

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

3 de Dezembro de 2003 *

No processo T-208/01,

Volkswagen AG, com sede em Wolfsburg (Alemanha), representada por
R. Bechtold, advogado,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por W. Mölls, na qualidade
de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

* Língua do processo: alemão.

que tem por objecto, a título principal, um pedido de anulação da 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 (processo COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (JO L 262, p. 14) e, a título subsidiário, um pedido de redução do montante da coima aplicada à recorrente,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção),

composto por: V. Tiili, presidente, P. Mengozzi e M. Vilaras, juízes,
secretário: D. Christensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 18 de Junho de 2003,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

- 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 «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».
- 3 Em 17 de Julho de 1997 e 8 de Outubro de 1998, na sequência de uma denúncia de um comprador, a Comissão dirigiu à recorrente, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), pedidos de informação relativos à sua política tarifária e, nomeadamente, à fixação do preço de venda do modelo do veículo Volkswagen Passat na Alemanha. A recorrente respondeu a estes pedidos em 22 de Agosto de 1997 e 9 de Novembro de 1998, respectivamente.

- 4 Em 22 de Junho de 1999, com base nas informações comunicadas, a Comissão dirigiu à recorrente uma comunicação de acusações, na qual censurava a empresa por ter violado o artigo 81.º, n.º 1, CE por ter acordado com os concessionários alemães da sua rede de distribuição uma disciplina tarifária rigorosa para a venda do modelo Volkswagen Passat.

- 5 Nesse documento, a Comissão evocava, em especial, três circulares dirigidas pela recorrente aos seus concessionários alemães, em 26 de Setembro de 1996, 17 de Abril e 26 de Junho de 1997, e cinco cartas dirigidas a alguns deles, em 24 de Setembro, 2 e 16 de Outubro de 1996, 18 de Abril de 1997 e 13 de Outubro de 1998 (a seguir, tomadas no seu conjunto, «injunções em litígio»).

- 6 Por carta de 10 de Setembro de 1999, a recorrente respondeu a esta comunicação de acusações e indicou que os factos nela descritos eram, no essencial, exactos. A recorrente não pediu para ser ouvida.

- 7 Em 15 de Janeiro e 7 de Fevereiro de 2001, a Comissão dirigiu à recorrente dois novos pedidos de informações, aos quais esta respondeu em 30 de Janeiro e 21 de Fevereiro de 2001, respectivamente.

- 8 Em 6 de Julho de 2001, a Comissão notificou à recorrente a sua decisão 2001/711/CE, de 29 de Junho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (processo COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (JO L 162, p. 14, a seguir «decisão impugnada»).

9 A decisão impugnada dispõe:

«Artigo 1.º

[A Volkswagen] cometeu uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado 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 2.º

Devido à infracção referida no artigo 1.º, é imposta à Volkswagen AG uma coima no montante de 30,96 milhões de euros.

[...]

Artigo 4.º

É destinatária da presente decisão a sociedade [Volkswagen], D-38436 Wolfsburg [...]

Tramitação processual

- 10 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 10 de Setembro de 2001, a recorrente interpôs o presente recurso.
- 11 A Comissão apresentou a sua tréplica na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Fevereiro de 2002, ou seja, quatro dias após a expiração do prazo fixado para a apresentação da tréplica, sem ter previamente nem solicitado nem obtido o alargamento desse prazo nem indicado circunstâncias susceptíveis de justificar a falta de respeito do referido prazo. Em consequência, o Tribunal recusou esse articulado por intempestivo.
- 12 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Quarta Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo.
- 13 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas do Tribunal na audiência de 18 de Junho de 2003.

Pedidos das partes

- 14 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— subsidiariamente, reduzir o montante da coima infligida no artigo 2.º da decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

15 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

16 A título principal, a recorrente alega que a decisão impugnada deve ser anulada por a recorrente não ter cometido qualquer infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE. Por um lado, nenhum acordo, na acepção desta disposição, foi celebrado entre ela e os seus concessionários alemães. Por outro lado, mesmo supondo que tenham sido objecto de um acordo, as injunções em litígio não são susceptíveis de afectar, e ainda menos de modo sensível, o comércio entre Estados-Membros, de modo que o artigo 81.º, n.º 1, CE, não é aplicável. A título subsidiário, a recorrente pede a redução do montante da coima que lhe foi infligida pela decisão impugnada.

