CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO apresentadas em 17 de Novembro de 2005 [1]

1. Por acórdão de 3 de Dezembro de 2003, proferido no processo T-208/01, Volkswagen/Comissão (Colect., p. II-5141, a seguir «acórdão recorrido»), o Tribunal de Primeira Instância anulou a Decisão 2001/711/CE da Comissão, de 29 de Junho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (a seguir «decisão impugnada») [2], que punia a Volkswagen por ter concluído com os concessionários pertencentes à sua rede de distribuição alemã um acordo de fixação do preço de venda dos veículos automóveis de modelo Passat. A Comissão vem agora requerer a anulação deste acórdão.

I — Matéria de facto e tramitação processual

A — *Os factos na origem do litígio*

2. No acórdão recorrido, o quadro factual que está na origem do litígio é descrito do seguinte modo:

«1 A Volkswagen AG (a seguir 'Volkswagen' ou 'recorrente') é a sociedade *holding* e a maior empresa do grupo Volkswagen, com actividade no sector da construção automóvel. Os veículos automóveis produzidos pela recorrente são vendidos na Comunidade, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva e exclusiva, por concessionários com os quais a recorrente celebrou contratos de concessão.

2 Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, do contrato de concessão nas suas versões do mês de Setembro de 1995 e do mês de Janeiro de 1998, a Volkswagen atribui ao concessionário um território contratual, para que este execute o programa de entregas e preste serviço à clientela. Em contrapartida, o concessionário compromete-se a promover intensamente a venda e os serviços pós-venda no território que lhe é atribuído e a explorar ao máximo o potencial do mercado. Segundo o artigo 2.º, n.º 6 (versão do mês de Janeiro de 1989) e n.º 1 (versões do mês de Setembro de 1995 e do mês de Janeiro de 1998), do contrato de concessão, o concessionário compromete-se 'a defender os interesses da [Volkswagen], da organização de distribuição Volkswagen e da marca Volkswagen, que devem promover por todos os meios'. Estipula-se igualmente que

1 — Língua original: italiano.

2 — Processo COMP/F-2/36.693 — Volkswagen (JO L 262, p. 14).

'os concessionários têm de se conformar com todas as instruções relacionadas com a execução do contrato nos domínios da distribuição de novos veículos Volkswagen, fornecimento de peças sobresselentes, serviço à clientela, promoção comercial, publicidade e formação e têm a obrigação de assegurar o nível de resultados previsto para os diversos sectores do negócio Volkswagen'. Finalmente, segundo o artigo 8.º, n.º 1, do contrato de concessão, '[a Volkswagen] comunica valores recomendados para os preços de venda ao consumidor final e os descontos a conceder'.»

B — *A decisão impugnada*

3. Na sequência de uma queixa de um comprador de um veículo automóvel, a Comissão abriu um procedimento administrativo de inquérito para averiguar as eventuais violações ao artigo 81.º, n.º 1, CE a respeito da fixação do preço de venda do modelo Volkswagen Passat na Alemanha. No termo do inquérito, a Comissão adoptou a decisão impugnada, através da qual:

— concluiu que a Volkswagen violou o artigo 81.º, n.º 1, CE, ao «fixar os preços de venda do modelo Volkswagen Passat exigindo aos seus concessionários alemães sob contrato que não concedessem descontos aos clientes ou que só lhes concedessem descontos diminutos na venda desse modelo» (artigo 1.º);

— aplicou à Volkswagen uma coima no montante de 30,96 milhões de euros (artigo 2.º).

4. Na fundamentação da decisão, a Comissão procurou demostrar: i) que a Volkswagen tinha concluído com os concessionários alemães um acordo sobre o preço de revenda dos modelos Passat (considerandos 56 a 69); ii) que esse acordo tinha por objecto restringir a concorrência (considerandos 70 a 74); iii) que isso implicava um prejuízo sensível ao comércio entre os Estados-Membros (considerandos 81 a 91) e iv) que o acordo em causa não podia beneficiar de uma isenção individual ou por categoria na acepção do artigo 81.º, n.º 3, do Tratado (considerandos 93 a 96).

5. No que respeita mais especificamente ao primeiro aspecto, objecto do presente recurso, a Comissão concluiu pela existência de uma regulação acordada em matéria de preços devido ao envio, pela Volkswagen, de três circulares a todos os concessionários alemães e ainda de cinco missivas a alguns destes (a seguir «advertências controvertidas»), nas quais a construtora de automóveis intimava os seus revendedores a não concederem descontos (ou a concedê-los em

medida muito limitada) nas vendas dos Passat, ameaçando-os de consequências jurídicas caso não respeitassem essas instruções (considerandos 29 a 55).

