CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 13 de Março de 2008 [1]

I — Introdução

1. Por decisão de 16 de Junho de 2006, a Audiencia Provincial de Madrid (Espanha) apresentou ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial relativo à interpretação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado (actual artigo 81.º, n.º 1, CE) e do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva [2].

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a CEPSA, Estaciones de Servicio SA (a seguir «CEPSA»), demandante no processo principal, ao explorador da estação de serviço LV Tobar e Hijos SL (a seguir «Tobar»), demandada no processo principal, em razão de uma restrição da concorrência, de que a CEPSA é acusada, que decorre do contrato de compra exclusiva celebrado entre as partes.

1 — Língua original: francês.
2 — JO L 173, p. 5, e rectificação no JO 1984, L 79, p. 38.

II — Quadro jurídico

3. O Regulamento n.º 1984/83 exclui do âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado determinadas categorias de acordos de compra exclusiva e de práticas concertadas que preenchem, normalmente, as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo, pelo facto de as mesmas conduzirem, em geral, a uma melhoria na distribuição dos produtos.

4. Nos termos do artigo 3.º, alínea d), do referido regulamento, esta isenção não é aplicável quando o acordo seja concluído por tempo indeterminado ou por um período que exceda cinco anos.

5. O Regulamento n.º 1984/83 contém, nos seus artigos 10.º a 13.º, disposições particulares para os acordos relativos a estações de serviço.

6. Nos termos do artigo 10.º do referido regulamento:

«Nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado e nas condições previstas nos

artigos 11.º a 13.º do presente regulamento, o n.º 1 do artigo 85.º do referido Tratado é declarado inaplicável aos acordos em que participam apenas duas empresas e nos quais uma, o revendedor, se compromete perante a outra, o fornecedor, em contrapartida da concessão de vantagens económicas ou financeiras especiais, a comprar só a este, a uma empresa a ele ligada ou a uma terceira empresa que ele haja encarregado da distribuição dos seus produtos, para fins de revenda numa estação de serviço designada no acordo, certos combustíveis para veículos a motor à base de produtos petrolíferos ou certos combustíveis para veículos a motor e combustíveis à base de produtos petrolíferos especificados no acordo.»

7. O artigo 11.º do referido regulamento dispõe o seguinte:

«Para além da obrigação enunciada no artigo 10.º, não pode ser imposta ao revendedor qualquer outra restrição de concorrência que não seja:

a) A obrigação de não revender, na estação de serviço designada no acordo, combustíveis para veículos a motor ou combustíveis fornecidos por terceiras empresas;

b) A obrigação de não utilizar, na estação de serviço designada no acordo, lubrificantes ou produtos petrolíferos conexos, oferecidos por terceiras empresas, quando o fornecedor ou uma empresa a ele ligada tiverem colocado à disposição do revendedor, ou tiverem financiado, um equipamento de remoção de óleos ou outras instalações de lubrificação de veículos a motor;

c) A obrigação de só fazer publicidade, em relação aos produtos entregues por terceiras empresas, no interior ou no exterior da estação de serviço, na proporção da parte que estes produtos representam no volume de vendas total da estação de serviço;

d) A obrigação de só deixar fiscalizar pelo fornecedor, ou uma empresa por ele designada, as instalações de depósito ou de distribuição de produtos petrolíferos que sejam propriedade do fornecedor ou que tenham sido financiadas pelo fornecedor ou por uma empresa que lhe esteja ligada.»

8. O artigo 12.º do Regulamento n.º 1984/83 enumera as cláusulas e os compromissos contratuais que impedem a aplicação do seu artigo 10.º, entre os quais figura a condição de o contrato não poder ser celebrado por tempo indeterminado ou por mais de dez anos.

9. O artigo 13.º deste mesmo regulamento prevê a aplicação, por analogia, dos seus artigos 2.º, n.ºs 1 e 3, 3.º, alíneas a) e b), 4.º, bem como 5.º aos acordos relativos a estações de serviço.

