de considerarse constitutivos de un acuerdo entre empresas y, en consecuencia, pueden estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. Tal es el caso, en particular, de las prácticas y las medidas restrictivas de la competencia que, aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos». [7]

3 — Sentencia recurrida, apartado 68.

4 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 (T-41/96, Rec. p. II-3383).

5 — Sentencia recurrida, apartado 32.

6 — Sentencia recurrida, apartado 33.

7 — Sentencia recurrida, apartado 35.

15. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia ha subrayado no obstante que de la jurisprudencia comunitaria consolidada [8] «se deduce [...] que la Comisión no puede estimar que un comportamiento aparentemente unilateral por parte de un fabricante, adoptado en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus distribuidores, haya dado en realidad origen a un acuerdo entre empresas, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, si no demuestra la existencia de una aquiescencia, expresa o tácita, por parte de los demás agentes económicos con los que mantiene relaciones contractuales, a la actitud adoptada por el fabricante». [9]

16. Una vez recordado lo anterior, y pasando a apreciar la aplicabilidad del artículo 81 CE, apartado 1, al caso examinado, el Tribunal de Primera Instancia señaló a continuación que la propia Comisión había admitido que no consta que «se hayan aplicado *in situ* las directrices controvertidas», porque la Comisión no consideró necesaria tal verificación dado que, a su juicio, la política de distribución controvertida fue aceptada tácitamente y de antemano por los concesionarios en el momento de la firma del contrato de concesión. [10]

17. Sin embargo el Tribunal de Primera Instancia ha desestimado esa tesis. En su opinión, es muy posible que pueda considerarse que «una evolución contractual haya sido aceptada por anticipado, en el momento de la firma de un contrato de concesión legal y en virtud de la misma, cuando se trate de una evolución contractual legal que bien se halle prevista en el contrato, bien sea una evolución que el concesionario no pueda rechazar, habida cuenta de los usos comerciales o de la normativa». [11] En cambio, no cabe presumir que «una evolución contractual ilegal» haya sido aceptada de antemano por los concesionarios. [12] En tal caso, «únicamente puede darse la conformidad a la evolución contractual ilegal una vez que el concesionario tenga conocimiento de la evolución que desea el fabricante». [13]

18. La propia jurisprudencia invocada –pero erróneamente interpretada– por la Comisión confirma, en opinión del Tribunal de Primera Instancia:

— «que, para que pueda declararse la existencia de un acuerdo, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, es necesario presentar la prueba de un concierto de voluntades», y que

— «un concierto de voluntades de esta índole debe recaer sobre un comportamiento determinado, el cual, por lo tanto, debe ser reconocido por las partes cuando lo aceptan». [14]

8 — El Tribunal de Primera Instancia invocó en particular las sentencias de 12 de julio de 1979, BMW Belgium (asuntos acumulados 32/78 y 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435); de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151); de 17 de septiembre de 1985, Ford/Comisión (asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Rec. p. 2725); de 11 de enero de 1990, Sandoz (C-277/87, Rec. p. I-45), y Bayer, antes citada.

9 — Sentencia recurrida, apartado 36.

10 — Sentencia recurrida, apartados 38 a 40.

11 — Sentencia recurrida, apartado 45.

12 — *Ibidem.*

13 — *Ibidem.*

14 — Sentencia recurrida, apartado 56.

19. En cambio, «contrariamente a lo que afirma[ba] la Comisión, de la jurisprudencia no se desprende que el elemento decisivo para considerar que unas directrices forman parte de un contrato sea que tales directrices tengan por objeto influir sobre el concesionario en el cumplimiento del referido contrato. Si éste fuera el caso, el envío por el fabricante de directrices a sus concesionarios llevaría sistemáticamente a considerar que existe un acuerdo, ya que, por definición, la finalidad de las directrices de este tipo es influir sobre los citados concesionarios en el cumplimiento de dicho contrato». [15]

20. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la alegación de la Comisión según la cual «la firma del contrato [...] implicaba una aceptación tácita de las citadas directrices [controvertidas], dada de antemano» –dado que no consideraba pertinente «demostrar la conformidad efectiva de los concesionarios en dichas directrices»– era infundada. [16]

21. Por último, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la imputación formulada con carácter subsidiario por la Comisión, según la cual el consentimiento de los concesionarios a las medidas controvertidas puede deducirse en cualquier caso de lo dispuesto en el artículo 2 en relación con el artículo 8 del contrato de concesión.