6. Segundo a Comissão, estas instruções não constituíam um mero comportamento unilateral da Volkswagen, mas antes um acordo na acepção do artigo 81.º CE, porquanto se inseriam no âmbito das relações comerciais continuadas mantidas pela construtora com os seus concessionários com base nos respectivos contratos de concessão (considerandos 57 a 59). Com efeito, resultava da «jurisprudência reiterada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [que] a inclusão na rede de concessionários prevê que as partes contratuais aceitem expressa ou tacitamente a política de distribuição do construtor. É por esse motivo que as circulares se [tinham tornado] um elemento dos acordos da Volkswagen AG com os seus concessionários contratuais, dado que devem ser consideradas como sendo um elemento de relações comerciais continuadas, com base num acordo geral vigente (o contrato de concessão)» (considerando 57).

7. Especificamente, o tribunal comunitário esclareceu que «as [intimações] endereçadas por qualquer construtor automóvel aos seus concessionários são consideradas acordos, desde que 'visem influenciar os [concessionários] quanto à forma de cumprirem o estipulado no contrato com o [construtor ou o importador]'». Esta condição, no entender da Comissão, estava claramente satisfeita no caso em apreço (considerando 62).

8. Consequentemente, a Comissão concluiu que «a questão de saber se, e com que alcance, os concessionários Volkswagen alemães [tinham alterado] a sua formação de preços, de facto, com base nas circulares e advertências do construtor não [tinha] de ser respondida» (considerando 68).

9. Por último, a Comissão rejeitou a argumentação da Volkswagen de que a política de preços em causa não teria podido ser acordada, nem sequer tacitamente, com os concessionários, pois não só não estava contemplada no contrato de concessão, como era directamente contrária ao disposto no artigo 8.º, n.º 1, deste mesmo contrato.

10. Inversamente, segundo a Comissão, as advertências controvertidas teriam por base uma cláusula deste contrato: o artigo 2.º, n.º 6 (considerando 64). Ademais, não se podia falar de «'contradição' entre estas exigências e o disposto no n.º 1 do artigo 8.º do contrato de concessão, que determina que a '[Volkswagen] comunica valores recomendados para os preços de venda ao consumidor final e os descontos a conceder'. Estas recomendações de preços, segundo o disposto nos restantes números do mesmo artigo, são tomadas em consideração no cálculo dos preços e compensações entre concessionários e construtor. O facto de este mecanismo consagrar o direito do construtor de emitir recomendações de preços não

significa para os concessionários qualquer garantia específica de que o construtor se abstenha posteriormente de dar instruções em matéria de preços, nomeadamente por força do disposto no n.º 1 do artigo 2.º» (considerando 65).

C — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido

11. Por petição apresentada em 10 de Setembro de 2001, a Volkswagen requereu ao Tribunal de Primeira Instância, a título principal, a anulação da decisão da Comissão e, a título subsidiário, a redução do montante da coima infligida por esta decisão.

12. Por acórdão de 3 de Dezembro de 2003, o Tribunal de Primeira Instância acolheu o principal fundamento do recurso da Volkswagen, relativo à aplicabilidade, no presente caso, do artigo 81.º, n.º 1, CE, e anulou a decisão impugnada, porquanto julgou que «a Comissão não [tinha feito] [...] prova de um concurso de vontades entre a recorrente e os seus concessionários, relativamente às [intimações] em litígio» [3].

13. Ao apreciar a crítica da recorrente, o Tribunal de Primeira Instância recordou sobretudo, remetendo em particular para o acórdão Bayer [4], que «o conceito de acordo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE [...] se baseia na existência de uma concordância de vontades entre duas partes, pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas» [5] e que, portanto, não cai no âmbito de aplicação da referida disposição «uma decisão do fabricante [que] constitui um comportamento unilateral da empresa» [6].

14. Para a aplicação do artigo 81.º do Tratado, prosseguiu o Tribunal, haveria, pois, que «distinguir as hipóteses em que uma empresa tenha adoptado uma medida verdadeiramente unilateral e, portanto, sem a participação expressa ou tácita de uma outra empresa, daquelas em que o carácter unilateral é unicamente aparente. Se as primeiras não são abrangidas pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, as segundas devem ser vistas como revelando um acordo entre empresas e podem cair, deste modo, no âmbito desse artigo. Tal é o caso, nomeadamente, das práticas e medidas restritivas da concorrência que, adoptadas aparentemente de um modo unilateral pelo fabricante no quadro das suas relações contratuais com os seus revendedores, recebem todavia aquiescência, pelo menos tácita, destes últimos» [7].

3 — Acórdão recorrido, n.º 68.

4 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, Bayer/Comissão (T-41/96, Colect., p. II-3383).

5 — Acórdão recorrido, n.º 32.

6 — Acórdão recorrido, n.º 33.

7 — Acórdão recorrido, n.º 35.

15. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou, todavia, que da jurisprudência comunitária assente [8] «resulta [...] que a Comissão não pode considerar que um comportamento aparentemente unilateral de um fabricante, adoptado no quadro das relações contratuais que mantém com os seus revendedores, está na realidade na origem de um acordo entre empresas, na acepção do artigo 81.°, n.° 1, CE, se não provar a existência de um consentimento, expresso ou tácito, por parte dos outros parceiros, em relação à atitude adoptada pelo fabricante» [9].

16. Isto recordado, e passando a apreciar a aplicabilidade do artigo 81.°, n.° 1, ao caso em exame, o Tribunal de Primeira Instância constatou seguidamente que a própria Comissão tinha admitido não ter «provado que as [intimações] em litígio [tivessem] sido postas em prática no terreno». Isto porque entendia não ser necessária esta comprovação, porquanto, sempre em seu entender, a política de distribuição em causa tinha sido tácita e preventivamente aceite pelos concessionários no momento da assinatura do contrato de concessão [10].

17. O Tribunal de Primeira Instância considerou, todavia, que esta tese não podia vingar. Em seu entender, é certamente possível considerar que foi aceite antecipadamente, através da assinatura de um contrato de concessão legal, «uma evolução contratual legal que ou é perspectivada pelo contrato, ou é uma evolução que o concessionário não pode, face aos usos comerciais ou à regulamentação, recusar» [11]. Não se podia, em contrapartida, presumir que «uma evolução contratual ilegal» tivesse sido preventivamente aceite pelos concessionários [12]. Em semelhante caso, «a aquiescência à evolução contratual ilegal só pode ocorrer após o concessionário ter tido conhecimento da evolução pretendida pelo concedente» [13].

18. A própria jurisprudência invocada — mas em seguida interpretada erradamente — pela Comissão confirmaria, no entender do Tribunal de Primeira Instância:

— «a necessidade, para se poder verificar a existência de um acordo, na acepção do artigo 81.°, n.° 1, CE, de ser feita a prova de um concurso de vontades»; e que

— «esse concurso de vontades deve incidir num comportamento determinado, que deve, por conseguinte, ser conhecido das partes quando estas o aceitam» [14].

8 — O Tribunal de Primeira Instância remeteu especificamente para os acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1979, BMW/Comissão (32/78, 36/78 a 82/78, Recueil, p. 2435), de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão (107/82, Recueil, p. 3151), de 17 de Setembro de 1985, Ford/Comissão (25/84 e 26/84, Recueil, p. 2725), de 11 de Janeiro de 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Comissão (C-277/87, Colect., p. I-45), e do Tribunal de Primeira Instância, Bayer, já referido.

9 — Acórdão recorrido, n.° 36.

10 — Acórdão recorrido, n.^{os} 38 a 40.

11 — Acórdão recorrido, n.° 45.

12 — *Ibidem*.

13 — *Ibidem*.

14 — Acórdão recorrido, n.° 56.

19. Ao invés, «contrariamente ao que pretend[ia] a Comissão, não resulta[ria] da jurisprudência que o elemento determinante da inserção de uma [intimação] num contrato é que esta [intimação] se destina a influenciar o concessionário no cumprimento do referido contrato. Se assim fosse, o envio pelo concedente de uma [intimação] aos seus concessionários levaria, sistematicamente, à verificação de um acordo, quando, por definição, essa [intimação] se destina a influenciar esses concessionários no cumprimento do seu contrato» [15].

20. Com base nestas considerações, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a tese da Comissão de que «a assinatura do contrato [...] implicava uma aceitação tácita dada antecipadamente [às advertências controvertidas]» — pelo que não era necessário «fazer a prova de uma aquiescência efectiva dos concessionários a essas [advertências]» — era infundada [16].

21. Por último, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou o argumento aduzido a título subsidiário pela Comissão, segundo o qual a aceitação pelos concessionários das medidas em questão podia, contudo, ser deduzida da conjugação do disposto nos artigos 2.º e 8.º do contrato de concessão.

22. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, por um lado, que «o artigo 2.º, n.os 1 ou 6, do contrato de concessão, de acordo com o qual o concessionário se compromete a 'defender os interesses da [Volkswagen], da organização de distribuição da Volkswagen e da marca Volkswagen [...]', só pode ser interpretado como visando apenas os meios conformes com a lei. Sustentar o contrário significaria, com efeito, deduzir de uma tal cláusula contratual, redigida em termos neutros, que os concessionários estavam vinculados por um pacto ilegal» [17].