- 17 Há que examinar, em primeiro lugar, o pedido principal de anulação da decisão impugnada e, neste âmbito, o fundamento da recorrente segundo o qual as injunções em litígio não foram objecto de qualquer acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, entre ela e os seus concessionários alemães.

Argumentos das partes

- 18 A recorrente afirma, antes de mais, que, segundo uma jurisprudência constante, o concurso de vontades entre empresas constitui elemento central da noção de acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Por esta razão, medidas unilaterais adoptadas sem o acordo do seu destinatário não são abrangidas por esta disposição. Só são proibidas, excepcionalmente, quando tenham simplesmente uma aparência de unilateralidade e o seu destinatário as tenha subscrito de modo tácito. Isto é válido mesmo no contexto da distribuição selectiva (acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1979, BMW Belgium/Comissão, 32/78, 36/78 a 82/78, Recueil, p. 2435, a seguir «acórdão BMW Belgium»; de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão, 107/82, Recueil, p. 3151, a seguir «acórdão AEG»; de 11 de Janeiro de 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão, C-277/87, Colect., p. I-45, a seguir «acórdão Sandoz»; e de 8 de Fevereiro de 1990, Tipp-Ex/Comissão, C-279/87, Colect., p. I-261; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, Bayer/Comissão, T-41/96, Colect., p. II-3383, n.ºs 71 e segs., 162, 167, 169 e 170, a seguir «acórdão Bayer»).
- 19 A Comissão erra, portanto, ao afirmar, no considerando 62 da decisão impugnada, que injunções unilaterais de um concedente constituem um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, quando «visem influenciar» o concessionário no cumprimento do seu contrato e conclui, com esta base, pela existência desse acordo no presente caso. Ao assim fazer, a Comissão procura impor uma nova abordagem jurídica que não apenas alarga a noção de acordo, mas também altera a seu favor as regras do ónus da prova. Esta abordagem implica que uma tentativa de exercer influência seja, desde logo, susceptível de infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE. Na realidade, nem o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Julho de 2000, Volkswagen/Comissão (T-62/98, Colect., p. II-2707, a seguir «acórdão

Volkswagen»), no qual se baseia a Comissão, nem os acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 1985, Ford/Comissão (25/84 e 26/84, Recueil, p. 2725, a seguir «acórdão Ford»); e de 24 de Outubro de 1995, Bayerische Motorenwerke/ALD (C-70/93, Colect., p. I-3439, a seguir «acórdão BMW»), para os quais remete o acórdão Volkswagen, põem em causa a jurisprudência segundo a qual tudo depende de saber se existe um consentimento, expresso ou tácito.

20 Seguidamente, a recorrente afirma que, sempre de acordo com uma jurisprudência constante, os comportamentos aparentemente unilaterais só podem ser abrangidos pelo artigo 81.º, n.º 1, CE quando «se inserirem» em relações contratuais, quer dizer, quando sejam compatíveis com relações contratuais existentes, segundo a interpretação concordante das duas partes no contrato. É apenas neste caso que a «concretização» dos laços contratuais afirmada pela Comissão pode ocorrer. Não basta, portanto, que as injunções emanadas de um concedente «dependam» de um laço contratual preexistente, nem que esse concedente se refira, nessas injunções, ao contrato de concessão.

21 A recorrente alega que um concessionário que se junta a uma rede de distribuição só pode dar o seu acordo a uma política de distribuição na medida em que esta esteja já estabelecida. As alterações posteriores desta política só podem ocorrer se o contrato prever uma reserva correspondente e apenas dentro desse limite. Caso contrário, o contrato deve ser alterado pelas duas partes. Ora, as injunções em litígio, emanadas, de resto, em relação a alguns deles, apenas de um director de vendas da recorrente e estando redigidas no seu papel timbrado pessoal, são não apenas objectivamente incompatíveis com o contrato de concessão, especialmente com o seu artigo 8.º, n.º 1, que apenas prevê preços aconselhados, mas ainda foram entendidas como tal pelos concessionários, tal como resulta particularmente das reacções dos concessionários Binder e Rütz. As afirmações da Comissão de que esta disposição do contrato não garante que a recorrente se absterá de instruções vinculativas em matéria de preços no âmbito do artigo 2.º, n.º 1, do referido contrato ou de que não se pode deduzir do facto de um

comportamento infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE que ele se situa fora de uma reserva contratual geral, são incompatíveis com os métodos de interpretação dos contratos. Pelas mesmas razões, a Comissão não pode sugerir que o contrato de concessão contém uma reserva implícita que permite a fixação de preços. Além disso, o facto de algumas das injunções em litígio terem sido acompanhadas de ameaças de rescisão do contrato de concessão não significa minimamente que esse contrato constitua o fundamento objectivo dessas injunções.