10. O considerando 13 do referido regulamento prevê o seguinte:

«[…] estes acordos são em geral caracterizados pelo facto de, por um lado, o fornecedor conceder ao revendedor vantagens económicas e financeiras particularmente importantes, atribuindo-lhe quantias em dinheiro a fundo perdido, concedendo-lhe ou conseguindo-lhe empréstimos em condições vantajosas, concedendo-lhe um terreno ou locais para a exploração da […] estação de serviço, pondo à sua disposição instalações técnicas ou outros equipamentos ou efectuando outros investimentos em benefício do revendedor e de, por outro lado, o revendedor contrair para com o fornecedor uma obrigação de compra exclusiva de longa duração, geralmente acompanhada de uma proibição de concorrência».

11. O Regulamento n.º 1984/83 foi revogado pelo Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas [3], que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2000.

12. O artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 prevê que a isenção da proibição estabelecida no artigo 81.º, n.º 1, CE não é aplicável a acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto «a restrição da possibilidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade do fornecedor de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não sejam equivalentes a um preço de venda fixo ou mínimo como resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes».

13. Nos termos do artigo 5.º do referido regulamento, a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável a qualquer obrigação de não concorrência directa ou indirecta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos. Uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovada para lá de um período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indeterminada.

14. Nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 2790/1999, a proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE não é aplicável durante o período compreendido entre 1 de Junho de 2000 e 31 de Dezembro de 2001 relativamente a acordos já em vigor em 31 de Maio de 2000 que não preencham os requisitos de isenção previstos no presente regulamento, mas que preencham os previstos, designadamente, no Regulamento n.º 1984/83.

3 — JO L 336, p. 21.

III — Litígio no processo principal e questões prejudiciais

15. Em 7 de Fevereiro de 1996, as partes no processo principal celebraram um «contrato que conferia o direito de afixar a insígnia e de utilizar a imagem, de assistência técnica e comercial e de fornecimento sob o regime de explorador comissionista de uma estação de serviço».

16. Resulta da decisão de reenvio que a relação contratual entre a CEPSA e a Tobar se caracteriza, no essencial, por três tipos de cláusulas, a saber, em primeiro lugar, uma cláusula de compra exclusiva que o órgão jurisdicional de reenvio também designa «cláusula de não concorrência» [4], em segundo lugar, cláusulas relativas à repartição das despesas e dos riscos, bem como, em terceiro lugar, cláusulas relativas ao pagamento de carburantes e de combustíveis.

17. No que respeita à cláusula de compra exclusiva ou de não concorrência, a Tobar comprometeu-se a comprar combustíveis, incluindo carburantes, bem como lubrificantes e outros produtos conexos, exclusivamente à CEPSA, tendo em vista a revenda dos mesmos na estação de serviço, aos preços fixados para a venda ao público e com observância dos requisitos e técnicas de venda e de exploração estabelecidos pelo referido fornecedor. Esta obrigação foi acordada por um prazo de dez anos, prorrogável por períodos sucessivos de cinco anos, mediante consentimento expresso conferido por escrito com um pré-aviso mínimo de seis meses. A Tobar está também proibida de proceder a operações de venda ou de promoção de produtos concorrentes ou de participar em tais operações, tanto na área como nas imediações da estação de serviço.

18. Quanto às cláusulas relativas à repartição de despesas e riscos, a Tobar deve, em primeiro lugar, assumir os riscos pelos produtos a partir do momento em que os recebe do fornecedor nos tanques de armazenamento e conservá-los nas condições exigidas para evitar a sua perda ou deterioração. Em segundo lugar, a Tobar é responsável, tanto perante o fornecedor como perante terceiros, por qualquer perda, contaminação ou mistura que esses produtos possam sofrer e pelos danos que possam ser causados por esses mesmos produtos [5]. Em terceiro lugar, embora a Tobar não assuma o risco pelas dívidas não pagas, resultantes da utilização do cartão de crédito CEPSA CARD, garante, no entanto, e é responsável pelos clientes que aderiram à utilização desse cartão de crédito por seu intermédio ou aos quais concedeu directamente um crédito. A Tobar participa igualmente no financiamento de uma pequena parte das despesas relativas à utilização do cartão de fidelidade da CEPSA. Em contrapartida, a CEPSA suporta o custo do transporte dos produtos e as despesas de instalação e de manutenção na estação de serviço relacionadas com a