23. Nem poderia levar a conclusão diversa, prosseguiu o Tribunal de Primeira Instância, o facto de a «Volkswagen [ter invocado] o artigo 2.º do contrato de concessão nas [advertências controvertidas] [...]. Com efeito, a existência de um eventual nexo orgânico entre o artigo 2.º do contrato de concessão e as [advertências controvertidas] só pode ser provado objectivamente, através da análise das disposições em causa, independentemente do que afirme posteriormente um dos contratantes. Ora, como se disse acima, resulta dos próprios termos do referido artigo 2.º que esta disposição não se refere minimamente a uma evolução anticoncorrencial do contrato» [18].

24. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância salientou que o artigo 8.º, n.º 1, do

15 — Acórdão recorrido, n.º 57.
16 — Acórdão recorrido, n.º 59.
17 — Acórdão recorrido, n.º 63.
18 — Acórdão recorrido, n.º 66.

contrato estava «igualmente redigido em termos neutros, ou mesmo proibitivos da possibilidade de a Volkswagen emitir recomendações de preços vinculativ[a]s» [19].

25. À luz do conjunto das considerações precedentemente expostas, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a Comissão não tinha demonstrado que os concessionários alemães deram o seu assentimento à política de preços da Volkswagen e que, portanto, a decisão impugnada tinha sido adoptada em violação do artigo 81.º, n.º 1, CE [20].

D — *A tramitação processual no Tribunal de Justiça*

26. Por requerimento apresentado em 16 de Fevereiro de 2004, a Comissão pediu que o Tribunal de Justiça i) anule o acórdão recorrido; ii) remeta o processo para julgamento ao Tribunal de Primeira Instância iii) e, em todo o caso, condene a Volkswagen nas despesas.

27. A recorrida opôs-se, obviamente, a estas pretensões, pedindo ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas.

28. Após o encerramento da fase escrita, que conheceu mesmo uma segunda troca de articulados, as partes foram ouvidas na audiência de 29 de Setembro de 2005.

II — Análise jurídica

29. Com o seu fundamento único de recurso, a Comissão contesta a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que as advertências através das quais a Volkswagen exortava os seus concessionários a não concederem descontos nas vendas dos modelos Passat não constituíam acordos na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Em seu entender, o Tribunal de Primeira Instância terá acolhido uma interpretação excessivamente restritiva do conceito de «acordo» e, portanto, violado a referida disposição.

Os argumentos das partes

30. A recorrente sustenta, principalmente, que a interpretação acolhida pelo Tribunal de Primeira Instância é contrária à jurisprudência constante [21], nos termos da qual um «acordo», na acepção do artigo 81.º, existirá

19 — Acórdão recorrido, n.º 64.

20 — Acórdão recorrido, n.º 68.

21 — A Comissão remete especificamente para os acórdãos AEG e Ford, já referidos, e de 6 de Janeiro de 2004, BAI e Comissão/Bayer (C-2/01 P e C-3/01 P, Colect., p. I-23).

pelo simples facto de advertências do tipo das aqui em causa serem efectuadas por um produtor no âmbito de relações comerciais contínuas com os seus distribuidores reguladas por um acordo geral anterior. De igual modo, segundo a mesma referência jurisprudencial, a entrada de um revendedor num sistema de distribuição selectiva implica sempre a sua aceitação expressa ou tácita da política de distribuição do produtor [22].

31. Nestes casos, a fim de verificar a existência de um acordo, não será, pois, necessário provar, contrariamente ao que o Tribunal de Primeira Instância entende, que os distribuidores concordaram especificamente com a medida em questão. Nem se poderá concluir que, com a subscrição de um acordo de concessão, o concessionário aceita a política de distribuição do produtor apenas no limite da sua evolução legítima ou, pelo menos, a medidas de que tenha conhecimento.

32. Afastando-se da jurisprudência precedente, o acórdão recorrido terá, pois, no entender da recorrente, imposto requisitos demasiado severos com o objectivo de provar a existência de acordos relativos a restrições verticais da concorrência.

33. Mas não só: pois que, para além de ser contrária a uma jurisprudência consolidada, a interpretação do conceito de acordo feita no acórdão recorrido, prossegue a Comissão, ignora a natureza e as características dos contratos de distribuição selectiva. Com efeito, estes contratos instituem um quadro geral destinado a ser aplicado durante um certo número de anos e, portanto, a ser progressivamente completado e concretizado em função das exigências das partes, das condições do mercado, dos avanços técnicos, etc. Uma vez que nem todas estas evoluções são previsíveis no momento da celebração do contrato de concessão, estes acordos, como terá sido reconhecido também pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Ford, deixam necessariamente alguns aspectos para posteriores decisões do produtor. A subscrição do acordo de distribuição implicará então, para o distribuidor, a prévia aceitação destas medidas.