- 22 Por isso, segundo a recorrente, a Comissão não tem razão quando afirma que a questão de saber se os concessionários tinham efectivamente alterado a formação dos seus preços na sequência das injunções em litígio podia permanecer em suspenso e que não eram necessárias, a este respeito, verificações mais precisas. Com efeito, só se poderia admitir a existência de um acordo se os concessionários tivessem dado a sua aquiescência às injunções em litígio e — pelo menos quanto à prova desse acordo — tivessem igualmente alterado o seu comportamento em matéria de preços.
- 23 Finalmente, no que concerne ao comportamento que os concessionários alegadamente adoptaram na sequência das injunções em litígio, a recorrente alega que, mesmo que não esteja em condições de provar que estas não influenciaram o comportamento dos concessionários em matéria de preços, não deixa de ser verdade que os números citados pela Comissão na decisão impugnada, longe de reflectirem alterações significativas desse comportamento, revelam, pelo contrário, um aumento dos descontos. A recorrente propõe-se citar uma testemunha nesta matéria e apresenta números que indicam que os descontos consentidos pelos concessionários aumentaram.
- 24 A Comissão sustenta, por seu lado, que as injunções em litígio se tornaram parte integrante do acordo de concessão e constituem, por isso, acordos na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

- 25 A título principal, a Comissão alega, em primeiro lugar, que, segundo os acórdãos AEG, Ford, BMW e Volkswagen, não é necessário, pelo menos no caso do sistema de distribuição selectiva como o do presente caso, procurar a aquiescência a uma injunção do concedente no comportamento que o concessionário adopta no contexto dessa injunção (por exemplo, após a ter recebido). Esta aquiescência deve ser considerada adquirida em princípio, pelo simples facto de o concessionário entrar na rede de distribuição. Considera-se, portanto, que o concessionário com ele concordou previamente. Segundo a Comissão, esta jurisprudência, que serve de fundamento à decisão impugnada, não é posta em causa pelos acórdãos citados pela recorrente, muito pelo contrário.
- 26 Seguidamente, a Comissão alega que não é necessário que um contrato de distribuição inclua uma cláusula de reserva explícita para que uma injunção dirigida pelo concedente se torne parte desse contrato. O ponto determinante é o objectivo visado pela injunção, que é influenciar os concessionários no cumprimento do referido contrato. Assim, a política ilegal de um concedente, adoptada no âmbito de um contrato de distribuição legal, pode tornar-se parte integrante desse contrato sem que este tenha que conter uma reserva explícita nesse sentido. Com efeito, presume-se que, ao aderir ao sistema de distribuição, o concessionário aprova antecipadamente a política de distribuição do concedente, política que não é naturalmente previsível nos seus mínimos detalhes no momento da adesão do concessionário. Estes princípios valem igualmente para a política do concedente em matéria de preços de revenda. Os acórdãos AEG e Ford confirmam esta tese.
- 27 A título subsidiário e para o caso de se considerar que é necessária uma cláusula de reserva explícita, o artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, do contrato de concessão deve, segundo a Comissão, ser entendido como essa cláusula. Os argumentos adiantados pela recorrente, baseados no alcance do artigo 8.º, n.º 1, do contrato de concessão, na inexistência nesse contrato de cláusula prevendo sanções em caso de desrespeito das recomendações do construtor e no facto de o artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, do referido contrato só ser mencionado nalgumas das injunções em litígio, não põem em causa esta apreciação.

