ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
18 de Setembro de 1992 *

No processo T-24/90,

Automec Srl, sociedade de direito italiano, com sede em Lancenigo di Villorba (Itália), representada por Giuseppe Celona, advogado no foro de Milão, e Piero A. M. Ferrari, advogado no foro de Roma, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Georges Margue, 20, rue Philippe II,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Enrico Traversa, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Roberto Hayder, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão de 28 de Fevereiro de 1990, que indeferiu o pedido apresentado pela recorrente nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), relativo ao comportamento das sociedades BMW AG e BMW Italia SpA,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

composto por: J. L. Cruz Vilaça, presidente, H. Kirschner, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas e K. Lenaerts, presidentes de secção, D. Barrington, A. Saggio, C. Yeraris, R. Schintgen, C. P. Briët e J. Biancarelli, juízes,

advogado-geral: D. A. O. Edward
secretário: H. Jung

* Língua do processo: italiano.

vistos os autos e após a audiência de 22 de Outubro de 1991,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 10 de Março de 1992,

profere o presente

Acórdão

Os factos na origem do recurso

1 A recorrente é uma sociedade italiana de responsabilidade limitada, com sede social em Lancenigo di Villorba (província de Treviso). Em 1960, celebrou com a BMW Italia SpA (a seguir «BMW Italia») um contrato de concessão para a distribuição de veículos automóveis BMW na cidade e província de Treviso.

2 Por carta de 20 de Maio de 1983, a BMW Italia informou a recorrente da sua intenção de não renovar o contrato cujo termo ocorria em 31 de Dezembro de 1984.

3 A recorrente demandou então a BMW Italia no Tribunale de Milão para obter a sua condenação no prosseguimento das suas relações contratuais. Tendo sido negado provimento a este pedido, a recorrente interpôs recurso para a Corte d'appello de Milão. Por seu lado, a BMW Italia pediu ao presidente do Tribunale de Treviso que decretasse o arresto de todo o material pertencente à Automec e que ostentasse a marca BMW. Este pedido não foi deferido.

4 Durante a pendência do processo na Corte d'appello de Milão, a recorrente apresentou à Comissão, em 25 de Janeiro de 1988, um pedido nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»).

5 Nesse pedido, após ter descrito o desenrolar e o conteúdo das relações contratuais que havia mantido com a BMW Italia e exposto o conteúdo dos litígios que a opunham a esta última perante o tribunal nacional, a recorrente alegava que o comportamento da BMW Italia e da sociedade-mãe alemã, BMW AG, constituía uma violação do artigo 85.° do Tratado CEE. Considerando que o sistema de distribuição da BMW, aprovado no que respeita à República Federal da Alemanha pela Decisão 75/73/CEE da Comissão, de 13 de Dezembro de 1974, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (JO 1975, L 29, p. 1; a seguir «Decisão de 13 de Dezembro de 1974»), constituía um sistema de distribuição selectiva, a recorrente, entendendo que ela própria satisfazia os requisitos qualitativos exigidos, defendia que a BMW Italia não tinha o direito de lhe recusar o fornecimento de veículos e peças sobressalentes BMW, nem de a impedir de utilizar as marcas BMW. Baseando-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1986, Metro/Comissão (75/84, Colect., pp. 3021, 3091), a recorrente considera que a BMW Italia era obrigada a autorizá-la como distribuidora.

6 A recorrente considerava que, por conseguinte, a BMW era obrigada:

— a executar, aos preços e nas condições em vigor para os revendedores, as encomendas de veículos e de peças sobressalentes transmitidas pela recorrente;

— a autorizá-la a utilizar as marcas BMW, nos limites necessários à informação normal do público e segundo as modalidades praticadas no sector automóvel.

7 Por conseguinte, a recorrente pediu à Comissão que tomasse uma decisão, ordenando à BMW Italia e à BMW AG que pusessem termo à infracção denunciada e dessem cumprimento às medidas acima indicadas e a todas as outras que a Comissão considerasse necessárias ou úteis.

8 Por carta de 1 de Setembro de 1988, a recorrente queixou-se de uma intervenção recente da BMW junto dos seus concessionários italianos, a fim de os impedir de vender veículos a potenciais revendedores sob pena de perderem a comissão. A

recorrente acrescentava que era objecto de um boicote por parte da BMW e que se lhe tinha tornado impossível comprar veículos a concessionários italianos e estrangeiros desta marca, não obstante existirem veículos disponíveis. Assim, tinha sido recentemente colocada na impossibilidade de executar várias encomendas que tinha recebido.

9 Em 30 de Novembro de 1988, a Comissão enviou uma carta registada à recorrente, assinada por um director da Direcção-Geral da Concorrência (a seguir «DG IV»). Esta carta informava a recorrente, em primeiro lugar, de que a Comissão se considerava incompetente para deferir o seu pedido com base nas indicações que a recorrente lhe havia fornecido. A este respeito, a carta precisava que, embora essas indicações pudessem ser tomadas em consideração pelo juiz nacional no âmbito de um litígio destinado à reparação do prejuízo que a recorrente considerava ter sofrido, em contrapartida, não podiam ser invocadas pela Comissão para obrigar a BMW a retomar os fornecimentos à recorrente. Em segundo lugar, a carta chamava a atenção da recorrente para o Regulamento (CEE) n.° 123/85 da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CEE a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis (JO 1985, L 15, p. 16; EE 08 F2 p. 150, a seguir «Regulamento n.° 123/85»), que entrou em vigor em 1 de Julho de 1985. A Comissão acrescentava que «ao que parece, os vários construtores automóveis europeus alteraram os seus contratos de distribuição de modo a pô-los em conformidade com o regulamento. As informações disponíveis não permitem supor que a BMW Italia não tenha, por sua vez, tomado medidas para tornar compatível a sua própria rede de distribuição com as citadas normas comunitárias em matéria de concorrência».

10 Em 17 de Fevereiro de 1989, a recorrente interpôs um recurso de anulação dessa carta (processo T-64/89).

11 Em 26 de Julho de 1989, a Comissão enviou à recorrente uma segunda carta registada, assinada dessa vez pelo director-geral da concorrência. Após ter explicado que a carta de 30 de Novembro de 1988 não constituía uma tomada de posição definitiva da sua parte, a Comissão informava formalmente a recorrente de que entendia não dar seguimento favorável ao pedido de 25 de Janeiro de 1988. A Comissão fundamentava a sua tomada de posição, indicando que, nos termos do

artigo 85.° do Tratado CEE, não dispunha dos poderes necessários para declarar que a rescisão do contrato de concessão não produzia efeitos jurídicos, nem para ordenar o restabelecimento das relações contratuais entre as partes com base no contrato-tipo actualmente utilizado pela BMW Italia nas relações com os seus concessionários. Acrescentava que, mesmo supondo que o contrato de concessão aplicado pela BMW fosse contrário ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, ela poderia quando muito constatar a infracção e a nulidade do contrato que daí decorria. Além disso, a Comissão observava que uma parte num contrato não tem o direito de impedir a outra parte de rescindir normalmente o contrato, respeitando o prazo de pré-aviso previsto nesse contrato, como sucedia no caso concreto. Sendo essa informação comunicada «em cumprimento e para os efeitos» do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62, a seguir «Regulamento n.° 99/63»), a Comissão convidava a recorrente a apresentar as suas observações a este respeito no prazo de dois meses.

12 Por carta de 4 de Outubro de 1989, a recorrente respondeu a esse convite, afirmando que no seu pedido tinha unicamente reivindicado o direito de pertencer ao sistema de distribuição selectiva instituído, em seu entender, pela BMW, e não a manutenção do anterior contrato de concessão. Recordava que os seus representantes tinham indicado que estava pendente nos tribunais italianos um processo relativo às questões respeitantes a esse contrato. Em contrapartida, quanto ao seu direito de pertencer ao sistema de distribuição, tinham indicado que esse direito não decorria desse contrato, mas dos «inúmeros princípios reiteradamente afirmados pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça em matéria de distribuição selectiva», uma vez que a recorrente tinha demonstrado, durante 25 anos, que correspondia às exigências da BMW. A recorrente alegava ainda que a Comissão, na sua carta de 30 de Novembro de 1988, ao invocar a falta de indicações que permitissem supor que o sistema de distribuição da BMW não era compatível com o Regulamento n.° 123/85 de isenção por categoria, tinha ilegitimamente feito beneficiar a BMW de uma presunção de inocência, tendo em atenção os elementos de prova que a recorrente lhe tinha fornecido sobre o comportamento da BMW. Além disso, a recorrente considerava surpreendente que a Comissão se julgasse incompetente para ordenar o restabelecimento das relações contratuais entre ela própria e a BMW, quando tal nunca tinha sido pedido. A recorrente invocava o «seu direito a ser novamente abastecida em produtos BMW, não com base numa concessão exclusiva, mas enquanto distribuidor que preenche todos os requisitos exigidos para ser seleccionado para fazer parte dos membros da rede». A recorrente opunha-se, portanto, a que a Comissão atribuísse ao seu pedido um conteúdo que este não possuía.