34. A Comissão critica, por último, a distinção feita pelo Tribunal de Primeira Instância entre evoluções contratuais «legais» e «ilegais» (v. n.º 17, *supra*), distinção da qual terá seguidamente deduzido — erradamente, segundo a recorrente — que: i) no momento da subscrição de um contrato de distribuição legal, o distribuidor aceita unicamente as evoluções contratuais legais, e que ii) uma cláusula redigida em termos neutros só pode respeitar a medidas «conformes com a lei».

35. Ora, segundo a Comissão, esta distinção não é pertinente quando se trata de provar a

22 — A Comissão recorda, em particular, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Colect., p. I-3439), e de 18 de Setembro de 2003, Volkswagen (C-338/00 P, Colect., p. I-9189).

aceitação por parte de um distribuidor de uma medida imposta por um produtor. Na verdade — como, de resto, ficou confirmado nos casos que estão na origem dos acórdãos do Tribunal de Justiça em matéria de contratos de distribuição —, podem ser tomadas medidas ilegais com base em cláusulas contratuais perfeitamente legais ou absolutamente neutras.

36. A Comissão acrescenta que se trata de um critério de difícil aplicação prática, pois nem sempre será fácil para os distribuidores distinguirem as medidas legais das ilegais, em particular quando esta apreciação exige uma interpretação dos regulamentos de isenção aplicáveis na matéria.

37. Por seu turno, a Volkswagen considera, pelo contrário, que o Tribunal de Primeira Instância aplicou correctamente o artigo 81.°, n.° 1, CE ao caso concreto e, em particular, que a interpretação do conceito de «acordo» acolhida no acórdão recorrido não é contrária à jurisprudência comunitária assente.

Apreciação

38. O presente recurso suscita uma vez mais a delicada questão da aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE, e, mais especificamente, do conceito de «acordo» aí utilizado, a comportamentos aparentemente unilaterais adoptados pelos produtores no âmbito das relações comerciais com os seus distribuidores [23].

39. Mais precisamente, trata-se de estabelecer se é possível presumir, como sustenta a Comissão e contrariamente ao decidido pelo Tribunal de Primeira Instância, que, com a subscrição de um acordo de distribuição, o revendedor dá antecipadamente a sua aquiescência a todas as medidas tomadas pelo produtor no âmbito das suas relações sucessivas, incluindo aos comportamentos anticoncorrenciais do tipo dos aqui em causa.

40. Uma vez que tanto a Comissão como a Volkswagen, embora chegado a conclusões opostas, responderam a esta interrogação remetendo para os numerosos acórdãos do Tribunal de Justiça em matéria de acordos de distribuição, creio que é oportuno procurar, antes de mais, esclarecer o significado e o alcance desta jurisprudência.

23 — Nas conclusões que apresentei no processo BAI e Comissão/Bayer, já referido, examinei questões de interpretação do artigo 81.° CE similares, embora num contexto factual diferente. Com efeito, nesse processo, diversamente do aqui em causa, o produtor e os revendedores não tinham celebrado qualquer contrato de distribuição e o produtor não tinha enviado aos seus grossistas qualquer tipo de instruções ou solicitações, «limitando-se», ao invés, a criar um sistema de limitação das vendas a fim de impedir ou limitar as importações paralelas. Estas conclusões contêm, todavia, uma análise da jurisprudência comunitária em matéria de restrições verticais que terei oportunidade de retomar e que, pelo menos em parte, pode ser útil também para efeito do exame dos presentes autos (v., em particular, n.os 49 a 78).

41. Ora, no respeitante ao aspecto relevante para o caso em apreço, creio que o Tribunal de Justiça qualificou como apenas aparentemente unilaterais, e, portanto, na realidade, como autênticos acordos, dois tipos de medidas tomadas no âmbito das relações entre produtores e revendedores.

42. O primeiro diz respeito às medidas previstas no próprio acordo de distribuição. A esse propósito, o tribunal comunitário considerou que, ao aderir a um acordo que contempla ou, pelo menos, permite a tomada de ulteriores medidas por parte do produtor, o distribuidor aceita antecipadamente sujeitar-se a estas medidas. Por outras palavras, considera-se que estas caem no âmbito de aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE por estarem cobertas pela aquiescência dada ao contrato de distribuição, do qual, em boa medida, devem ser consideradas «inseparáveis».

43. Creio que é esta a lógica que está subjacente aos acórdãos Ford, AEG e Bayerische Motorenwerke invocados pela Comissão em apoio da sua tese [24]. Com efeito, no acórdão Ford, o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento das sociedades recorrentes a respeito da natureza alegadamente unilateral de algumas medidas de restrição dos fornecimentos, salientando que o contrato de concessão da Ford «remet[ia] determinados aspectos para ulteriores decisões do produtor», entre os quais precisamente, como expressamente previsto no anexo I do referido contrato, as decisões em matéria de entrega dos modelos de veículos automóveis [25]. De igual modo e apesar de talvez tal não resultar com tanta clareza da fundamentação dos respectivos acórdãos, nos processos AEG e Bayerische Motorenwerke considerou-se que as medidas restritivas em questão podiam ser reconduzidas aos respectivos contratos de distribuição [26], pelo que o Tribunal de Justiça pôde concluir que o comportamento ou a decisão do produtor não constituía um acto unilateral, pois inseria-se nas «relações contratuais preestabelecidas entre a empresa e os revendedores» [27].