- 28 Finalmente, no que concerne ao comportamento efectivamente adoptado pelas partes na sequência das injunções em litígio, a Comissão considera, na sua contestação, que este comportamento indica que elas consideravam as injunções em litígio como fazendo parte do contrato de concessão. Os argumentos da recorrente, relativos à interpretação a dar às reacções dos concessionários Binder e Rütz às injunções em litígio e ao facto de certas injunções em litígio terem provindo de um director das vendas da recorrente que as redigiu no seu papel timbrado pessoal, não põem em causa esta apreciação.
- 29 A Comissão recorda, todavia, que o acordo punido na decisão impugnada se baseia unicamente nas injunções em litígio, pois a aprovação dos concessionários já tinha sido dada previamente, através da sua adesão ao sistema de distribuição. Por conseguinte, pouco importa que os concessionários tenham também aprovado as injunções em litígio mais uma vez, *a posteriori*, pelo seu comportamento efectivo em matéria de preços. Esta questão pode ser deixada em suspenso (considerando 68 da decisão impugnada). Todas as considerações da recorrente a este propósito carecem, por conseguinte, de pertinência.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 30 Segundo uma jurisprudência constante, para que haja acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, basta que as empresas em causa tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.º 112; e de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 86; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 256, e acórdão Bayer, n.º 67).

- 31 No que respeita ao modo de expressão da referida vontade comum, basta que uma estipulação seja a expressão da vontade das partes de se comportarem no mercado de acordo com os seus termos (v., neste sentido, acórdãos ACF Chemiefarma/Comissão, já referido, n.º 112; Van Landewyck e o./Comissão, já referido, n.º 86; e acórdão Bayer, n.º 68).
- 32 Daqui resulta que o conceito de acordo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, tal como foi interpretado pela jurisprudência, 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 (acórdão Bayer, n.º 69).
- 33 Resulta igualmente da jurisprudência que, quando uma decisão do fabricante constitui um comportamento unilateral da empresa, esta decisão escapa à proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdão AEG, n.º 38; acórdão Ford, n.º 21; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994, Dunlop Slazenger/Comissão, T-43/92, Colect., p. II-441, n.º 56; e acórdão Bayer, n.º 66).
- 34 Em determinadas circunstâncias, medidas adoptadas ou impostas de maneira aparentemente unilateral pelo fabricante no quadro das relações comerciais continuadas que mantém com os seus distribuidores foram consideradas constitutivas de um acordo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE (acórdão BMW Belgium, n.ºs 28 a 30; acórdão AEG, n.º 38; acórdão Ford, n.º 21; acórdão Sandoz, n.ºs 7 a 12; acórdão BMW, n.ºs 16 e 17; e acórdão Bayer, n.º 70).
- 35 Resulta desta jurisprudência que há 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 (acórdão Bayer, n.º 71).

- 36 Ora, resulta igualmente desta jurisprudência 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.º, n.º 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 (v., neste sentido, acórdão BMW Belgium, n.ºs 28 a 30; acórdão AEG, n.º 38; acórdão Ford, n.º 21; acórdão Sandoz, n.ºs 7 a 12; e acórdão Bayer, n.º 72).
- 37 É à luz desta jurisprudência que há que averiguar se a Comissão, na decisão impugnada, fez prova de um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, entre a recorrente e os seus concessionários, a propósito das injunções em litígio.
- 38 A este respeito, deve dizer-se, em primeiro lugar, que não está provado que as injunções em litígio tenham sido postas em prática no terreno. A Comissão admitiu-o, nomeadamente, no considerando 74 da decisão impugnada, nos termos seguintes:

«Nas circunstâncias do caso em apreço é quase impossível apurar qual foi exactamente o comportamento dos concessionários. [...]»