22. En efecto, por un lado, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «el artículo 2, apartados 1 o 6, del contrato de concesión, según el cual el concesionario se compromete a "representar y fomentar por todos los medios los intereses de [Volkswagen], de la red de distribución de Volkswagen y de la marca Volkswagen", no puede interpretarse en el sentido de que contempla únicamente los medios conformes a la ley. En efecto, afirmar lo contrario supondría deducir de una cláusula contractual de este tipo, [redactada] en términos neutros, que los concesionarios se han vinculado mediante un pacto ilegal». [17]

23. En opinión del Tribunal de Primera Instancia, no puede inducir a una conclusión distinta «el hecho de que Volkswagen [haya] invo[cado] el artículo 2 del contrato de concesión en las directrices controvertidas [...]. En efecto, la existencia de una posible relación orgánica entre el artículo 2 del contrato de concesión y las directrices controvertidas tan sólo puede determinarse objetivamente, mediante el análisis de las disposiciones de que se trata y con independencia de lo que posteriormente haya dicho de ellas uno de los contratantes. Ahora bien, según se ha afirmado anteriormente, de los propios términos del citado artículo 2 se desprende que esta disposición no contemplaba en modo alguno una evolución del contrato contraria a la competencia». [18]

24. Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia subrayó que el artículo 8, apar-

15 — Sentencia recurrida, apartado 57.
16 — Sentencia recurrida, apartado 59.
17 — Sentencia recurrida, apartado 63.
18 — Sentencia recurrida, apartado 66.

tado 1, del contrato de concesión «está también redactado en términos neutros, o incluso en términos que excluyen la posibilidad de que Volkswagen formule unas recomendaciones de precios vinculantes». [19]

25. A la luz de las consideraciones que preceden, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la Comisión no había demostrado que los concesionarios alemanes habían dado su consentimiento a la política de precios de Volkswagen y que, por tanto, la Decisión recurrida había sido adoptada contraviniendo el artículo 81 CE, apartado 1. [20]

D. *Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

26. Mediante recurso presentado el 16 de febrero de 2004, la Comisión ha solicitado al Tribunal de Justicia que i) anule la sentencia recurrida; ii) devuelva los autos al Tribunal de Primera Instancia, y iii) condene a Volkswagen al pago de las costas.

27. La demandada se ha opuesto obviamente a tales pretensiones, solicitando al Tribunal de Justicia que desestime el recurso y condene en costas a la parte demandante.

28. Tras la conclusión de la fase escrita, que incluyó también un segundo intercambio de escritos, las partes fueron oídas en la vista celebrada el 29 de septiembre de 2005.

II. Análisis jurídico

29. Mediante su único motivo de recurso, la Comisión se opone a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia según la cual las directrices mediante las cuales Volkswagen exhortaba a sus concesionarios a no conceder descuentos sobre las ventas de los modelos Passat no constituían acuerdos en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. En su opinión, el Tribunal de Primera Instancia acogió una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de «acuerdo» y, por tanto, vulneró la citada disposición.

Alegaciones de las partes

30. La recurrente sostiene principalmente que la interpretación adoptada por el Tribunal de Primera Instancia es contraria a la reiterada jurisprudencia, [21] en virtud de la

19 — Sentencia recurrida, apartado 64.

20 — Sentencia recurrida, apartado 68.