44. Na mesma óptica, mencione-se ainda o mais recente acórdão Volkswagen, no qual o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 81.° do Tratado era aplicável a medidas de limitação das entregas decididas por aquela construtora de automóveis relativamente aos seus concessionários italianos, salientando em particular o facto de que o «contrato de concessão *previa* a possibilidade de limitar as entregas» [28]. Por conseguinte, «ao aceitar [este] contrato [...], os

24 — Nestes processos, tratava-se, essencialmente, de determinar se medidas tomadas pelos produtores eram autónomas e distintas relativamente aos acordos de distribuição ou se estavam de um qualquer modo cobertas por estes acordos e deviam, portanto, ser tomadas em consideração para apreciar a respectiva compatibilidade com as regras da concorrência. Para uma análise mais detalhada destes acórdãos, v. as conclusões que apresentei no processo BAI e Comissão/Bayer (em especial, n.os 68 a 74).

25 — Acórdão Ford, já referido, n.° 20.

26 — V. acórdãos AEG, já referido, n.os 38 e 39, e Bayerische Motorenwerke, já referido, n.° 17.

27 — Acórdãos Ford, já referido, n.° 21, e AEG, já referido, n.° 38. V. também acórdão Bayerische Motorenwerke, já referido, n.° 17.

28 — Acórdão Volkswagen, já referido, n.° 64. Sublinhado meu.

concessionários italianos [tinham consentido] numa medida que foi utilizada logo a seguir para entravar as reexportações a partir de Itália» [29].

45. A outra hipótese de medidas apenas aparentemente unilaterais contemplada pela jurisprudência comunitária refere-se, ao invés, aos casos de ausência de disposições contratuais pertinentes, ou mesmo de um qualquer contrato, e parte do pressuposto de que a aquiescência às solicitações do produtor pode ser dada não apenas de forma expressa, mas também tácita. Nestes casos, pois, a aceitação de um acto aparentemente unilateral decorre do comportamento dos seus destinatários, com a consequência de que o acordo deve considerar-se concluído sempre que, em resposta às referidas solicitações, o distribuidor manifeste através de comportamentos concretos a sua aquiescência [30].

46. Precisamente nesta perspectiva, o tribunal comunitário, no seu acórdão Sandoz, enunciou, acolhendo uma interpretação particularmente ampla do conceito de acordo, que «[a]s encomendas reiteradas de produtos e os pagamentos sucessivos sem protestos pelo cliente dos preços indicados nas facturas, com a menção exportação proibida, constituíam da parte deste uma aquiescência tácita [a esta cláusula restritiva]» [31]. Por outras palavras, *e sem sequer verificar se seguidamente e em concreto os produtos em questão foram ou não exportados*, o Tribunal de Justiça reconheceu uma forma de «aquiescência tácita» — e, por conseguinte, considerou ter sido concluído um «acordo» — pelo simples facto de, após a inserção da menção em questão nas facturas, os grossistas não terem contestado esta menção e terem continuado a abastecer-se regularmente junto da empresa farmacêutica.

47. Ao contrário, portanto, do sustentado pela Comissão, dos acórdãos que acabamos de examinar não decorre que, para se apurar a existência de um acordo na acepção do artigo 81.°, n.° 1, do Tratado, basta a simples verificação de que uma medida foi tomada por um produtor no âmbito de relações comerciais continuadas mantidas com os seus revendedores e/ou que estes últimos façam parte de um determinado sistema de distribuição [32]. O que conta, pelo contrário, é que os distribuidores tenham dado o seu assentimento à medida específica em questão, podendo este assentimento ser dado *a montante*, em cláusulas contratuais (primeira hipótese), ou *a jusante* na forma de uma

29 — Acórdão Volkswagen, já referido, n.° 65.

30 — V., em especial, acórdão BMW Belgium, já referido, n.os 28, 29 e 37.

31 — Acórdão Sandoz, já referido, n.° 11. V. ainda, de data mais recente, acórdão BAI e Comissão/Bayer, já referido, n.° 142.