4 — A utilização indiferenciada destas duas expressões por parte do órgão jurisdicional de reenvio parece compreender-se à luz da circunstância de, ao contrário dos contratos de compra exclusiva de outros produtos, como a cerveja, um contrato de compra exclusiva de combustíveis e de carburantes se caracterizar, de um ponto de vista estritamente material, pela venda de uma única marca numa determinada estação de serviço (monomarquismo). V., a este respeito, acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Neste (C-214/99, Colect., p. I-11121, n.º 31).

5 — Incluindo o risco de perdas devidas tanto a circunstâncias de força maior como à diferença de volume entre o produto fornecido e o vendido, devido a alterações de temperatura dos carburantes ou a outros motivos.

imagem da sua marca. Por outro lado, a CEPSA cede igualmente à Tobar os tanques e as bombas de gasolina que o explorador da estação de serviço deve utilizar unicamente para a venda de produtos fornecidos pela CEPSA, os quais lhe deve devolver logo que o referido explorador cesse a utilização autorizada. No entanto, a estação de serviço deve constituir uma garantia, feito o primeiro pedido, a favor da CEPSA, pelo montante do valor das instalações técnicas.

19. No que respeita às cláusulas relativas ao pagamento do carburante e dos combustíveis, a Tobar deve liquidar o preço dos carburantes ou dos combustíveis, no prazo de nove dias a contar da data do seu fornecimento à estação de serviço, bem como subscrever e apresentar, na data do primeiro fornecimento, uma garantia bancária num montante total equivalente a quinze dias de fornecimento. Em caso de não pagamento, a CEPSA pode executar a garantia, com a consequência de que o explorador da estação de serviço ficará obrigado a pagar os fornecimentos antecipadamente. A Tobar recebe, a título de remuneração, as comissões de mercado em vigor para cada estação de serviço. O montante inicial é estabelecido no contrato, que prevê que as comissões a receber não serão inferiores ao montante médio das comissões pagas às estações de serviço pelos outros operadores que detenham uma parte significativa do mercado e para os mesmos produtos na mesma zona geográfica. O pagamento à CEPSA, determinado em função do número de litros fornecidos à estação de serviço, é efectuado deduzindo do preço de venda ao público fixado pela CEPSA, acrescido do imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA»), o montante da comissão do explorador da estação de serviço, incluindo o IVA correspondente.

20. Durante o mês de Novembro de 2001, a CEPSA enviou uma carta à Tobar, na qual a autorizava, «a partir dessa data», a baixar o preço de venda sem, contudo, diminuir as receitas da CEPSA.

21. Em 2003, depois de ter enviado várias cartas à CEPSA, o explorador da estação de serviço deixou de se abastecer junto desse fornecedor e tapou o seu logótipo nas instalações da estação de serviço.

22. Em 2004, a Tobar intentou contra a CEPSA um recurso de anulação do contrato, alegando que o mesmo não era compatível com o artigo 85.º do Tratado e que o seu objecto era inexistente ou ilícito pelo facto de a determinação do preço ser deixada à exclusiva apreciação da CEPSA. A Tobar pediu igualmente que lhe fosse atribuída uma indemnização.

23. Por seu turno, a CEPSA contestou o recurso e apresentou um pedido reconvencional mediante o qual exigiu o cumprimento do contrato ou a resolução deste se o seu cumprimento for impossível, exigindo, em ambos os casos, uma reparação.