21 — La Comisión invoca en particular las sentencias AEG/Comisión y Ford/Comisión, antes citadas, y de 6 de enero de 2004, BAI y Comisión/Bayer (asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. p. I-23).

cual existe un «acuerdo» en el sentido del artículo 81 CE por el mero hecho de que un fabricante formule directrices del tipo de las aquí examinadas en el marco de relaciones comerciales continuadas con sus distribuidores reguladas por un acuerdo general preexistente. De igual modo, según la misma línea jurisprudencial, la admisión de un revendedor en un sistema de distribución selectiva entraña siempre su aceptación expresa o tácita de la política de distribución del fabricante. [22]

31. En estos casos, al objeto de acreditar la existencia de un acuerdo, no es necesario, pues, probar, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal de Primera Instancia, que los distribuidores hayan dado específicamente su consentimiento a la medida controvertida. Tampoco cabe estimar que, mediante la firma de un contrato de concesión, el concesionario acepta la política de distribución del fabricante limitándose únicamente a la evolución legal de dicho contrato o bien a medidas de las que tenga conocimiento.

32. Por tanto, en opinión de la recurrente, la sentencia recurrida ha impuesto, apartándose de la jurisprudencia precedente, requisitos demasiado estrictos para probar la existencia de acuerdos relativos a restricciones verticales de la competencia.

33. Además de ser contraria a una jurisprudencia consolidada, la interpretación del concepto de acuerdo dada por la sentencia recurrida –prosigue la Comisión– ignora la naturaleza y las características de los contratos de distribución selectiva. Tales contratos establecen, en efecto, un marco general que ha de aplicarse durante un determinado número de años y, por tanto, que ha de ser progresivamente completado y concretado en función de las exigencias de las partes, de las condiciones del mercado, del desarrollo técnico, etc. Dado que esta evolución no puede preverse en el momento de la celebración del contrato de concesión, estos acuerdos, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en la sentencia Ford/Comisión, remiten necesariamente algunos aspectos a ulteriores decisiones del fabricante. La firma del acuerdo de distribución implica, pues, para el distribuidor la aceptación previa de estas medidas.

34. La Comisión critica, por último, la distinción establecida por el Tribunal de Primera Instancia entre una evolución contractual «legal» e «ilegal» (punto 17 *supra*), distinción a partir de la cual dicho Tribunal dedujo acto seguido –erróneamente, según la recurrente– que: i) en el momento de la firma de un contrato de distribución legal, el distribuidor acepta únicamente la evolución contractual legal, y que ii) una cláusula redactada en términos neutrales sólo puede versar sobre medidas «conformes a la ley».

35. Ahora bien, según la Comisión, tal distinción carece de pertinencia para probar

22 — La Comisión invoca, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Rec. p. I-3439), y de 18 de septiembre de 2003, Volkswagen (C-338/00 P, Rec. p. I-9189).

la aceptación por un distribuidor de una medida impuesta por un fabricante. Ciertamente –como confirman, por lo demás, los hechos que han dado lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de contratos de distribución–, pueden adoptarse medidas ilegales sobre la base de cláusulas contractuales perfectamente regulares o de todo punto neutrales.

36. La Comisión añade que se trata de un criterio difícil de aplicar en la práctica porque no siempre resulta fácil para los distribuidores distinguir las medidas legales de las ilegales, en particular cuando tal valoración exige una interpretación de reglamentos de exención aplicables en la materia.

37. Por su parte, Volkswagen estima, en cambio, que el Tribunal de Primera Instancia ha aplicado correctamente el artículo 81 CE, apartado 1, en el presente asunto, y en particular que la interpretación del concepto de «acuerdo» adoptada en la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia comunitaria consolidada.

Apreciación

38. El presente recurso suscita una vez más la delicada cuestión de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y en particular la del concepto de «acuerdo» utilizado en dicho artículo, a comportamientos aparentemente unilaterales adoptados por fabricantes en el ámbito de las relaciones comerciales con sus distribuidores. [23]

39. Más en concreto, se trata de establecer si cabe presumir, como sostiene la Comisión y frente a la tesis del Tribunal de Primera Instancia, que mediante la firma de un acuerdo de distribución, el revendedor presta por adelantado su consentimiento a todas las medidas adoptadas por el fabricante en el ámbito de la ulterior relación, incluidas las conductas contrarias a la competencia del tipo aquí examinado.

40. Dado que tanto la Comisión como Volkswagen, si bien llegando a conclusiones opuestas, han respondido a tal cuestión invocando las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia en materia de acuerdos de distribución, me parece oportuno intentar dilucidar en primer lugar el significado y alcance de tal jurisprudencia.