13 Em 28 de Fevereiro de 1990, o membro da Comissão encarregado dos assuntos de concorrência dirigiu à recorrente, em nome da Comissão, uma carta nos seguintes termos:

«Refiro-me ao pedido que V. Ex.as apresentaram à Comissão, em 25 de Janeiro de 1988, nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17/62 do Conselho, contra a BMW Italia, dando conta de uma infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE, cometida, em vosso entender, por esta sociedade.

A Comissão examinou os elementos de facto e de direito apresentados na denúncia e deu a V. Ex.as a possibilidade de formular as vossas observações sobre a intenção da Comissão de não dar seguimento favorável ao referido pedido. Esta intenção foi-vos comunicada por uma carta preliminar de 30 de Novembro de 1988 e, posteriormente, pela 'carta nos termos do artigo 6.°' de 26 de Julho de 1989.

A vossa resposta de 4 de Outubro de 1989 não apresentou factos novos e não forneceu novos argumentos ou referências jurídicas em apoio do vosso pedido. Daqui decorre que a Comissão não encontra razões para modificar a sua intenção de indeferir o vosso pedido de intervenção, pelos motivos que seguem.

1. Em primeiro lugar, e em relação ao primeiro pedido formulado na denúncia (página 7, n.° 2, primeiro e segundo travessões: intimar a BMW a fornecer à Automec veículos e peças sobressalentes e autorizar a Automec a utilizar a marca BMW), a Comissão considera que não dispõe, nos termos do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, de um poder de injunção que lhe permita obrigar um produtor a fornecer os seus produtos nas circunstâncias do presente caso, e isto mesmo que a Comissão tivesse verificado a incompatibilidade do sistema de distribuição desse produtor (a BMW Italia), com o artigo 85.°, n.° 1. Aliás, a Automec não forneceu qualquer indicação de que a BMW Italia era detentora de uma posição dominante e que dela teria abusado, violando assim o artigo 86.° do Tratado: apenas este artigo do Tratado permitiria eventualmente à Comissão impor à BMW Italia contratar com a Automec.

2. Em relação ao segundo pedido da Automec (página 7 da denúncia, n.° 3: pôr termo à infracção que a Automec censura à BMW Italia), a Comissão verifica que

a Automec já submeteu aos tribunais italianos, tanto em primeira instância como em recurso, o litígio que a opõe à BMW Italia, tendo por objecto a rescisão do contrato de concessão que no passado existiu entre as duas sociedades. Nada impede a Automec, no entender da Comissão, de submeter ao mesmo tribunal nacional a questão da conformidade do actual sistema de distribuição da BMW Italia com o artigo 85.°; o recurso ao tribunal nacional é tanto mais fácil quanto este já conhece perfeitamente as relações contratuais que a BMW Italia estabelece com os seus distribuidores.

A Comissão permite-se recordar a este respeito que o tribunal italiano não só é tão competente como a Comissão para aplicar ao caso vertente o artigo 85.° do Tratado, e nomeadamente o seu n.° 2, como também dispõe de um poder que a Comissão não tem, ou seja, o de eventualmente condenar a BMW Italia no pagamento de uma indemnização à Automec, caso esta possa provar que a recusa de venda do referido produtor lhe causou prejuízo. O artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63/CEE confere à Comissão um poder discricionário de apreciação dos 'elementos ao seu dispor' na sequência de um exame de uma denúncia, poder esse que lhe permite atribuir diferentes graus de prioridade ao tratamento dos processos que lhe são submetidos.

Pelas razões expostas no ponto 2 da presente carta, a Comissão chegou à conclusão de que, no caso vertente, não existe interesse comunitário suficiente para aprofundar o exame dos factos descritos na denúncia.

3. Por conseguinte, informo V. Ex.as de que, pelas razões que constam dos pontos 1 e 2, a Comissão decidiu não dar seguimento favorável ao vosso pedido apresentado em 25 de Janeiro de 1988, nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17/62 do Conselho.»

14 Em 10 de Julho de 1990, o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissível o recurso de anulação interposto pela recorrente contra a carta da Comissão de 30 de Novembro de 1988 (acórdão de 10 de Julho de 1990, Automec/Comissão, T-64/89, Colect., p. II-367), com fundamento em que esta carta não constituía uma decisão sobre o pedido da recorrente, mas fazia parte de uma troca informal de pontos de vista no âmbito da primeira das três fases sucessivas que compreende

a tramitação do processo regido pelo artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 e pelo artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63. O acórdão transitou em julgado.

15 Relativamente ao desenrolar posterior dos litígios que opõem a recorrente e a BMW Italia nos tribunais italianos, a recorrente declarou na audiência que o Tribunale e, posteriormente, a Corte d'appello de Milão negaram provimento ao seu pedido de que a BMW Italia fosse condenada a continuar a manter relações contratuais com a recorrente, e que recorreu deste acórdão para a Corte suprema di cassazione. Acrescentou ainda que a acção da BMW Italia, com vista a impedi-la de utilizar as marcas registadas pela BMW a fim de fazer publicidade a veículos de importação paralela, foi acolhida pelo Tribunale de Milão, após ter sido julgada improcedente pelo Pretore e pelo presidente do Tribunale de Treviso. A recorrente interpôs recurso desta decisão para a Corte d'appello di Milano.

Tramitação processual

16 Foi nestas circunstâncias que a recorrente interpôs, por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 3 de Maio de 1990, o presente recurso.

17 A fase escrita do processo teve tramitação normal. Sob proposta da Primeira Secção, tendo as partes sido ouvidas a este respeito, o Tribunal remeteu o processo à sessão plenária. Foi designado um advogado-geral pelo presidente do Tribunal.

18 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu dar início à fase oral do processo sem instrução. Todavia, o Tribunal decidiu oficiosamente tomar em consideração os seguintes documentos, juntos pelas partes aos autos do processo T-64/89 (Automec I):

— o pedido apresentado pela recorrente à Comissão em 25 de Janeiro de 1988, nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 (anexo 5 da petição no processo T-64/89);

— a carta dirigida pela recorrente à Comissão em 1 de Setembro de 1988 (anexo 18 da petição no processo T-64/89);

— a carta dirigida pela recorrente à Comissão em 4 de Outubro de 1989 (anexo às observações apresentadas pela recorrente sobre o pedido incidental da Comissão no processo T-64/89).

19 Foram ouvidas as alegações e as respostas das partes às perguntas formuladas pelo Tribunal na audiência de 23 de Outubro de 1991. Tendo o advogado-geral apresentado as suas conclusões por escrito em 10 de Março de 1992, o presidente declarou encerrada a fase oral do processo nessa data.

20 Na petição, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— ordenar a apensação do presente processo ao processo T-64/89, já a decorrer;

— julgar o recurso admissível, reservando-se o direito de dele desistir após ter transitado em julgado um acórdão de anulação da pretensa decisão individual de 30 de Novembro de 1988;

— anular a decisão individual da Direcção da Concorrência e, na medida em que constitui premissa inelutável desta decisão, o Regulamento n.° 123/85;

— declarar que, por força do artigo 176.° do Tratado, a Comissão é obrigada a tomar as medidas que decorrerem do acórdão a proferir;

— condenar a Comissão na reparação dos danos;

— condenar a Comissão nas despesas.

Na réplica, apresentada após a prolação do acórdão no processo T-64/89, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão de 28 de Fevereiro de 1990; isto após ter eventualmente declarado que o Regulamento n.° 123/85 é inaplicável aos sistemas de distribuição selectiva; ou, a título subsidiário, se este regulamento for considerado aplicável tanto aos sistemas de distribuição exclusiva como aos sistemas de distribuição selectiva, anular este regulamento por ser contrário ao Regulamento n.° 19/65/CEE do Conselho, que constitui a sua base jurídica, e, em qualquer caso, por estar ferido de vício de injustiça manifesto, porque regulamentou de forma idêntica dois fenómenos totalmente distintos;

— declarar que, por força do artigo 176.° do Tratado, a Comissão é obrigada a tomar as medidas que decorrerem do acórdão a proferir;

— condenar a Comissão na reparação dos danos;

— condenar a Comissão nas despesas.