24. Em 29 de Julho de 2005, o Juzgado de Primera Instancia de Madrid anulou o contrato controvertido por ser incompatível com o artigo 85°, n.º 1, do Tratado, bem como com os Regulamentos n.º 1984/83 e

2790/1999. A CEPSA interpôs recurso desta decisão para o órgão jurisdicional de reenvio.

25. Tendo constatado que era necessário interpretar o artigo 85.º do Tratado e o Regulamento n.º 1984/83 para decidir sobre o recurso de anulação do contrato, a Audiencia Provincial de Madrid decidiu ordenar a suspensão da instância e submeter as seguintes questões ao Tribunal de Justiça:

«EM PRIMEIRO LUGAR,

A) Deve interpretar-se o artigo [85.º], n.º 1, [do Tratado] no sentido de que é aplicável a um contrato de fornecimento exclusivo, celebrado no ano de 1996, entre um distribuidor de produtos petrolíferos e a empresa proprietária de uma estação de serviço, mediante o qual esta se obriga a vender exclusivamente carburantes e combustíveis do fornecedor durante um determinado período de tempo, comprometendo-se a não vender o mesmo tipo de produtos de outros distribuidores, na medida em que essa obrigação implica um acordo de não concorrência, ainda que esse contrato possa, dado o seu significado económico, ser considerado um contrato de agência?

B) No caso de o contrato ser abrangido pelo âmbito de aplicação [da referida disposição], pode beneficiar da isenção da proibição se preencher os requisitos do Regulamento n.º 1984/83, em especial os relativos à duração?

C) Se for esse o caso, a previsão dos artigos 10.º e 12.º do regulamento referido, no sentido de permitir que a duração do acordo de não concorrência ultrapasse os [cinco] anos como contrapartida da concessão de vantagens económicas ou financeiras por parte do fornecedor à proprietária da estação de serviço, exige que essas vantagens económicas ou financeiras sejam substanciais ou é suficiente que não sejam insignificantes? Essas disposições podem ser interpretadas no sentido de que tais vantagens económicas ou financeiras foram concedidas em contratos de fornecimento exclusivo em que o fornecedor de produtos petrolíferos suporta os custos de instalação e de manutenção da imagem da marca na estação de serviço, ou põe à disposição os tanques e as bombas de gasolina que a proprietária da estação de serviço não pode utilizar, sem autorização por escrito do fornecedor exclusivo, para [venda de] produtos que não sejam fornecidos por este e que deve devolver no momento em que cesse o uso autorizado, e cujo valor está coberto pela garantia pagável à primeira interpelação [e] que a proprietária da estação de serviço constituiu a favor do fornecedor?

D) Se a isenção não for aplicável, a nulidade absoluta prevista no artigo [85.º], n.º 2, do Tratado [...] afecta o contrato na sua totalidade?

de acordo com os preços de venda ao público, as condições e técnicas de venda e exploração por ele fixados durante [dez] anos, prorrogáveis por períodos consecutivos de [cinco] anos cada um, mediante acordo expresso e escrito, com um pré-aviso mínimo de seis meses.

EM SEGUNDO LUGAR,

A) O artigo [85.º], n.º 1, do Tratado [...] deve ser interpretado no sentido de que um contrato de fornecimento exclusivo, [como o do processo principal], na medida em que prevê que a empresa proprietária da estação de serviço deve vender os carburantes e combustíveis do fornecedor exclusivo aos preços de venda ao público fixados por este, é, em princípio, abrangido pela proibição de [qualquer] restrição da concorrência, dado que fixa os preços de venda, tendo em conta o seu significado económico e, em particular, os riscos assumidos pela proprietária da estação de serviço e a sua contribuição para os custos relacionados com o fornecimento dos bens objecto do contrato [e] com a promoção da venda dos mesmos, tendo em conta que:

1) A proprietária da estação de serviço se compromete a vender exclusivamente lubrificantes e produtos afins, carburantes e combustíveis do fornecedor

2) A proprietária da estação de serviço assume o risco pelos carburantes e combustíveis a partir do momento em que os recebe do fornecedor nos tanques de armazenamento da estação de serviço, incluindo o risco volumétrico. A partir do momento em que recebe os produtos, a proprietária assume a obrigação de os conservar nas condições necessárias para evitar qualquer perda ou deterioração dos mesmos e responde, se for caso disso, perante o fornecedor e perante terceiros, por qualquer perda, contaminação ou mistura que possam sofrer e pelos danos que assim possam ser causados.