23 — En mis conclusiones presentadas en el asunto BAI y Comisión/Bayer, antes citado, afronté similares cuestiones de interpretación del artículo 81 CE, si bien en un contexto fáctico distinto. En tal asunto, a diferencia del aquí examinado, el fabricante y los revendedores no habían celebrado, de hecho, ningún contrato de distribución y el productor no había dirigido a sus mayoristas ninguna clase de instrucción o exigencia, «limitándose» en cambio a poner en práctica un sistema de fijación de contingentes de venta con el fin de impedir o limitar las importaciones paralelas. No obstante, dichas conclusiones contienen un análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia de restricciones verticales, sobre la cual volveré y que, al menos en parte, también puede ser útil a los fines del examen del presente asunto (véanse en particular los puntos 49 a 78 *infra*).

41. Pues bien, por cuanto atañe al aspecto pertinente en este punto, me parece que el Tribunal de Justicia ha calificado como sólo aparentemente unilaterales, y por tanto en realidad como auténticos acuerdos, dos tipos de medidas adoptadas en el ámbito de las relaciones entre fabricantes y revendedores.

42. El primer tipo versa sobre las medidas previstas en el propio acuerdo de distribución. A este respecto, el juez comunitario ha considerado que, al adherirse a un acuerdo que estipula o cuando menos permite la adaptación de ulteriores medidas por parte del fabricante, el distribuidor acepta de antemano someterse a tales medidas. En otras palabras, se considera que estas medidas están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, en la medida en que están cubiertas por la conformidad dada al contrato de distribución, del cual han de considerarse en esencia «inescindibles».

43. En mi opinión, esta misma lógica subyace a las sentencias Ford/Comisión, AEG/Comisión y Bayerische Motorenwerke, invocadas por la Comisión en apoyo de su tesis. [24] En efecto, en la sentencia Ford/Comisión, el Tribunal de Justicia desestimó el argumento de las sociedades recurrentes relativo a la naturaleza supuestamente unilateral de tales medidas de restricción de los suministros, subrayando que el contrato de concesión de Ford remitía «determinados aspectos a ulteriores decisiones del fabricante», entre las cuales se encuentran justamente, como se estipula expresamente en el anexo I de dicho contrato, las decisiones en materia de entrega de los modelos de turismos. [25] De igual modo, si bien quizás no se infiere con la misma claridad de la motivación de las correspondientes sentencias, en los asuntos AEG/Comisión y Bayerische Motorenwerke se consideró que las medidas restrictivas controvertidas podían reconducirse a los respectivos contratos de distribución, [26] por lo que el Tribunal de Justicia pudo concluir que el comportamiento o la decisión del fabricante no constituía un acto unilateral, dado que pasaba a formar parte de las «relaciones contractuales existentes entre la empresa y los revendedores». [27]

44. Desde la misma perspectiva, ha de mencionarse también la reciente sentencia Volkswagen, en la cual el Tribunal de Justicia consideró aplicable el artículo 81 CE a medidas de limitación de las entregas adoptadas por la citada empresa automovilística frente a sus concesionarios italianos, subrayando en particular el hecho de que «el contrato de concesión *preveía* la posibilidad de limitar las entregas». [28] Por consiguiente,

24 — En estos asuntos, se trataba en esencia de establecer si las medidas adoptadas por los fabricantes eran autónomas o diferentes de los acuerdos de distribución, o bien si quedaban de cualquier modo comprendidas por tales acuerdos y, por tanto, debían ser tomadas en consideración a la hora de apreciar la compatibilidad de las mismas con las normas de la competencia. Para un análisis más detallado de estas sentencias, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto BAI y Comisión/Bayer (en particular, los puntos 68 a 74)

25 — Sentencia Ford/Comisión, antes citada, apartado 20.

26 — Véanse las sentencias AEG/Comisión, apartados 38 y 39, y Bayerische Motorenwerke, apartado 17, antes citadas.

27 — Sentencias Ford/Comisión, apartado 21, y AEG/Comisión, apartado 38, antes citadas. Véase también la sentencia Bayerische Motorenwerke, antes citada, apartado 17.