21 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— indeferir o pedido da recorrente de que seja ordenada a apensação do presente processo ao processo T-64/89, então pendente;

— negar provimento ao recurso da Automec que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão de 28 de Fevereiro de 1990 [SG(90) D/2816];

— negar provimento ao pedido de que a Comissão seja condenada no pagamento de indemnização;

— condenar a recorrente nas despesas.

Relativamente aos pedidos de anulação

1. *No que diz respeito ao objecto da denúncia*

Argumentação das partes

22 A recorrente censura a Comissão por ter ignorado o objecto do seu pedido, ao considerar que se limitava a pedir que a Comissão ordenasse à BMW a execução das suas encomendas e que a autorizasse a utilizar as suas marcas, quando o objecto da investigação que a recorrente tinha pedido era o de saber se o boicote de que era vítima resultava do sistema de distribuição da BMW, ou se constituía uma aplicação discriminatória deste sistema.

23 A recorrente alega que não só pediu à Comissão que declarasse a violação do artigo 85.°, n.° 1, pela BMW, e que adoptasse uma decisão impondo à BMW que pusesse termo às infracções cometidas, mas que também lhe havia pedido que retirasse o benefício da isenção concedida ao sistema de distribuição selectiva da BMW pela sua decisão de 13 de Dezembro de 1974, já referida, e/ou o da isenção prevista no Regulamento n.° 123/85.

24 A recorrente sublinha que a Comissão não está vinculada pelos pedidos específicos que um denunciante formulou, podendo determinar ela própria o conteúdo da intimação destinada a fazer cessar a infracção, na condição de essa intimação ser adequada para alcançar este fim e respeitar o princípio da proporcionalidade.

25 A Comissão responde sustentando que o objecto principal do pedido da Automec era que fosse ordenado à BMW que retomasse as suas entregas e que autorizasse a utilização das suas marcas, e que a recusa, por parte da BMW, de lhe efectuar fornecimentos constitui a razão principal da denúncia e do recurso da recorrente. Para a Comissão, este pedido confunde-se com o pedido destinado a que a Comissão ordene a admissão da recorrente no sistema de distribuição da BMW.

26 Na tréplica, a Comissão contesta que a recorrente lhe tenha pedido para retirar o benefício da isenção concedida ao sistema de distribuição selectiva da BMW, tal como previsto no Regulamento n.° 123/85, e para tomar assim uma decisão da sua exclusiva competência.

Apreciação do Tribunal

27 O Tribunal verifica que a denúncia da recorrente incluía, por um lado, um pedido destinado à adopção de duas medidas específicas em relação à BMW, a saber, uma intimação para que executasse as encomendas da recorrente e uma intimação para que autorizasse a recorrente a utilizar algumas das suas marcas. Por outro lado, continha um pedido mais geral, destinado à adopção de uma decisão que obrigasse a BMW a pôr termo à infracção denunciada e lhe impusesse qualquer outra medida que a Comissão entendesse necessária ou útil.

28 Face a estes pedidos, a decisão impugnada articula-se em duas partes. Na primeira, a Comissão recusa, invocando a sua incompetência, exigir à BMW que forneça os seus produtos à recorrente e que autorize esta última a utilizar a marca BMW. Na segunda, invocando os litígios pendentes entre a recorrente e a BMW nos órgãos jurisdicionais italianos, o seu poder discricionário de apreciação quanto ao grau de prioridade a conceder a uma denúncia e a inexistência de interesse comunitário suficiente, a Comissão recusa-se a aprofundar o exame do processo, na medida em que a denúncia visava obter uma decisão que obrigasse a BMW a pôr termo à alegada infracção. As duas partes da decisão impugnada correspondem, portanto, aos dois aspectos que a denúncia da recorrente incluía.

29 A comunicação efectuada nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 e dirigida à recorrente em 26 de Julho de 1989 versava sobre um pedido da recorrente destinado a que fosse ordenado o «restabelecimento» das relações contratuais que esta mantinha com a BMW. Na sua resposta de 4 de Outubro de 1989, a recorrente contestou esta interpretação do seu pedido, precisando que, independentemente das anteriores relações contratuais, pretendia reivindicar o direito de pertencer ao sistema de distribuição da BMW, por si qualificado de sistema de distribuição selectiva. A Comissão teve em conta esta precisão, suprimindo, na decisão impugnada, qualquer referência a um pretenso pedido da recorrente visando um restabelecimento das anteriores relações contratuais.

30 Por outro lado, nada na decisão impugnada permite supor que a Comissão se tenha considerado vinculada pelo pedido de intimações específicas, tal como foi formulado pela recorrente, e que teria assim ignorado a possibilidade de adoptar, em substituição das intimações pedidas, outras medidas adequadas para fazer cessar uma eventual infracção. A primeira parte da decisão impugnada limita-se, com efeito, a responder ao pedido de intimações específicas, tal como formulado pela recorrente, sem julgar antecipadamente a questão de saber se a Comissão teria podido tomar outras medidas.

31 Foi assim que, na segunda parte da decisão impugnada, a Comissão respondeu ao pedido mais geral que visava a adopção de uma decisão que obrigasse a BMW a pôr termo à infracção alegada e ordenasse todas as medidas úteis para esse efeito.

32 O Tribunal verifica, por fim, que o pedido apresentado pela recorrente não visava a revogação do benefício da isenção por categoria previsto no Regulamento n.° 123/85. É certo que, na sua petição no processo T-64/89 (pp. 15 e 17), a recorrente censurou a Comissão de ter violado o artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 123/85, que lhe confere o poder de retirar o benefício da aplicação do mesmo regulamento, na medida em que este era aplicável. Todavia, esta referência, efectuada num documento dirigido ao Tribunal e não à Comissão, não pode ter como efeito alargar o objecto do pedido anteriormente apresentado. A este respeito, deve salientar-se que a recorrente teve ocasião de precisar, na sua resposta de 4 de Outubro de 1989 à carta que lhe foi dirigida nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, o conteúdo do seu pedido. Ora, esta resposta,

posterior à interposição do recurso no processo T-64/89, não faz nenhuma referência a uma eventual revogação da isenção. Nestas circunstâncias, o pedido não podia ser interpretado pela Comissão como visando a revogação do benefício da isenção por categoria previsto no Regulamento n.° 123/85.

33 Daqui decorre que a Comissão não ignorou o objecto da denúncia apresentada pela recorrente.

2. *No que diz respeito à primeira parte da decisão impugnada*

Argumentação das partes

34 Em relação à primeira parte da decisão impugnada, na qual a Comissão se declarou incompetente para adoptar as injunções específicas pedidas pela recorrente, esta última alega um único fundamento, baseado na violação do direito comunitário, nomeadamente do artigo 3.° do Regulamento n.° 17.

35 Na petição, a recorrente contesta a distinção que a Comissão efectua entre os poderes de que dispõe ao abrigo do mesmo artigo 3.°, no caso de violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, por um lado, e no caso de violação do artigo 86.°, por outro. A recorrente sublinha que a redacção do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 não procede a tal distinção e que dá, portanto, à Comissão, num caso e noutro, o poder de «através de decisão, obrigar as empresas... a pôr termo a essa infracção». Ora, no caso vertente, a única forma de pôr termo à infracção ao artigo 85.°, que consiste numa recusa de fornecimentos, seria ordenar a efectivação dos fornecimentos pedidos.

36 Na réplica, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que a ausência de acordo entre a BMW e ela própria não obsta à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. De acordo com a recorrente, um comportamento que aparentemente é unilateral pode cair no âmbito de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, nomeadamente quando se situa no quadro de um sistema de distribuição.

37 A recorrente alega que a BMW pratica um sistema de distribuição selectiva. Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão, 210/81, Recueil, p. 3045) que um revendedor que tenha sido excluído sem motivo de um sistema de distribuição selectiva pode pedir à Comissão que intervenha com base no artigo 3.°, n.° 2, alínea b), do Regulamento n.° 17, e que, sendo caso disso, pode submeter ao juiz comunitário a recusa oposta pela Comissão. A recorrente entende que, no caso vertente, estão presentes todos os elementos da infracção mencionados no referido acórdão.