3) A proprietária da estação de serviço deve pagar ao fornecedor o valor dos carburantes [e] combustíveis nove dias depois da data da entrega na estação de serviço, após constituição, na data do primeiro fornecimento, de garantia bancária [num] valor [total] [...], equivalente a quinze dias [de fornecimento].

Se não pagar, para além da possibilidade de o fornecedor executar a garantia, poderá ficar obrigada a pagar os fornecimentos antes da sua entrega na estação de serviço. O montante do pagamento da proprietária da estação de serviço à distribuidora determina-se deduzindo do preço de venda ao público fixado pela distribuidora, IVA incluído, o montante da 'comissão' da proprietária da estação de serviço, acrescido do IVA correspondente. O carburante é vendido, em média, num período de tempo, a contar da sua entrega, muito inferior aos nove dias previstos para o seu pagamento por parte da recorrente à recorrida. [O fornecedor] regista mensalmente créditos e débitos à estação de serviço, consoante a variação nos preços fixados para os carburantes fornecidos seja em alta ou em baixa. O custo do transporte é assumido pela empresa fornecedora.

4) A proprietária da estação de serviço garante e é responsável pelos clientes que aderiram à utilização do cartão de crédito criado e gerido pelo grupo de sociedades a que pertence o fornecedor, cobra o [produto] de todas as vendas efectuadas por meio desse cartão de crédito no mês seguinte à realização das vendas, financia uma pequena parte do custo da utilização pelos clientes do cartão de fidelidade da distribuidora petrolífera e assume o risco do não pagamento [aos] clientes a quem tenha directamente concedido crédito.

5) A empresa fornecedora dos produtos petrolíferos suporta os custos da instalação e da manutenção na estação de serviço da sua imagem de marca e cede os tanques e [as] bombas de gasolina, que a proprietária da estação de serviço não pode utilizar, sem autorização por escrito do fornecedor, para produtos de outros fornecedores, e cujo valor corresponde ao montante da garantia bancária constituída pela proprietária da estação de serviço a favor do fornecedor.

B) Se for caso disso, o Regulamento (CEE) n.º 1984/83 e, em particular, os seus artigos 10.º a 13.º devem ser interpretados no sentido de que abrangem um contrato dessa natureza de modo que a proibição do artigo [85.º], n.º 1, [do Tratado] não é aplicável se o contrato preencher os requisitos da isenção previstos nesses artigos do regulamento?

C) Nesse caso, se o contrato estabelecer mais do que uma restrição da concorrência e, além disso, fixar a não concorrência ao prever o fornecimento exclusivo de uma

empresa fornecedora, o artigo 11.º desse regulamento deve ser interpretado no sentido de que os preços de venda são fixados pelo fornecedor? A autorização [do fornecedor] à [exploradora da] estação de serviço para que esta [última] possa baixar o preço de venda sem afectar as receitas [do referido fornecedor], concedida em Novembro de 2001, permite que o contrato possa considerar-se válido?»

IV — Tramitação processual perante o Tribunal de Justiça

26. A CEPSA, a Tobar e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas, nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. As suas alegações foram também ouvidas na audiência que teve lugar em 7 de Junho de 2007.

V — Análise

27. O órgão jurisdicional de reenvio coloca duas questões que parecem pressupor situações opostas. A primeira, que se subdivide em quatro partes [alíneas A) a D)], é colocada para a hipótese de a relação contratual em causa no processo principal ser qualificável como relação de agência entre o comitente e o seu intermediário [6]. A segunda, que se subdivide em três partes [alíneas A) a C)] é colocada para a hipótese de esta relação contratual ser considerada uma relação entre duas empresas autónomas e consiste, no essencial, em determinar a interpretação do artigo 85.º do Tratado e do Regulamento n.º 1984/83, tendo em conta os factos do processo principal [7].