28 — Sentencia Volkswagen, antes citada, apartado 64. El subrayado es mío.

«al aceptar [tal] contrato [...], los concesionarios italianos consintieron una medida que fue utilizada posteriormente para obstaculizar las reexportaciones desde Italia». [29]

45. El otro supuesto de medidas sólo aparentemente unilaterales contemplado por la jurisprudencia comunitaria se refiere, en cambio, a los casos de falta de estipulaciones contractuales pertinentes o incluso de cualquier contrato, y parte del presupuesto de que el consentimiento de las exigencias del fabricante puede prestarse de forma no sólo expresa, sino también tácita. En estos casos, pues, la aceptación de estas exigencias se deduce del comportamiento sujeto a quienes van dirigidas, con la consecuencia de que debe considerarse celebrado el acuerdo en el caso de que, en respuesta a tales exigencias, los revendedores manifiesten su conformidad mediante actuaciones concretas. [30]

46. Justamente desde esta perspectiva, en la sentencia Sandoz, el juez comunitario estimó, escogiendo una interpretación particularmente amplia del concepto de acuerdo, que «los pedidos repetidos de productos y los pagos sucesivos sin que el cliente protestara los precios indicados en las facturas, que incluían la mención "exportación prohibida", constituían por su parte una aquiescencia tácita [a tal cláusula restrictiva]». [31] En otras palabras, *y sin siquiera comprobar si posteriormente en concreto los productos controvertidos fueron o no exportados,* el Tribunal de Justicia reconoció una forma de «aceptación tácita» –y, por tanto, consideró celebrado un «acuerdo»– por el mero hecho de que, tras la inserción de tal mención controvertida en las facturas, los mayoristas no habían objetado tal mención y siguieron abasteciéndose regularmente de la empresa farmacéutica.

47. Así pues, a diferencia de cuanto sostiene la Comisión, de las sentencias que se acaban de examinar no se deriva que para acreditar la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, baste la mera comprobación de que un fabricante haya adoptado una medida en el ámbito de las relaciones comerciales continuadas mantenidas con sus revendedores o que estos últimos formen parte de un determinado sistema de distribución. [32] Lo importante es, en cambio, que los distribuidores hayan dado su conformidad a la medida específica controvertida, de suerte que tal consentimiento puede prestarse *de antemano,* en cláusulas contractuales (primer supuesto), o

29 — Sentencia Volkswagen, antes citada, apartado 65.

30 — Véase en particular la sentencia BMW Belgium, antes citada, apartados 28, 29 y 37.

31 — Sentencia Sandoz antes citada, apartado 11. Véase también, más recientemente, la sentencia BAI y Comisión/Bayer, antes citada, apartado 142.

32 — A tal respecto, véase en particular la sentencia BAI y Comisión/Bayer, antes citada, en la cual el Tribunal de Justicia observó que «el mero hecho de que existan de manera concomitante un acuerdo, en sí mismo neutro, y una medida restrictiva de la competencia impuesta de manera unilateral no equivale a un acuerdo prohibido por dicho precepto. Por tanto, el mero hecho de que una medida adoptada por un productor, que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia, se encuadre en las relaciones comerciales continuas entre éste y sus mayoristas no basta para declarar la existencia de un acuerdo de esa índole» (apartado 141).

a posteriori, en la forma de una aquiescencia más o menos explícita (segundo supuesto).

48. En otras palabras, la aplicación del artículo 81 CE no puede prescindir de la verificación de la existencia de una voluntad común de los operadores económicos interesados de adoptar un comportamiento o una medida determinados. En efecto, esta concurrencia de voluntades de las partes no señala únicamente el límite entre los ámbitos de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, es decir, entre la normativa aplicable en materia de acuerdos restrictivos y la relativa a medidas unilaterales, sino que también caracteriza el propio concepto de acuerdo.