38 Por outro lado, a recorrente entende não ser lógico considerar que a Comissão poderia, se necessário, declarar a ilegalidade da totalidade do sistema de distribuição e proibir a BMW de o aplicar no futuro, ao mesmo tempo que não poderia opor-se ao comportamento adoptado pelo produtor em relação aos diferentes revendedores. Com efeito, se assim fosse, seria fácil estabelecer «no papel» regimes contratuais muito positivos do ponto de vista da concorrência, para em seguida não os aplicar, com a certeza de que, concretamente, a Comissão não tem qualquer poder de intervenção. Em apoio da sua tese, invoca o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 1985, Ford/Comissão (25/84 e 26/84, Recueil, p. 2725), donde resulta que, ao examinar um contrato de concessão com vista a uma eventual isenção, a Comissão pode tomar em conta todas as circunstâncias que rodeiam a execução desse contrato, entre as quais se pode incluir uma recusa de fornecimento. A Comissão não deve, por conseguinte, apreciar unicamente os «sistemas no seu conjunto», mas igualmente a sua execução concreta, e até mesmo a sua não aplicação.

39 A recorrente entende que a eventual existência de uma isenção não impede que se proceda a esse exame das modalidades concretas de aplicação de um sistema de distribuição. Ao mesmo tempo que reconhece que a Comissão não pode fazer executar, por meios coercivos, uma decisão que ordene à BMW que retome os seus fornecimentos, a recorrente alega que a instituição recorrida dispõe, no entanto, de poderes de dissuasão, nomeadamente sob a forma de coimas, permitindo fazer respeitar tal decisão.

40 Por seu lado, a Comissão sublinha que a lógica distinta que inspira os artigos 85.° e 86.° do Tratado, posta em relevo, em seu entender, pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Tetra Pak/Comissão (T-51/89, Co-

lect., p. II-309), dá um alcance diferente aos poderes de que dispõe, nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, quando se trata da violação de uma ou outra destas duas disposições do Tratado. A Comissão recorda que o artigo 86.° proíbe uma empresa dominante de adoptar comportamentos unilaterais que restrinjam a concorrência e que podem consistir quer em acções deliberadas, quer em omissões. Por esta razão, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents/Comissão (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223), afirmou que a aplicação do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 deve fazer-se em função da natureza da infracção verificada e pode incluir tanto a ordem de realizar determinadas actividades ou prestações, ilicitamente omitidas, como a proibição de continuar determinadas actividades, práticas ou situações contrárias ao Tratado.

41 Em contrapartida, na hipótese de uma violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, a Comissão considera que tanto o objecto como o alcance dos seus poderes de intervenção são diferentes. Quanto ao objecto, ou seja, a infracção à qual poderá pôr termo, a Comissão sublinha que o artigo 85.° proíbe os acordos, entre duas ou mais empresas, que tenham por objecto ou por efeito falsear o jogo da concorrência. Para a Comissão, o único acordo ao qual se poderia aplicar, no caso vertente, o artigo 85.° do Tratado, é o existente entre a BMW Italia e os seus actuais distribuidores, e só a respeito deste acordo poderia exercer o poder de intervenção que lhe confere o artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17. Para a Comissão, o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1984, Ford/Comissão (228/82 e 229/82, Recueil, p. 1129, a seguir «Ford II»), confirma que, no quadro de um sistema de distribuição, apenas o acordo representado pelo contrato de concessão pode constituir uma infracção ao artigo 85.° do Tratado.

42 Quanto à extensão dos seus poderes na hipótese de uma violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, a Comissão baseia-se no mesmo acórdão para afirmar que a única decisão que pode adoptar com base no artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 é a de eventualmente declarar a incompatibilidade do sistema de distribuição em causa com o disposto no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado e obrigar o fornecedor a pôr termo à aplicação do contrato de concessão considerado no seu conjunto. A Comissão acrescenta que, ainda segundo o acórdão Ford II, não está mesmo assim desprovida de qualquer possibilidade de reagir perante um comportamento contrário à concorrência posto em prática no âmbito de um sistema de distribuição, já que pode, por exemplo, aplicar uma coima no caso de o contrato de concessão continuar a ser executado.

43 A Comissão salienta que a Automec não pretende a supressão do sistema de distribuição, mas reivindica, pelo contrário, o direito de dele fazer parte. Ora, este direito é um direito específico e individual cuja execução não pode ser imposta coercivamente pela Comissão, a não ser no âmbito da aplicação do artigo 86.° do Tratado.

44 Na tréplica, a Comissão acrescenta que o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, 210/81, já referido, invocado pela recorrente, se referia à hipótese de uma violação conjunta dos artigos 85.° e 86.° do Tratado e que os dois precedentes citados pelo Tribunal de Justiça neste acórdão, a saber, o seu acórdão de 6 de Março de 1974, 6/73 e 7/73, já referido, e o seu despacho de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão (792/79 R, Recueil, p. 119), diziam respeito quer a uma violação do artigo 86.° (Commercial Solvents) quer a um caso de violação dos dois artigos 85.° e 86.° (Camera Care).

45 A Comissão sustenta que a proibição dos acordos e os poderes que lhe foram conferidos para fazer respeitar esta proibição não lhe permitem limitar a liberdade contratual dos operadores económicos, chegando ao ponto de impor a um produtor que aceite um determinado revendedor no seu sistema de distribuição. A este propósito, a Comissão refere as conclusões da advogada-geral Rozès no processo 210/81 (já referido, p. 3067).

46 Por fim, a Comissão sublinha que a decisão impugnada em nada prejudica a questão de saber se o sistema de distribuição da BMW Italia é um sistema de distribuição selectiva ou um sistema de distribuição exclusiva e selectiva, do tipo do visado no Regulamento n.° 123/85, nem a questão de saber se o referido sistema é legal ou não à luz do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Para a Comissão, mesmo supondo que verifique que o sistema de distribuição instituído pela BMW Italia viola o artigo 85.°, n.° 1, nem o artigo 85.° nem o artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 lhe conferem o poder de obrigar a BMW Italia a contratar com a Automec.

Apreciação do Tribunal

47 O Tribunal considera que se deve determinar se a Comissão violou o direito comunitário, designadamente o artigo 3.° do Regulamento n.° 17, ao indeferir o pedido de adopção das intimações específicas acima visadas, com fundamento em que não era competente para tomar tais medidas nas circunstâncias do caso vertente.

48 Convém relembrar que o pedido da recorrente pretendia que fosse ordenado à BMW Italia que executasse as encomendas que ela lhe havia transmitido; também pretendia que fosse ordenado à BMW Italia que autorizasse a recorrente a utilizar algumas das suas marcas. Estas exigências eram motivadas pelo facto de a recorrente entender que satisfazia todos os requisitos exigidos para pertencer à rede de distribuição da BMW. A recorrente pediu, em consequência, que a Comissão adoptasse duas intimações específicas em relação à BMW, para fazer respeitar o seu pretenso direito a ser admitida na rede de distribuição instituída pela BMW.

49 Tendo a Comissão indeferido, na primeira parte da sua decisão, o pedido de que adoptasse essas duas intimações específicas, deve examinar-se se o artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, que habilita a Comissão a obrigar as empresas em causa a pôr termo às infracções ao direito da concorrência por si verificadas, poderia constituir, em conjugação com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, a base jurídica de uma decisão que deferisse tal pedido.

50 O artigo 85.°, n.° 1, proíbe certos acordos ou práticas anticoncorrenciais. Entre as consequências que, no plano do direito civil, uma infracção a esta proibição pode ter, apenas uma está prevista expressamente no artigo 85.°, n.° 2, ou seja, a nulidade do acordo. É ao direito nacional que cabe definir as outras consequências ligadas a uma violação do artigo 85.° do Tratado, como a obrigação de reparar o prejuízo causado a um terceiro ou uma eventual obrigação de contratar (v., quanto às possibilidades dadas aos juízes nacionais, os processos nacionais na origem dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1981, Salonia, 126/80, Recueil, pp. 1563, 1574, e de 3 de Julho de 1985, Binon, 243/83, Recueil, pp. 2015, 2035). É, portanto, o juiz nacional que, sendo caso disso e de acordo com as regras do direito nacional, pode intimar um operador económico a contratar com outro.

51 Devendo a liberdade contratual permanecer a regra, não se pode, em princípio, reconhecer à Comissão, no âmbito dos poderes de injunção de que dispõe para fazer cessar as infracções ao artigo 85.°, n.° 1, o poder de intimar uma parte a estabelecer relações contratuais, quando, regra geral, ela dispõe de vias adequadas para impor a uma empresa a cessação de uma infracção.