- 39 O Tribunal verifica, seguidamente, que, tal como resulta essencialmente do considerando 60 da decisão impugnada, o argumento adiantado pela Comissão, a título principal, para declarar a existência de um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, é que a política de distribuição em litígio da recorrente foi aceite tacitamente pelos concessionários no momento da assinatura do contrato de concessão. Por conseguinte, segundo a Comissão, «a questão de saber se, e com que alcance, os concessionários Volkswagen alemães alteraram a sua formação de preços, de facto, com base em circulares e advertências do construtor não tem que ser respondida» (considerando 68 da decisão impugnada).
- 40 A Comissão reafirma a sua posição no n.º 8 da sua contestação, segundo o qual, «não é necessário, pelo menos no caso de sistemas de distribuição selectiva como o [deste caso], procurar a aquiescência a uma injunção do construtor no comportamento que o concessionário adopta no contexto desta injunção (por exemplo após tê-la recebido)». Segundo a Comissão, «esta aquiescência deve ser considerada como adquirida por princípio, pelo simples facto de o concessionário ter entrado na rede de distribuição do construtor» e «considera-se, portanto, acordado previamente». Pouco importa, prossegue, em substância, a Comissão, que o contrato contenha ou não uma cláusula de reserva explícita que deixe perspectivar uma injunção tal como as injunções em litígio. Na inexistência dessa cláusula, esta injunção pode, mesmo assim, tornar-se parte integrante do contrato, «inserir-se» no contrato. O ponto determinante é o objectivo pretendido por esta injunção, que é influenciar os concessionários no cumprimento do referido contrato (n.ºs 11 e 12 da contestação).
- 41 A mesma ideia está expressa no considerando 62 da decisão impugnada, no qual a Comissão, citando o acórdão Volkswagen (n.º 236), refere que «as injunções 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».
- 42 Finalmente, o Tribunal verifica não ser minimamente alegado pela Comissão que o contrato de concessão, em especial o seu artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, e o seu artigo 8.º, n.º 1, é contrário ao direito da concorrência.

- 43 Resulta das considerações que precedem que a tese da Comissão, claramente reiterada no n.º 15 da contestação, significa sustentar que um concessionário que tenha assinado um contrato de concessão em conformidade com o direito da concorrência é reputado ter, aquando e por essa assinatura, aceite antecipadamente uma evolução posterior ilegal desse contrato, mesmo quando, devido precisamente à sua conformidade com o direito da concorrência, o referido contrato não podia permitir ao concessionário prever uma tal evolução.
- 44 Esta tese da Comissão, que é o fundamento principal da decisão impugnada e por efeito da qual a Comissão afasta como carecendo de pertinência, a questão de saber se os concessionários da recorrente aquiesceram efectivamente às injunções em litígio quando delas tiveram conhecimento, quer dizer, após terem sido enviadas, não pode vingar.
- 45 Com efeito, é certamente admissível que se considere que a evolução contratual foi aceite antecipadamente, aquando e através da assinatura de um contrato de concessão legal, quando se trate de 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. Em contrapartida, não se pode aceitar que uma evolução contratual ilegal possa ser considerada adiantadamente aceite, aquando e através da assinatura de um contrato de distribuição legal. Com efeito, neste caso, a aquiescência à evolução contratual ilegal só pode ocorrer após o concessionário ter tido conhecimento da evolução pretendida pelo concedente.
- 46 Por conseguinte, a Comissão não pode pretender, no presente processo, que a assinatura pelos concessionários da recorrente do contrato de concessão tenha implicado aceitação da sua parte das injunções em litígio. Uma tal pretensão é contrária ao artigo 81.º, n.º 1, CE, tal como interpretado pela jurisprudência referida nos n.ºs 30 a 36 *supra*, que exige que seja apresentada a prova de um concurso de vontades.

- 47 O Tribunal considera que a Comissão faz uma interpretação errada da jurisprudência que invoca em apoio da sua tese, quando sustenta que, segundo os acórdãos AEG, Ford, BMW e Volkswagen, não é necessário, pelo menos no caso de sistemas de distribuição selectiva como o do presente caso, procurar a aquiescência a uma injunção do concedente no comportamento que o concessionário adopta no contexto dessa injunção (por exemplo, após a ter recebido) e que se deve considerar que essa aquiescência existe, por princípio, pelo simples facto de o concessionário ter entrado na rede de distribuição.
- 48 Com efeito, contrariamente ao que alega a Comissão, o Tribunal de Justiça, no acórdão AEG, reconhece expressamente a aquiescência dos distribuidores aos comportamentos anticoncorrenciais da AEG quando refere que «no caso de admissão de um distribuidor, o acordo baseia-se na aceitação, expressa ou tácita, por parte dos contratantes, da política prosseguida pela AEG exigindo, entre outras coisas, a exclusão da rede de distribuidores com as qualidades para nela serem admitidos, mas não estando dispostas a aderir a essa política» (n.º 38 do acórdão).
- 49 Por outras palavras, o Tribunal de Justiça, no acórdão AEG, não sugeriu que a aquiescência dos distribuidores à política anticoncorrencial da AEG constituía uma aquiescência dada antecipadamente no momento da assinatura do contrato a uma política do fabricante ainda não conhecida.
- 50 Por outro lado, há que dizer que a afirmação, constante do n.º 38 do acórdão AEG, de que a atitude da AEG não é unilateral, antes «se insere nas relações contratuais que a empresa mantém com o seu revendedor» não é uma afirmação peremptória, antes se baseia na verificação prévia pelo Tribunal de Justiça da aquiescência dos distribuidores a esta atitude, atitude que se destinava, por hipótese, a influenciar as referidas relações contratuais.