32 — A este respeito, v., em especial, acórdão BAI e Comissão/Bayer, já referido, no qual o Tribunal de Justiça observou que «[o] simples facto de existir concomitantemente um acordo, em si mesmo neutro, e uma medida restritiva da concorrência, imposta de forma unilateral, não equivale a um acordo proibido pela referida disposição. Por conseguinte, o simples facto de uma medida adoptada por um fabricante, que tem por objectivo ou por efeito limitar a concorrência, se inserir no âmbito de relações comerciais continuadas entre este último e os seus grossistas não é suficiente para concluir pela existência de tal acordo» (n.° 141).

aquiescência mais ou menos explícita (segunda hipótese).

48. Por outras palavras, a aplicação do artigo 81.° CE não pode prescindir da verificação da existência de uma vontade comum dos operadores económicos interessados em adoptar um determinado comportamento ou tomar uma determinada medida. Com efeito, este concurso de vontades entre as partes não delimita apenas os âmbitos de aplicação respectivos dos artigos 81.° CE e 82.° CE, isto é, entre a legislação aplicável em matéria de acordos proibidos e a relativa às medidas unilaterais, mas caracteriza o próprio conceito de acordo.

49. Regressando agora ao caso em apreço, e procurando determinar o fio condutor da análise antes expendida, creio, antes de mais, que não se pode criticar o Tribunal de Primeira Instância, contrariamente ao que faz a Comissão, por ter aplicado erradamente o artigo 81.°, n.° 1, CE, por ter exigido a prova da vontade, por parte dos concessionários alemães, de aderirem às solicitações específicas da Volkswagen em matéria de preços, mesmo inserindo-se estas no âmbito de relações comerciais continuadas reguladas por um acordo de distribuição anterior e sendo os concessionários membros de um sistema de distribuição selectiva. Ao exigir a «prova de uma aquiescência efectiva dos concessionários [às advertências controvertidas]» [33], o Tribunal de Primeira Instância mais não fez, na verdade, do que aplicar os princípios decorrentes, como vimos, da jurisprudência comunitária nesta matéria.

50. Ora, para fazer essa prova, a Comissão podia socorrer-se de duas abordagens diversas, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais antes evocados.

51. A primeira, que podemos definir como mais formalista, exigia que a recorrente demonstrasse que as disposições do contrato de concessão permitiam à Volkswagen tomar medidas do tipo das aqui em causa.

52. A segunda, que podemos considerar mais atenta ao peso real de cada uma das partes na relação, deslocava a análise para outro terreno: o do comportamento concreto adoptado pelos concessionários alemães na sequência do envio das instruções em matéria de descontos. A Comissão teria podido, assim, procurar demostrar que, acatando ou, pelo menos, aderindo de qualquer forma às solicitações da Volkswagen, os revendedores tinham tacitamente manifestado o seu assentimento à nova política do produtor.

33 — Acórdão recorrido, n.° 59.

53. Acrescento que a opção por esta última abordagem teria podido implicar um delicado problema de interpretação do significado e do alcance da já referida jurisprudência Sandoz. Isto porque teria sido necessário apreciar se a Comissão podia deduzir a aquiescência dos concessionários unicamente da (eventual) ausência de contestações, por parte destes, às advertências controvertidas ou se, pelo contrário, também estaria obrigada a apreciar se subsistiam elementos que levassem a concluir que tal dedução automática, e certamente um pouco simplista, não se justificava na prática.

54. Contudo, refiro desde logo que, no âmbito do exame do presente recurso, o Tribunal de Justiça não se defronta com uma problemática deste tipo, pois, para provar o assentimento dos concessionários, a Comissão não se colocou na óptica que acabo de indicar. Com efeito, assentando a sua análise exclusivamente na existência de um contrato de distribuição selectiva, cuja subscrição teria implicado *a prévia* aceitação das medidas contestadas [34], a recorrente acabou por entender que não era necessário responder à «questão de saber se, e com que alcance, os concessionários Volkswagen alemães [tinham alterado] a sua formação de preços, de facto, com base nas circulares e advertências do construtor [...]» (considerando 68 da decisão impugnada) ou se, em todo o caso, se abstiveram de contestar as advertências controvertidas [35].

55. Resta, pois, verificar se subsiste a outra hipótese já referida, isto é, se a Comissão podia efectivamente basear-se no contracto de concessão em causa para considerar que a Volkswagen e os revendedores alemães tinham concluído um acordo em matéria de preços.

56. A este respeito, porém, o Tribunal de Primeira Instância já concluiu, por seu turno, que a interdição de conceder descontos imposta pela construtora de veículos automóveis aos seus concessionários não podia ser reconduzida a qualquer disposição do contrato de concessão [36]. Ora, semelhante conclusão constitui uma apreciação do valor probatório a atribuir aos elementos que foram presentes ao Tribunal de Primeira Instância (especificamente, as cláusulas con-

34 — Abordagem confirmada mesmo explicitamente pela Comissão na audiência.