52 Em particular, não pode ser reconhecida uma justificação para semelhante restrição à liberdade contratual, quando existem várias vias para pôr termo a uma infracção. É esse o caso de infracções ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado que resultam da aplicação de um sistema de distribuição. Com efeito, tais infracções podem igualmente ser eliminadas pelo abandono ou por uma modificação do sistema de distribuição. É certo que, nessas circunstâncias, a Comissão tem o poder de declarar a existência da infracção e de ordenar às partes em questão que lhe ponham termo, mas não lhe cabe impor às partes a sua escolha dentre as diferentes possibilidades de conduta, todas conformes com o Tratado.

53 Por conseguinte, deve declarar-se que, nas circunstâncias do caso vertente, a Comissão não estava habilitada para adoptar intimações específicas, obrigando a BMW a fornecer a recorrente e a permitir-lhe utilizar as suas marcas. Daqui resulta que a Comissão não violou o direito comunitário ao indeferir o pedido destinado à adopção das referidas intimações, com fundamento em não ter competência.

54 A competência de que a Comissão dispunha para adoptar uma decisão que pudesse produzir efeitos práticos equivalentes aos das intimações pedidas pela recorrente e a possibilidade que tinha de qualificar de novo o pedido da recorrente como pedido visando a adopção de semelhante decisão não são de natureza a infirmar esta conclusão. Com efeito, a Comissão não invocou a sua incompetência para justificar o indeferimento do pedido no seu conjunto, mas apenas para justificar a recusa de adoptar as medidas específicas solicitadas. Na medida em que o objecto da denúncia ultrapassa este pedido específico, a questão não é abordada na primeira parte da decisão, mas na sua segunda parte.

3. *No que diz respeito à segunda parte da decisão impugnada*

55 Contra a segunda parte da decisão impugnada, a recorrente invoca, em substância, quatro fundamentos. O primeiro baseia-se no facto de a Comissão ter violado os artigos 155.° do Tratado, 3.° do Regulamento n.° 17 e 6.° do Regulamento n.° 99/63, ao recusar exercer as suas próprias atribuições. O segundo fundamento, deduzido na audiência, é baseado na violação da obrigação de fundamentar, prevista no artigo 190.° do Tratado. O terceiro fundamento, apresentado na réplica, baseia-se na inaplicabilidade e na ilegalidade do Regulamento n.° 123/85. O quarto fundamento baseia-se na existência de desvio de poder.

a) *Quanto ao primeiro fundamento baseado na violação dos artigos 155.° do Tratado, 3.° do Regulamento n.° 17 e 6.° do Regulamento n.° 99/63, e quanto ao segundo fundamento relativo à fundamentação da decisão impugnada*

Argumentação das partes

56 Em primeiro lugar, a recorrente censura a Comissão por ter renunciado a exercer as suas competências, no que se refere à aplicação do artigo 85.°, em benefício dos órgãos jurisdicionais nacionais, quando teria declarado na imprensa especializada que, «em virtude do artigo 85.°, n.° 2, não pode ser pedida qualquer protecção legal aos tribunais nacionais» contra as cláusulas anticoncorrenciais incluídas nos contratos de distribuição.

57 A recorrente alega que o direito comunitário prevê um processo de eliminação das infracções e que a Comissão não se pode furtar ao exercício dos poderes respectivos. A este respeito, a recorrente refere-se ao dever que recai sobre a Comissão nessa matéria por força do Tratado, bem como às competências exclusivas e específicas desta última em matéria de infracções, de isenções e de distribuição selectiva, com base, designadamente, nas disposições do Regulamento n.° 123/85. A recorrente sublinha que é a ela própria que cabe decidir se pretende dirigir-se aos órgãos jurisdicionais nacionais ou aos órgãos comunitários competentes e que não compete à Comissão impor-lhe a sua escolha. Acrescenta que os processos pendentes nos órgãos jurisdicionais italianos têm um objecto diferente do da sua denúncia.

58 Em segundo lugar, a recorrente sustenta que a Comissão não pode invocar, no caso vertente, a natureza discricionária dos seus poderes. A faculdade de indeferir um pedido, reconhecida à Comissão pelo artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, visa apenas o indeferimento relativo ao mérito, no termo de uma instrução que tenha permitido à Comissão recolher os elementos necessários para o exercício da sua apreciação discricionária. A Comissão é assim obrigada a dar início, para cada denúncia, a um processo de exame, salvo no caso de denúncias manifestamente infundadas. O já referido artigo 6.°, de acordo com o qual a Comissão pode «não... dar seguimento» ao pedido, visa, portanto, a intimação para pôr termo à infracção e não a abertura do processo. A recorrente invoca em apoio da sua tese o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, 210/81, já referido, n.° 19.

59 Na réplica, a recorrente contesta, em terceiro lugar, a inexistência de interesse comunitário suficiente para aprofundar o exame dos factos expostos na denúncia. Com efeito, uma circular da BMW Italia dirigida, em 7 de Julho de 1988, a todos os seus concessionários, visando desencorajar as vendas aos revendedores não autorizados e as vendas «fora de zona» feitas com a intervenção de «mandatários ou de intermediários», é contrária às exigências do direito comunitário em matéria de distribuição tanto selectiva como exclusiva e do artigo 3.°, alínea 11), do Regulamento n.° 123/85. A própria Comissão afirmou, por duas vezes, que semelhante comportamento constitui uma violação de regras fundamentais, por um lado, na sua Comunicação respeitante ao Regulamento n.° 123/85 (JO 1985, C 17, p. 4, ponto I, n.° 3; EE 08 F2 p. 147), e, por outro lado, no seu *Décimo Sexto Relatório sobre a Política de Concorrência* (ponto 30, p. 42).

60 Por seu lado, a Comissão considera que, em virtude do efeito directo do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, a Comissão e o juiz nacional têm, na realidade, competências concorrentes para aplicar esta disposição, como demonstram os acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1974, BRT (127/73, Recueil, p. 51), e de 10 de Julho de 1980, Marty/Lauder (37/79, Recueil, p. 2481).

61 A Comissão acrescenta que, se os interessados têm o direito de escolher entre dirigir-se às autoridades comunitárias ou às autoridades nacionais para fazer respeitar os direitos para eles decorrentes do artigo 85.° do Tratado, as consequências jurídicas que pode ter o recurso a umas ou a outras são diferentes. Aliás, a este respeito, a recorrente não nega que o juiz italiano, diferentemente da Comis-

são, dispõe do poder de condenar a BMW Italia a indemnizá-la do prejuízo que lhe pôde causar a sua recusa de vender.

62 Além disso, a Comissão observa que a recorrente também não contesta que os juízes italianos estariam mais aptos para decidir um eventual litígio, tendo por objecto uma alegada violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, por parte da BMW Italia, na medida em que os tribunais de Milão ou de Vicenza estão melhor colocados do que a Comissão para examinar os pedidos da Automec e para aplicar o artigo 85.°, n.° 1, e, sendo caso disso, as disposições do Regulamento n.° 123/85, ao sistema de distribuição da BMW Italia. A competência do juiz nacional, quando se trata de decidir se um dado contrato beneficia ou não de uma isenção por categoria, foi afirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 3 de Fevereiro de 1976, Fonderies Roubaix (63/75, Recueil, p. 111).

63 A Comissão observa que a questão de saber se dispõe ou não de poder discricionário para indeferir os pedidos que lhe são submetidos, sem proceder a um inquérito prévio, é uma questão de princípio importante relativamente ao exercício dos seus poderes de controlo. Seria a primeira vez que o juiz comunitário teria de conhecer uma decisão em que a Comissão indefere um pedido, sem ter aprofundado os factos apresentados pelo denunciante nem emitido uma apreciação sobre esses factos. Esta decisão basear-se-ia na existência de um poder da Comissão de atribuir, no interesse público comunitário, diferentes graus de prioridade à instrução dos pedidos.