- 51 No acórdão Ford, o litígio não incidia na questão de saber se os concessionários tinham aquiescido ou não à circular com fins anticoncorrenciais que a Ford lhes tinha dirigido. Com efeito, era pacífico que a circular tinha sido posta em prática no terreno pela Ford e que os concessionários, apesar dos protestos, lhe tinham dado cumprimento. O litígio incidia na questão de saber se essa circular, aplicada pelas partes, podia ou não ser articulada com o contrato de concessão Ford, para o exame desse contrato à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE e com vista a uma eventual isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. Foi neste quadro que o Tribunal de Justiça, após ter considerado que a circular em litígio estava ligada ao contrato de concessão (anexo I do referido contrato), pôde declarar que a Comissão tinha o direito de a ter em conta, no seu exame do referido contrato, com vista a uma eventual isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE (acórdão Ford, n.ºs 20, 21 e 26).
- 52 Quanto ao acórdão BMW, proferido em reenvio prejudicial, o Tribunal considera que ele não é directamente pertinente no caso em apreço. Com efeito, neste processo, a questão submetida não era tanto a de saber se o acordo tinha sido efectivamente celebrado entre a BMW e os seus concessionários sobre o conteúdo da circular dirigida pela BMW a esses concessionários, como a de decidir se essa circular, a supor que tivesse sido aceite e que tivesse constituído, por conseguinte, um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, era ou não abrangida pelo regulamento de isenção pertinente, ou seja, o Regulamento (CEE) n.º 123/85 da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º 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).
- 53 No que concerne ao processo que deu lugar ao acórdão Volkswagen, resulta claramente, tanto da decisão da Comissão como do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância neste processo (v. n.º 236 do acórdão Volkswagen, em conjugação com os pontos para os quais reenvia) e confirmado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 18 de Setembro de 2003, Volkswagen/Comissão (C-338/00 P, Colect., p. I-9189), que as iniciativas do construtor tinham, de facto, tido efeitos, por os concessionários italianos se terem submetido às mesmas e recusado, portanto, a vender aos seus clientes estrangeiros. A aceitação das iniciativas anticoncorrenciais da Volkswagen pelos seus concessionários não suscitava, por conseguinte, qualquer dúvida nesse processo.

- 54 Assim, a solução adoptada no acórdão Volkswagen, consistente em rejeitar o fundamento de anulação da decisão da Comissão baseada no carácter alegadamente unilateral das iniciativas da Volkswagen, fundamentava-se na existência de uma aquiescência resultante da aplicação no terreno das iniciativas do construtor.
- 55 Resulta desta análise dos acórdãos AEG, Ford, BMW e Volkswagen que a Comissão os invoca erradamente em apoio da sua tese de que a assinatura de um contrato de distribuição implica, em princípio e de modo irrefragável, a aceitação tácita das eventuais evoluções ilegais desse contrato.
- 56 Além disso, há que dizer que a tese sustentada pela Comissão no presente processo é claramente infirmada pelos acórdãos Sandoz, BMW Belgium, Bayer e Tipp-Ex/Comissão, já referido, citados pela recorrente. Com efeito, todos estes acórdãos confirmam a necessidade, para se poder verificar a existência de um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, de ser feita a prova de um concurso de vontades. Além disso, em conformidade com a jurisprudência citada nos n.ºs 30 e 31 *supra*, esse concurso de vontades deve incidir num comportamento determinado, que deve, por conseguinte, ser conhecido das partes quando estas o aceitam.
- 57 De resto, contrariamente ao que pretende a Comissão, não resulta da jurisprudência que o elemento determinante da inserção de uma injunção num contrato é que esta injunção se destina a influenciar o concessionário no cumprimento do referido contrato. Se assim fosse, o envio pelo concedente de uma injunção aos seus concessionários levaria, sistematicamente, à verificação de um acordo, quando, por definição, essa injunção se destina a influenciar esses concessionários no cumprimento do seu contrato.