49. Pasando ahora al presente asunto, y con el propósito de concluir el análisis efectuado hasta ahora, me parece, antes de nada, que no se puede reprochar al Tribunal de Primera Instancia, como hace en cambio la Comisión, que haya aplicado erróneamente el artículo 81 CE, apartado 1, al exigir la prueba de la voluntad de los concesionarios alemanes de adherirse a las exigencias especificas de Volkswagen en materia de precios, aunque éstas pasaban a formar parte de las relaciones comerciales continuadas reguladas por un acuerdo de distribución preexistente y los concesionarios eran miembros de un sistema de distribución selectiva. Al exigir que se demostrase «la conformidad efectiva de los concesionarios a [las] directrices [controvertidas]», [33] el Tribunal de Primera Instancia no hizo en verdad más que aplicar los principios derivados, como ya se ha señalado, de la jurisprudencia comunitaria en la materia.

50. Pues bien, para probar tal prueba, la Comisión podía basarse en dos planteamientos distintos, conforme a las líneas jurisprudenciales expuestas *supra.*

51. El primero, que cabe definir como más formal, exigía a la recurrente demostrar que las estipulaciones del contrato de concesión permitían a Volkswagen adoptar medidas del tipo de las aquí controvertidas.

52. El segundo, que cabe considerar más atento a la importancia real de cada una de las partes de la relación, trasladaba el análisis a otro terreno: el del comportamiento concreto adoptado por los concesionarios alemanes a resultas del envío de las instrucciones en materia de descuentos. Así, la Comisión habría podido tratar de demostrar que, al atenerse o simplemente adhiriéndose de cualquier modo a las exigencias de Volkswagen, los revendedores habían manifestado tácitamente conformidad a la nueva política del fabricante.

33 — Sentencia recurrida, apartado 59.

53. He de añadir que la elección de este último planteamiento podría implicar un delicado problema de interpretación del significado y alcance de la mencionada jurisprudencia Sandoz. Ello es así en la medida en que habría sido necesario apreciar si la Comisión pudo deducir el consentimiento de los concesionarios sobre la única base de la (eventual) falta de oposición de estos mismos a las directrices controvertidas, o bien si debió examinar además si subsistían elementos que podían conducir a estimar que tal deducción automática, y ciertamente un poco simplista, no estuviera justificada en el presente asunto.

54. Ahora bien, he de señalar antes de nada que, en el ámbito del examen del presente recurso, el Tribunal de Justicia no deberá afrontar tal tipo de problemas porque, para probar la conformidad de los concesionarios, la Comisión no se situó en la perspectiva antes señalada. En efecto, al basar su análisis exclusivamente en la existencia de un contrato de distribución selectiva, cuya firma implicaba la aceptación *previa* de las medidas objetadas, [34] la recurrente acabó por no estimar necesario determinar «si los distribuidores alemanes de Volkswagen realmente [habían] modificado su política de precios a raíz de las circulares y amonestaciones, ni en qué medida pudieron haberlo hecho (considerando 68 de la Decisión recurrida)» o bien si se abstuvieron de oponerse a las directrices controvertidas. [35]

55. Queda pues por verificar si subsiste el otro supuesto considerado más arriba, es decir, si la Comisión pudo efectivamente basarse en el contrato de concesión controvertido para estimar que Volkswagen y los revendedores alemanes habían celebrado un acuerdo en materia de precios.

56. Sin embargo, a este respecto, el Tribunal de Primera Instancia ya ha comprobado por su parte que la prohibición de conceder descuentos impuesta por la empresa automovilística a sus concesionarios no podía reconducirse a ninguna estipulación del contrato de concesión. [36] Ahora bien, tal verificación constituye una valoración del valor probatorio que ha de atribuirse a los

34 — Planteamiento confirmado explícitamente por la Comisión en la vista.