64 A Comissão não contesta que um denunciante tenha direito a uma resposta, ou seja, a um acto definitivo no qual a instituição se pronuncia sobre a sua denúncia. Todavia, a Comissão afirma que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão, 125/78, Recueil, pp. 3173, 3179), não é obrigada a adoptar uma decisão definitiva quanto à existência ou não da alegada infracção. Dispondo assim de uma importante margem de apreciação sobre a adopção de uma decisão relativa ao mérito do pedido, dispõe, por maioria de razão, de uma margem de apreciação discricionária para adoptar actos preparatórios da decisão final, como o início de uma instrução. A Comissão reconhece, no entanto, que é obrigada a examinar as denúncias de forma não discriminatória, o que afirma ter feito no caso vertente. A este respeito, a Comissão alega que a verificação da compatibilidade do sistema de distribuição da BMW Italia com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado e com as disposições do

Regulamento n.° 123/85 necessitava de um inquérito muito vasto e complexo, que deveria ter iniciado praticamente *ex nihilo*, quando os diferentes juízes italianos a que recorreram a Automec e a BMW Italia estavam ao corrente das relações contratuais que a BMW Italia mantinha com os seus revendedores e, nomeadamente, das mantidas no passado com a recorrente. Por conseguinte, segundo a Comissão, os referidos juízes podem, com maior facilidade do que a Comissão, conduzir o inquérito necessário para apreciar a conformidade do sistema de distribuição da BMW Italia com as regras comunitárias em matéria de concorrência.

65 A Comissão sublinha que foram estas considerações, bem como a preocupação de economia processual, que a levaram a concluir que a denúncia da Automec não apresentava, relativamente aos milhares de processos pendentes na Comissão, um grau de interesse público suficiente para justificar o início de uma instrução suplementar em relação às já efectuadas pelos órgãos jurisdicionais italianos, a que as duas empresas em questão recorreram por sua «livre escolha».

66 Quanto ao princípio geral segundo o qual a Comissão dispõe de um poder discricionário que lhe permite atribuir esses graus de prioridade, a Comissão sustenta, em primeiro lugar, que nenhuma disposição de direito comunitário a obriga a iniciar um inquérito de cada vez que lhe é apresentada uma denúncia. Na tréplica, a Comissão observa que a recorrente não pode invocar, em apoio da sua tese, o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, 210/81, já referido, que é um acórdão isolado, não se podendo falar, a seu respeito, de jurisprudência assente.

67 Em segundo lugar, a Comissão salienta que, segundo a versão italiana do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, pode não dar seguimento a uma denúncia face aos elementos (de informação e de prova) «di cui dispone» e não com base nos elementos de que só poderia dispor no final de uma investigação longa, complexa e dispendiosa; em terceiro lugar, a Comissão afirma que tem o dever de zelar pelo respeito do interesse público, procedendo, com prioridade, contra os comportamentos que pela sua dimensão, gravidade e duração constituam um prejuízo muito grave para o livre jogo da concorrência. A Comissão alega que, se estivesse sempre obrigada a iniciar uma investigação na sequência de uma denúncia, a escolha dos processos em que seria efectuada uma investigação caberia às empresas denunciantes em vez de a ela própria e obedeceria, portanto, a critérios de interesse particular em vez de público.

68 A Comissão invoca dados estatísticos sobre os processos que tem pendentes em matéria de concorrência para demonstrar a necessidade de definir critérios de prioridade no exame dos diferentes processos, tendo em atenção os seus limitados efectivos em pessoal. Explica que foi por causa do número destes processos que foi levada a definir, no seu *Décimo Sétimo Relatório sobre a Política de Concorrência* (ponto 9, p. 23), os seguintes critérios de prioridade:

«De uma maneira geral, a Comissão dá prioridade aos casos que levantam questões de um grande significado político. Relativamente aos processos iniciados por iniciativa da própria Comissão ou mediante denúncia, toma em consideração a gravidade da infracção denunciada. Além disso, no caso de denúncias e notificações, a urgência na obtenção de uma decisão rápida deve ser tida em consideração. Um exemplo deste tipo de situações é o da pendência de processos judiciais nacionais. Os casos iniciados nos termos do processo de oposição previsto nos regulamentos de isenção por categoria devem ter sempre prioridade, atendendo ao prazo de seis meses previsto. Todos os outros casos são analisados cronologicamente.»

69 Segundo a Comissão, é evidente que a denúncia da recorrente não responde a nenhum destes critérios de prioridade, quer se trate da gravidade da infracção alegada quer da necessidade de uma decisão da Comissão que permita uma decisão por parte do juiz nacional. Relativamente a este último critério, a Comissão recorda, por um lado, que não era necessária uma decisão da sua parte para permitir aos órgãos jurisdicionais italianos decidir sobre os litígios que já lhes tinham sido submetidos pelas partes. Por outro lado, a Comissão explica que este critério se refere sobretudo à hipótese em que o processo pendente perante o juiz nacional diz respeito à validade ou à execução de um contrato que foi notificado à Comissão e relativamente ao qual foi pedido o benefício de uma isenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, sendo a aplicação desta norma da exclusiva competência da Comissão. Tal não sucede no caso em apreço, já que a aplicação do artigo 85.°, n.° 3, aos acordos de distribuição no sector automóvel é regida pelo Regulamento n.° 123/85. Ora, a aplicação deste regulamento insere-se plenamente na competência do juiz italiano que, em caso de dúvida sobre a validade das suas disposições, deve recorrer ao Tribunal de Justiça, em conformidade com o artigo 177.° do Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost, 314/85, Colect., p. 4225).

70 A Comissão alega ainda que a incompetência do juiz nacional para decidir a revogação da isenção em nada afecta a sua própria tese, já que a recorrente sustenta, a título principal, que a isenção por categoria prevista no Regulamento n.° 123/85 não é aplicável ao sistema de distribuição da BMW Italia, e, a título subsidiário, que este regulamento é inválido.

Apreciação do Tribunal

71 O Tribunal considera que a questão que lhe é posta pelo presente fundamento consiste, em substância, em saber quais são as obrigações da Comissão quando uma pessoa singular ou colectiva lhe submete um pedido nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17.

72 Deve salientar-se que os Regulamentos n.° 17 e n.° 99/63 conferiram direitos processuais às pessoas que tenham apresentado uma denúncia à Comissão, como o de serem informadas dos fundamentos pelos quais a Comissão decide indeferir o seu pedido e o de apresentarem observações a esse respeito. O legislador comunitário submeteu assim a Comissão a certas obrigações específicas. Todavia, nem o Regulamento n.° 17 nem o Regulamento n.° 99/63 contêm disposições expressas respeitantes ao seguimento a dar, quanto ao mérito, a um pedido e às eventuais obrigações de investigação da Comissão.

73 Para definir neste contexto as obrigações da Comissão, convém recordar, liminarmente, que esta é responsável pela prossecução e orientação da política comunitária da concorrência (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., pp. 935, 991). Por isso, o artigo 89.°, n.° 1, do Tratado confiou-lhe a missão de velar pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.° e as disposições adoptadas com base no artigo 87.° conferiram-lhe poderes alargados.

74 O alcance das obrigações da Comissão no domínio do direito da concorrência deve ser examinado à luz do artigo 89.°, n.° 1, do Tratado, que, neste domínio, constitui a manifestação específica da missão geral de vigilância confiada à Comis-

são pelo artigo 155.° do Tratado. Ora, como o Tribunal de Justiça declarou no âmbito do artigo 169.° do Tratado (acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão, 247/87, Colect., pp. 291, 301), esta missão não implica, para a Comissão, a obrigação de instaurar processos para provar eventuais violações do direito comunitário.

75 A este respeito, o Tribunal salienta que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão, já referido, pp. 3173, 3189), que, entre os direitos conferidos aos denunciantes pelos Regulamentos n.° 17 e n.° 99/63, não se inclui o de obter uma decisão, na acepção do artigo 189.° do Tratado, relativa à existência ou não da infracção alegada. Daqui resulta que a Comissão não pode ser obrigada a pronunciar-se a este respeito, salvo quando o objecto da denúncia se inclua nas suas competências exclusivas, como no caso da revogação de uma isenção concedida ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado.

76 Não tendo a Comissão a obrigação de se pronunciar sobre a existência ou não de uma infracção, ela não pode ser obrigada a efectuar uma instrução, já que esta última não poderia ter outro objecto que não fosse o de procurar os elementos de prova relativos à existência ou não de uma infracção, que a Comissão não é obrigada a declarar. A este respeito, há que recordar que, diversamente do que prevê o artigo 89.°, n.° 1, segundo período, do Tratado, no caso de pedidos apresentados pelos Estados-membros, os Regulamentos n.° 17 e n.° 99/63 não obrigam expressamente a Comissão a instruir as denúncias que lhe são apresentadas.