35 — Acórdão recorrido, n.os 38 e 39. E, efectivamente, na decisão impugnada, a Comissão refere-se ao comportamento das partes (por exemplo, as ameaças de consequências jurídicas, da Volkswagen aos seus concessionários, em caso de não respeito das advertências controvertidas) unicamente em apoio da sua tese de que as advertências controvertidas se inserem no «âmbito de aplicação do contrato [de concessão]» e foram, portanto, *antecipadamente* aceites pelos distribuidores (v. decisão impugnada, considerando 66, e acórdão recorrido, n.º 60). Ademais, os únicos comportamentos adoptados por um número representativo de concessionários a que faz referência a Comissão não poderão ser invocados para demonstrar a aquiescência à medida *específica* em questão. Com efeito, como resulta da própria decisão, as críticas emitidas pelo «conselho consultivo dos concessionários» relativamente aos elevados descontos concedidos por alguns concessionários respeitam a «outro modelo» de veículo automóvel, o Golf A4, e não ao modelo Passat que foi objecto das advertências controvertidas (v. decisão impugnada, considerandos 43 e 67). Analogamente, a Comissão menciona discussões em matéria de regulação dos preços entre a direcção da Volkswagen e a associação dos concessionários Volkswagen e Audi, sem, todavia, fornecer esclarecimentos quanto ao respectivo êxito e, em particular, sem elucidar se a questão das advertências controvertidas foi sequer tratada no âmbito dessas discussões (v. decisão impugnada, considerandos 36 a 41).

36 — V. acórdão recorrido, n.os 62 a 67.

tratuais invocadas pela Comissão). Trata-se, portanto, de uma conclusão «de facto» e, por conseguinte, de um tipo de apreciação que, segundo jurisprudência constante, não pode ser objecto de fiscalização por parte do Tribunal de Justiça, excepto em caso de desvirtuação dos elementos de prova [37]. Contudo, no âmbito do presente recurso, a Comissão não denunciou uma tal desvirtuação.

57. Todavia, a acrescer a isto, devo ainda sublinhar que a referida conclusão do Tribunal de Primeira Instância me pareceria dificilmente contestável no tocante ao seu mérito. Com efeito, observo que, para além de estar redigido em termos neutros, o artigo 2.º do contrato de concessão (v. n.º 2, *supra*) — ao qual, segundo a Comissão, poderiam ser reconduzidas as advertências controvertidas — não mencionava de modo nenhum a política de preços, embora previsse especificamente que para toda uma série de aspectos da política de distribuição (por exemplo, abastecimento em peças sobresselentes, serviço à clientela, publicidade, formação, etc.) os concessionários tinham de se «conformar com todas as instruções» dadas pelo construtor.

58. Acresce que, a medida em causa estava mesmo expressamente excluída por uma das disposições do contrato que importa para os presentes autos e, mais especificamente, pelo seu artigo 8.º, nos termos do qual a Volkswagen podia unicamente «comunica [r] valores *recomendados* para os preços de venda ao consumidor final e os descontos a conceder».

59. É precisamente o facto de as advertências controvertidas não estarem de forma alguma previstas no contrato de concessão ou de aí não terem sido autorizadas que, em meu entender, distingue nitidamente o caso em apreço dos precedentes jurisprudenciais, antes referidos, nos quais o Tribunal de Justiça enunciou que uma medida tomada por um produtor está coberta pela aceitação do acordo de distribuição (v. n.os 42 a 44, *supra*).

60. De tudo isto, resulta, em meu entender, que o Tribunal de Primeira Instância concluiu correctamente que «a Comissão não [tinha feito], na decisão impugnada, prova de um concurso de vontades entre a [Volkswagen] e os seus concessionários, relativamente às [intimações] em litígio» [38], com a consequência de a decisão impugnada ter sido adoptada em violação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

61. Proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça negue provimento ao presente recurso.

37 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.os 21 e 22). No mesmo sentido, v., entre muitos, acórdãos de 21 de Junho de 2001, Moccia Irme e o./Comissão (C-280/99 P a C-282/99 P, Colect., p. I-4717, n.º 78), de 8 de Maio de 2003, T. Port/Comissão (C-122/01 P, Colect., p. I-4261, n.º 27), de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-212/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.os 47 a 49), e despacho de 9 de Julho de 2004, Fichtner/Comissão (C-116/03, não publicado na Colectânea, n.º 33).

38 — Acórdão recorrido, n.º 68.

III — Quanto às despesas

62. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, e atenta a conclusão a que cheguei quanto ao mérito do recurso, no sentido de lhe ser negado provimento, concluo que a Comissão deve ser condenada nas despesas.

IV — Conclusões

63. À luz das precedentes considerações, proponho que o Tribunal de Justiça decida:

«— É negado provimento ao recurso.

— A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas.»