35 — Sentencia recurrida, apartados 38 y 39. Y de hecho, en la Decisión recurrida, la Comisión hace referencia al comportamiento de las partes (por ejemplo, las amenazas de consecuencias jurídicas, dirigidas por Volkswagen a sus concesionarios, en caso de inobservancia de las directrices controvertidas) únicamente en apoyo de su tesis según la cual las directrices controvertidas estaban «cubiert[a]s por el contrato de distribución» y, por tanto, fueron aceptadas *de antemano* por los distribuidores (véanse la Decisión recurrida, apartado 66, y la sentencia recurrida, apartado 60). Además, los únicos comportamientos adoptados por un número representativo de concesionarios a los que hace referencia la Comisión no podrían ser invocados para demostrar una cierta forma de aquiescencia a la medida *específica* controvertida. En efecto, como se desprende de la propia Decisión, las críticas formuladas por el «comité consultivo de distribuidores» relativas a los elevados descuentos concedidos por algunos de ellos se referían a «otro modelo» de turismo, el Golf A4, y no al modelo Passat objeto de las directrices controvertidas (véase la Decisión recurrida, apartados 43 y 67). De igual modo, la Comisión menciona los debates en materia de disciplina de precios entre la dirección de Volkswagen y la asociación de distribuidores de Volkswagen y Audi, pero sin facilitar precisiones sobre el resultado de las mismas, y en particular sin aclarar si la cuestión de las directrices controvertidas fue o no tratada en el marco de tales debates (véase la Decisión recurrida, apartados 36 a 41).

36 — Véase la sentencia recurrida, apartados 62 a 67.

elementos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia en particular a las cláusulas contractuales invocadas por la Comisión). Es decir, se trata de una verificación «de hecho» y, por tanto, de un tipo de valoración que, según una reiterada jurisprudencia, no puede ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia, a menos que se esté en presencia de un caso de desnaturalización de los elementos de prueba.[37] Sin embargo, en el ámbito del presente recurso, la Comisión no ha denunciado tal desnaturalización.

57. Ahora bien, debo señalar además que la indicada conclusión del Tribunal de Primera Instancia me parecería difícilmente rebatible sobre el fondo. De hecho, ha de observarse que, además de estar redactado en términos neutros, el artículo 2 del contrato de concesión (véase el punto 2 *supra)* –al cual, según la Comisión, pueden reconducirse las directrices controvertidas– no mencionaba en modo alguno la política de precios, mientras que estipulaba específicamente que, para toda una serie de aspectos de la política de distribución (por ejemplo, almacenamiento de piezas de recambio, servicio de postventa, publicidad, formación, etc.), los concesionarios debían «cumpl[ir] todos los requisitos» establecidos por la empresa automovilística.

58. Asimismo, la medida controvertida estaba expresamente excluida por una de las estipulaciones del contrato aquí relevantes, y en particular por el artículo 8, en virtud del cual Volkswagen podía publicar, «en relación con los precios a los compradores finales y con los descuentos, unos precios recomendados *sin* carácter vinculante».

59. Justamente el hecho de que las directrices controvertidas no estuvieran en modo alguno previstas o admitidas por el contrato de concesión es, pues, a mi juicio, lo que distingue claramente el caso examinado de la jurisprudencia anterior antes mencionada, en la cual el Tribunal de Justicia consideró que una medida adoptada por un fabricante quedaba cubierta por la firma del acuerdo de distribución (véanse los puntos 42 a 44 *supra).*

60. De todo ello resulta, en mi opinión, que el Tribunal de Primera Instancia estimó correctamente que «la Comisión no [demostró] en la Decisión recurrida que exist[iera] un acuerdo de voluntades entre [Volkswagen] y sus concesionarios relativo a la directrices controvertidas»,[38] con la consecuencia de que la Decisión recurrida fue adoptada contraviniendo el artículo 81 CE, apartado 1.

61. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el presente recurso.

37 — Sentencia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartados 21 y 22. En el mismo sentido, véanse, entre tantas, las sentencias de 21 de junio de 2001, Moccia Irme y otros/Comisión (asuntos acumulados C-280/99 P a C-282/99 P, Rec. p. I-4717), apartado 78; de 8 de mayo de 2003, T. Port/Comisión (C-122/01 P, Rec. p. I-4261), apartado 27; de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-212/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartados 47 a 49, y auto de 9 de julio de 2004, Fichtner/Comisión (C-116/03, no publicado en la Recopilación), apartado 33.

38 — Sentencia recurrida, apartado 68.

III. Sobre las costas

62. A la luz del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, y teniendo en cuenta las conclusiones a las que he llegado relativas a la desestimación del recurso, considero que procede condenar en costas a la Comisión.

IV. Conclusión

63. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.