77 Convém observar, a este propósito, que constitui um elemento inerente ao exercício da actividade administrativa a competência, para o titular de uma missão de serviço público, de tomar todas as medidas de organização necessárias ao cumprimento da missão que lhe foi confiada, incluindo a definição de prioridades, no âmbito estabelecido pela lei, quando tais prioridades não tenham sido definidas pelo legislador. Tal deve ser, em particular, o caso, quando uma autoridade tenha sido investida numa missão de vigilância e de fiscalização tão ampla e geral como a atribuída à Comissão no domínio da concorrência. Por conseguinte, o facto de a Comissão atribuir graus de prioridade diferentes aos processos que lhe são submetidos no domínio da concorrência está em conformidade com as obrigações que lhe são impostas pelo direito comunitário.

78 Esta apreciação não entra em contradição com os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, 210/81, já referido, de 28 de Março de 1985, CICCE/Comissão (298/83, Recueil, p. 1105), e de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487). Com efeito, no acórdão Demo-Studio Schmidt, o Tribunal de Justiça considerou que a Comissão «tinha a obrigação de examinar os factos apresentados» pelo denunciante, sem contudo julgar antecipadamente a questão de saber se a Comissão se podia abster de proceder a uma instrução da denúncia, já que, nesse caso, a Comissão tinha examinado os factos expostos no pedido e tinha-o indeferido com fundamento em que não existiam elementos que permitissem concluir pela existência de uma infracção. Do mesmo modo, esta questão não se colocou no âmbito dos processos posteriores CICCE/Comissão (298/83, já referido) e BAT e Reynolds/Comissão (142/84 e 156/84, já referidos).

79 Todavia, embora a Comissão não possa ser obrigada a efectuar uma instrução, as garantias processuais previstas no artigo 3.° do Regulamento n.° 17 e no artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 obrigam-na, não obstante, a examinar atentamente os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante, a fim de apreciar se os referidos elementos deixam transparecer um comportamento de natureza a falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum e a afectar o comércio entre Estados-membros (v. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão, de 28 de Março de 1985, CICCE/Comissão, e de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, já referidos).

80 Sempre que, como no caso vertente, a Comissão tenha tomado a decisão de arquivar a denúncia, sem efectuar instrução, a fiscalização da legalidade a que o Tribunal de Primeira Instância deve proceder visa verificar se a decisão controvertida não assenta em factos materialmente inexactos, não está ferida de qualquer erro de direito nem de qualquer erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder.

81 É à luz destes princípios que incumbe ao Tribunal de Primeira Instância verificar, em primeiro lugar, se a Comissão procedeu ao exame da denúncia a que estava obrigada, avaliando, com toda a atenção exigida, os elementos de facto e de direito apresentados pela recorrente na sua denúncia, e, em seguida, se a Comissão fundamentou correctamente a sua decisão de arquivar a denúncia, invocando, por um lado, o seu poder de «conceder diferentes graus de prioridade no tratamento dos processos que lhe são submetidos», e, por outro, referindo como critério de prioridade o interesse comunitário que o processo apresenta.

82 A este respeito, o Tribunal verifica, antes de mais, que a Comissão procedeu a um exame atento da denúncia, no âmbito do qual teve não apenas em conta os elementos de facto e de direito apresentados na própria denúncia, mas procedeu igualmente a uma troca informal de pontos de vista e de informações com a recorrente e os seus advogados. Foi só depois de ter tomado conhecimento das precisões dadas pela recorrente nessa ocasião e das observações apresentadas em resposta à carta enviada nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 que a Comissão indeferiu o pedido. Tendo em atenção os elementos de facto e de direito contidos na denúncia, a Comissão efectuou, portanto, um adequado exame desta e não se lhe pode censurar uma falta de diligência.

83 Tratando-se, seguidamente, da fundamentação da decisão de arquivamento controvertida, o Tribunal recorda, antes de mais, que a Comissão tem o direito de conceder graus de prioridade diferentes ao exame das denúncias que lhe são apresentadas.

84 Deve examinar-se em seguida se é legítimo, como sustentou a Comissão, referir-se, enquanto critério de prioridade, o interesse comunitário que um processo apresenta.

85 A este respeito, deve relembrar-se que, diferentemente do juiz civil, cuja vocação é a de salvaguardar os direitos subjectivos das pessoas privadas nas suas relações recíprocas, uma autoridade administrativa deve agir no interesse público. Por conseguinte, é legítimo, para determinar o grau de prioridade a atribuir aos diferentes processos que lhe são submetidos, que a Comissão se refira ao interesse comunitário. Isto não conduz a subtrair a acção da Comissão à fiscalização jurisdicional, uma vez que, em virtude da exigência de fundamentação prevista no artigo 190.° do Tratado, a Comissão não se pode contentar em referir abstractamente o interesse comunitário. A Comissão é obrigada a indicar as considerações de direito e de facto que a levaram a concluir que não existia interesse comunitário suficiente de natureza a justificar a adopção de medidas de instrução. É, pois, mediante a fiscalização da legalidade destes fundamentos que o Tribunal controla a acção da Comissão.

86 Para apreciar o interesse comunitário que existe em prosseguir o exame de um processo, a Comissão deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto e, nomeadamente, os elementos de facto e de direito que lhe são apresentados na denúncia que lhe foi submetida. Cabe-lhe, designadamente, ponderar a importância da infracção alegada para o funcionamento do mercado comum, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão de vigilância do respeito dos artigos 85.° e 86.°

87 Neste contexto, convém examinar se, no caso em apreço, foi com razão que a Comissão concluiu que não existia interesse comunitário suficiente em prosseguir o exame do processo, com fundamento em que a recorrente, que já tinha submetido aos órgãos jurisdicionais italianos o litígio respeitante à rescisão do contrato de concessão, podia igualmente submeter a estes órgãos jurisdicionais a questão da conformidade do sistema de distribuição da BMW Italia com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

88 Importa salientar, a este propósito, que, ao fazê-lo, a Comissão não se limitou a declarar que, regra geral, deve renunciar ao exame de um processo pela simples razão de que o juiz nacional é competente para o examinar. Com efeito, já tinham sido submetidos a este último litígios afins entre a Automec e a BMW Italia, relacionados com o sistema de distribuição da BMW Italia, e a recorrente não contestou que os órgãos jurisdicionais italianos já conheciam as relações contratuais entre a BMW Italia e os seus distribuidores. Nas circunstâncias particulares do caso vertente, razões relativas à economia processual e à boa administração da justiça militam em favor do exame do processo pelo juiz que já tinha sido chamado a conhecer questões afins.

89 Todavia, para apreciar a legalidade da decisão de arquivamento controvertida, há que determinar se, ao remeter a empresa denunciante para o juiz nacional, a Comissão não ignorou o alcance da protecção que este último pode assegurar aos direitos conferidos à empresa pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

90 A este propósito, deve observar-se que os artigos 85.°, n.° 1, e 86.° produzem efeitos directos nas relações entre particulares e criam, na esfera jurídica dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1974, 127/73, já referido). A competência para aplicar as referidas disposições pertence simultaneamente à Comissão e aos órgãos jurisdicionais nacionais (v., designadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, C-234/89, já referido). Esta atribuição de competências é, por outro lado, caracterizada pela obrigação de cooperação leal entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais, que resulta do artigo 5.° do Tratado (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, C-234/89).

91 Deve, portanto, examinar-se se a Comissão podia contar com esta cooperação para garantir a apreciação da conformidade do sistema de distribuição da BMW Italia com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

92 Para este efeito, o juiz italiano está em condições de examinar, em primeiro lugar, se este sistema provoca restrições à concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1. Em caso de dúvida, pode submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial. Se verificar que existe uma restrição da concorrência contrária ao artigo 85.°, n.° 1, cabe-lhe examinar, em seguida, se o sistema beneficia de uma isenção por categoria ao abrigo do Regulamento n.° 123/85. Este exame também é da sua competência (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, C-234/89, já referido). Em caso de dúvida quanto à validade ou à interpretação do mesmo regulamento, o juiz pode igualmente submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, em conformidade com o artigo 177.° do Tratado. Em cada uma destas hipóteses, o juiz nacional pode decidir sobre a conformidade do sistema de distribuição com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

93 Se é certo que, diferentemente da Comissão, o juiz nacional não tem competência para ordenar a cessação da infracção que tenha declarado e aplicar multas às empresas que a cometeram, cabe-lhe no entanto aplicar, nas relações entre particulares, o artigo 85.°, n.° 2, do Tratado. Ao prever expressamente esta sanção civil, o Tratado postula que o direito nacional dá ao juiz o poder de preservar os direitos das empresas vítimas de práticas anticoncorrenciais.