28. Embora se possa equacionar responder de forma sucessiva às duas questões e às respectivas subdivisões, proponho, no entanto, que se siga uma metodologia diferente que consiste em examiná-las consoante as temáticas que suscitam. Por conseguinte, trata-se, em primeiro lugar, de analisar o problema da qualificação de um contrato, como o que está em causa no processo principal, como «acordo entre empresas», na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [primeira questão, alínea A), e segunda questão, alínea A)], em segundo lugar, de apreciar, seguindo as duas situações equacionadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, se a isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83 (e, posteriormente, no Regulamento n.º 2790/1999) é aplicável [primeira questão, alíneas B) e C), e segunda questão, alíneas B) e C)] e, em terceiro lugar, de analisar, caso a isenção por categoria acima referida não seja aplicável, as

6 — V., além do teor da primeira questão, alínea a), o primeiro período do ponto intitulado «em sétimo lugar» da decisão de reenvio (p. 13 da versão original).

7 — A este respeito, sublinho que, embora as duas questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio digam unicamente respeito às disposições do Regulamento n.º 1984/83, a fundamentação da decisão de reenvio também refere as do Regulamento n.º 2790/1999, que se revela igualmente pertinente tendo em conta os factos do processo principal.

consequências de uma eventual nulidade do contrato [primeira questão, alínea D)].

A — *Quanto à qualificação de um contrato como o que está em causa no processo principal como «acordo entre empresas», na acepção do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado [primeira questão, alínea A), e segunda questão, alínea A)]*

29. No essencial, com a sua primeira questão, alínea A), o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, na hipótese de se considerar que o contrato controvertido é um *verdadeiro contrato de agência*, esse contrato é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, em razão da cláusula de fornecimento exclusivo ou de não concorrência que o caracteriza. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, através da sua segunda questão, alínea A), se um contrato como o do processo principal é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, tendo, designadamente, em conta o facto de o preço de venda ser fixado pelo fornecedor.

30. Conforme o Tribunal de Justiça já declarou no processo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, os acordos verticais, como as convenções entre a CEPSA e os exploradores de estações de serviço, só são abrangidos pelo artigo 85.º do Tratado quando o explorador for considerado um operador económico independente e exista, por conseguinte, um acordo entre duas empresas [8]. Segundo jurisprudência assente, o conceito de empresa, na acepção do direito comunitário da concorrência, abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento. Por outro lado, constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado [9].

31. A este respeito, deve precisar-se, conforme observaram o órgão jurisdicional de reenvio e a Comissão, que os agentes comerciais operam, em princípio, em dois mercados distintos, a saber, o mercado a montante, em que o agente comercial oferece os seus serviços de intermediário a comitentes potenciais e, por outro, o mercado a jusante, em que o agente oferece os bens ou serviços do comitente a clientes potenciais [10].

32. No primeiro mercado, os agentes comerciais são, em regra, operadores económicos independentes e, por conseguinte, empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Por isso, as cláusulas de um contrato de agência comercial, através das quais o comitente proíbe um agente comercial de agir em nome de empresas concorrentes do comitente (cláusulas de não concorrência)

8 — Acórdão de 14 de Dezembro de 2006 (C-217/05, Colect., p. I-11987, n.º 39).

9 — V., designadamente, acórdão de 11 de Julho de 2006, FENIN/Comissão (C-205/03 P, Colect., p. I-6295, n.º 25).

10 — V., igualmente, neste sentido, n.º 43 das conclusões da advogada-geral J. Kokott, apresentadas no processo que deu lugar ao acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido.

devem ser apreciadas à luz do artigo 85.º do Tratado [11].