58 Em contrapartida, uma injunção insere-se num contrato preexistente, quer dizer, torna-se parte integrante desse contrato, certamente quando essa injunção se destine a influenciar os concessionários no cumprimento do contrato, mas, sobretudo, quando essa injunção seja, de um modo ou de outro, efectivamente aceite pelos concessionários.

59 No presente caso, a Comissão contentou-se em indicar, o que era evidente, que as injunções em litígio se destinavam a influenciar os concessionários no cumprimento do seu contrato. Não considerou pertinente fazer a prova de uma aquiescência efectiva dos concessionários a essas injunções quando delas tiveram conhecimento, antes considerou, de modo errado, que a assinatura do contrato, legal, implicava uma aceitação tácita dada antecipadamente a essas injunções. Por conseguinte, há que concluir que a Comissão não fez prova da existência de um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

60 A este respeito, há que dizer que os considerandos 66 e 67 da decisão impugnada, consagrados ao exame dos comportamentos, documentos escritos e declarações das partes, não se destinam minimamente a provar que os concessionários tenham aquiescido às injunções em litígio quando delas tiveram conhecimento. Com esses considerandos, a Comissão pretende apenas basear a sua interpretação do contrato, expressa nos considerandos 63 a 65 da decisão impugnada e que constitui o argumento subsidiário da Comissão *infra* analisado, de que um laço orgânico, constituído pelo artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, do contrato de concessão, une, em todo o caso, as injunções em litígio ao referido contrato. É igualmente neste sentido que se deve compreender a alegação da Comissão, no n.º 29 da sua contestação, de que os concessionários consideravam as injunções em litígio como «fazendo parte» do contrato.

61 A título subsidiário, a Comissão alega que, mesmo que se considere ser necessária uma cláusula de reserva no contrato de concessão para poder verificar a inserção das injunções em litígio nesse contrato, o artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, do referido

contrato deve ser considerado como constituindo essa cláusula. A Comissão precisa que o artigo 8.º, n.º 1, do mesmo contrato não tem por objecto limitar o artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, impedindo que ele se aplique a injunções limitativas relativas ao preço de venda.

- 62 Este argumento subsidiário não pode ser acolhido.
- 63 Com efeito, 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 que devem promover por todos os meios», 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.
- 64 Quanto ao artigo 8.º, n.º 1, do contrato de concessão, ele está igualmente redigido em termos neutros, ou mesmo proibitivos da possibilidade de a Volkswagen emitir recomendações de preços vinculativos.
- 65 O facto de, no considerando 65 da decisão impugnada, a Comissão ter afirmado que o artigo 8.º, n.º 1, do contrato de concessão «não significa para os concessionários qualquer garantia específica de que o construtor se abstenha posteriormente de dar instruções em matéria de preços, [...]» mais não faz do que sublinhar a neutralidade desta disposição e o facto de ela não anunciar minimamente medidas vinculativas.

- 66 Finalmente o Tribunal refere que não é por a Volkswagen invocar o artigo 2.º do contrato de concessão nas injunções em litígio que, objectivamente, esse artigo fundamenta essas injunções. Com efeito, a existência de um eventual nexo orgânico entre o artigo 2.º do contrato de concessão e as injunções em litígio 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.
- 67 Resulta do que precede que o argumento subsidiário da Comissão, de que o artigo 2.º, n.ºs 1 ou 6, do contrato de concessão constitui a cláusula de reserva pertinente que tem por efeito terem as injunções em litígio sido aceites desde a celebração desse contrato, está errado.
- 68 Resulta do conjunto de considerações que precede que a Comissão não fez, na decisão impugnada, prova de um concurso de vontades entre a recorrente e os seus concessionários, relativamente às injunções em litígio. Segue-se que a decisão impugnada foi tomada em violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e deve, portanto, ser anulada, sem que seja necessário analisar o outro fundamento de anulação apresentado pela recorrente, nem o pedido subsidiário de redução do montante da coima.

Quanto às despesas

- 69 Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 87.º, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la nas despesas, tal como pedido pela recorrente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

decide:

- 1) 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 (processo COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) é anulada.

- 2) A Comissão é condenada nas despesas.

Tiili

Mengozzi

Vilaras

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de Dezembro de 2003.

O secretário

H. Jung

O presidente

V. Tiili