94 Ora, no caso vertente, a recorrente não apresentou qualquer elemento donde se pudesse concluir que o direito italiano não prevê qualquer via processual que permita ao juiz nacional salvaguardar os seus direitos de modo satisfatório.

95 Deve ainda salientar-se que a existência, no caso vertente, de um regulamento de isenção, admitindo que seja aplicável, era um elemento que a Comissão podia legitimamente ter em conta para apreciar o interesse público comunitário que existia em proceder a uma instrução relativa a tal sistema de distribuição. Com efeito, tal como a Comissão salientou com razão, o objectivo principal de um regulamento de isenção por categoria é o de limitar a notificação e o exame individual dos contratos de distribuição praticados no sector de actividade em questão. A existência de tal regulamento facilita, além disso, a aplicação do direito da concorrência pelo juiz nacional.

96 Por conseguinte, ao remeter a recorrente para o juiz nacional, a Comissão não ignorou o alcance da protecção que este último pode assegurar aos direitos conferidos à recorrente pelo artigo 85.°, n.os 1 e 2, do Tratado.

97 Resulta de tudo o que precede que o exame da decisão controvertida pelo Tribunal de Primeira Instância não revelou nem um erro de direito ou de facto, nem um erro de apreciação manifesto. Pelo que o fundamento baseado em violação do direito comunitário, designadamente dos artigos 155.° do Tratado, 3.° do Regulamento n.° 17 e 6.° do Regulamento n.° 99/63, não procede.

98 Além disso, decorre necessariamente das anteriores considerações que a fundamentação da decisão controvertida é suficiente, já que a recorrente pôde legitimamente invocar os seus direitos perante o Tribunal e que este pôde exercer a sua fiscalização da legalidade.

b) *Quanto ao terceiro fundamento baseado na ilegalidade do Regulamento n.° 123/85*

Argumentação das partes

99 Na petição, a recorrente tinha pedido a anulação do Regulamento n.° 123/85, na medida em que constitui a «premissa inelutável» da decisão impugnada, sem todavia apresentar fundamentos em apoio deste pedido. Na réplica, a recorrente sustenta que este regulamento não é aplicável ao caso vertente porque apenas regulamenta a distribuição exclusiva e não visa a distribuição selectiva. A recorrente acrescenta que, se assim não fosse, o referido regulamento seria inválido porque criaria uma incoerência evidente e uma injustiça manifesta ao sujeitar a uma regulamentação única dois fenómenos económicos tão profundamente diferentes um do outro como o são as duas mencionadas formas de distribuição.

100 A Comissão reitera que não se pronunciou sobre a aplicabilidade ou não do referido regulamento ao sistema de distribuição instituído pela BMW Italia, de forma que a recorrente lhe atribui erradamente a opinião de que este regulamento seria aplicável no caso vertente e poderia ser aplicado tanto aos sistemas de distribuição exclusiva como selectiva. A Comissão insiste no facto de que só se poderia pronunciar sobre a natureza deste sistema de distribuição após ter procedido a um exame aprofundado e adequado dos factos expostos no pedido, mas considerou que não existia um interesse comunitário suficiente para o fazer.

Apreciação do Tribunal

101 Dado ser pacífico que a decisão impugnada, que aliás não contém qualquer referência ao Regulamento n.° 123/85 ou à eventual conformidade do sistema de distribuição da BMW Italia com este, em nada se pronuncia sobre a aplicabilidade, no caso em apreço, do Regulamento n.° 123/85, o fundamento em questão é inoperante. Deve-se, portanto, afastá-lo em qualquer caso.

c) *Quanto ao quarto fundamento baseado em desvio de poder*

Argumentação das partes

102 Com este fundamento, a recorrente alegou, na petição, que a Comissão fez uso das normas comunitárias com a finalidade de proteger uma empresa em vez da concorrência em geral. Na réplica, acrescentou que a recusa da Comissão em dar

início a uma investigação, mesmo na presença da acima citada circular de 7 de Julho de 1988, através da qual a BMW tinha insistido junto dos seus concessionários para que se abstivessem de vender veículos aos revendedores não autorizados e aos «mandatários ou intermediários», confirma a vontade da Comissão de privilegiar a BMW, «poupando-lhe inclusivamente a maçada de dever fornecer justificações». Além do mais, a recorrente afirma que nenhuma das três cartas que a Comissão lhe enviou indica os verdadeiros motivos que levaram a Comissão a não tomar em consideração a sua denúncia e as provas que apresentou.

103 A Comissão contesta ter violado o seu dever de examinar a denúncia com toda a imparcialidade. Considera ter exercido objectivamente o seu poder discricionário quanto ao exame das denúncias que lhe são apresentadas e observa que a recorrente não deve apenas afirmar, mas igualmente provar, que no caso vertente a Comissão exerceu o referido poder de forma abusiva e/ou parcial, prosseguindo uma finalidade diversa daquela para que lhe foi conferido este poder pelo legislador comunitário. A Comissão afirma que não tinha qualquer intenção de «limpar» *a priori* a BMW Italia da suspeita de violação das regras de concorrência, e menos ainda de a fazer beneficiar de uma pretensa presunção de inocência.

104 Na tréplica, a Comissão acrescenta que a afirmação da recorrente segundo a qual a Comissão não teria indicado em nenhuma das suas sucessivas cartas os verdadeiros motivos da sua decisão equivale a fazer um inadmissível processo de intenções, e que os «verdadeiros motivos» em que se baseia a segunda parte da decisão impugnada são exclusivamente aqueles que figuram na carta de 28 de Fevereiro de 1990.

Apreciação do Tribunal

105 Deve observar-se que uma alegação de desvio de poder só pode ser tomada em consideração se o recorrente apresentar indícios objectivos, pertinentes e concordantes, susceptíveis de revelar a sua existência (v., por exemplo, o acórdão do

Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1989, Caturla-Poch e De la Fuente/Parlamento, 361/87 e 362/87, Colect., pp. 2471, 2489, e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Junho de 1991, Valverde Mordt/Tribunal de Justiça, T-156/89, Colect., pp. II-407, II-453).

106 Importa, portanto, examinar se os elementos apresentados pela recorrente deixam supor que a Comissão usou, no caso vertente, o poder de decisão que lhe confere o Regulamento n.° 17 para uma finalidade diversa daquela para que lhe foi conferido esse poder, ou seja, para fiscalizar a aplicação dos princípios fixados nos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

107 A este respeito, importa salientar que a recorrente não apresentou qualquer circunstância concreta que permita inferir que as razões indicadas pela Comissão para justificar o arquivamento da denúncia só fossem pretextos e que a finalidade realmente prosseguida teria sido a de evitar a aplicação das regras de concorrência à empresa BMW. O facto de a Comissão não ter apreciado a conformidade do comportamento da BMW com o artigo 85.° não significa que tenha agido arbitrariamente, uma vez que, nomeadamente, a recorrente não contestou que tal apreciação necessitaria de um inquérito vasto e complexo. A circular da BMW Italia de 7 de Julho de 1988, à qual a recorrente também se referiu, não é de todo susceptível de revelar um desvio de poder por parte da Comissão. Esta carta apenas contém instruções, dirigidas pela BMW Italia a todos os seus concessionários, e em nada indica que a Comissão tenha querido proteger as sociedades do grupo BMW ao adoptar a decisão impugnada. Quanto ao resto, a recorrente apresenta argumentos que visam provar a existência de uma infracção ao artigo 85.° cometida pela BMW. Estes argumentos não constituem no entanto indícios donde se possa inferir que a Comissão tenha sido guiada por considerações ilícitas ao decidir não examinar o bem-fundado destas censuras.

108 Deve, portanto, declarar-se que não se provou a existência de desvio de poder e que, por conseguinte, este fundamento só pode ser rejeitado.

109 Decorre de todas as anteriores considerações que deve negar-se provimento ao pedido de anulação. Dado que o pedido de indemnização se baseia exclusivamente nos mesmos fundamentos que os invocados em apoio do pedido de anulação, deve igualmente negar-se provimento, na ausência de ilegalidade cometida pela Comis-

são, ao pedido de indemnização, sem que seja necessário decidir sobre a sua admissibilidade.

Quanto às despesas

110 Por força do disposto no artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas.

Cruz Vilaça Kirschner Vesterdorf García-Valdecasas

Lenaerts Barrington Saggio

Yeraris Schintgen Briët Biancarelli

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Setembro de 1992.

O secretário

H. Jung

O presidente

J. L. Cruz Vilaça