33. Em contrapartida, no segundo mercado, a saber, o da venda de bens ou serviços do comitente aos clientes potenciais, o agente comercial, apesar de ter personalidade jurídica distinta do seu comitente, perde a sua qualidade de operador económico independente quando não suporte nenhum risco financeiro ou comercial no que respeita a esta actividade económica, o que o impede de determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, dado que depende totalmente do seu comitente. Quando assim é, a proibição decretada no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, em princípio, não se aplica às relações entre o agente e o seu comitente [12]. Este agente será, então, considerado como um órgão auxiliar integrado na empresa do comitente.

34. O Tribunal de Justiça parece ter avalizado esta dicotomia, baseada nos diferentes mercados nos quais o agente opera, no acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido, a propósito das convenções celebradas entre a CEPSA e os exploradores de estações de serviço, que é sem dúvida pertinente para o presente caso [13].

35. Depois de ter identificado os critérios que permitem apreciar a repartição efectiva dos riscos financeiros e comerciais entre os exploradores de estações de serviço e o fornecedor de combustíveis e de carburantes, tal como foi feita nas convenções que estavam em causa no mesmo processo, a fim de determinar a aplicabilidade do artigo 85.º do Tratado — questão que analisarei mais pormenorizadamente a seguir nas presentes conclusões —, o Tribunal de Justiça precisou que o artigo 85.º do Tratado é inaplicável não apenas quando o explorador não corre nenhum risco financeiro e comercial mas igualmente quando suporta somente uma parte pouco significativa desses riscos [14].

36. No entanto, o Tribunal de Justiça acrescentou que, nesse caso, «só as obrigações impostas ao [explorador] no âmbito *da venda de mercadorias a terceiros por conta do comitente* não estão abrangidas por esse artigo. Com efeito, como alega a Comissão, um contrato de agência pode conter cláusulas respeitantes às relações entre o agente e o comitente, às quais se aplica o referido artigo, como *cláusulas de exclusividade e de não concorrência*. A esse propósito, há que considerar que, *no âmbito dessas relações*, os agentes são, em princípio, operadores económicos independentes e as referidas cláu-

11 — *Ibidem* (n.º 44). V., igualmente, o n.º 19 da comunicação da Comissão, intitulada «Orientações relativas às restrições verticais» (JO 2000, C 291, p. 1, a seguir «orientações»).

12 — V., neste sentido, acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.ºs 43 e 44).

13 — De um ponto de vista factual, observo que o órgão jurisdicional de reenvio precisa que as cláusulas do contrato controvertido parecem idênticas às das convenções que deram origem ao pedido de decisão prejudicial no referido processo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, as quais, segundo o n.º 9 do acórdão proferido neste processo, dizem respeito a 95% das estações de serviço da rede CEPSA.

14 — Acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 61).

sulas são susceptíveis de infringir as regras da concorrência na medida em que contribuam para o encerramento *do mercado em causa»* [15].

37. Esta precisão implica que quando, no mercado da venda de mercadorias a terceiros, o agente comercial apenas suporta um risco financeiro e comercial pouco significativo, não é a integralidade da relação contratual entre esse agente e o seu comitente que escapa ao âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, mas apenas a parte dessa relação que se baseia nas cláusulas contratuais relativas a esse mercado.

38. Tais cláusulas apenas serão susceptíveis de ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado se o agente comercial assumir, pelo menos, uma parte significativa dos riscos financeiros e comerciais relacionados com a venda de mercadorias (e/ou de serviços) a terceiros por conta do comitente.

39. Em contrapartida, a cláusula de não concorrência estipulada entre o agente comercial e o seu comitente, *relacionada com o mercado de serviços de intermediário*, continua a ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, *independentemente* dos riscos financeiros e comerciais em que o agente comercial eventualmente incorra no *mercado da venda de mercadorias a terceiros por conta do comitente*. Esta abordagem parece justificar-se pelo facto de uma cláusula dessa natureza, que afecta a concorrência intramarcas, não ser inerente ao contrato de agência.

40. A totalidade de um contrato de agência será abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado, se contiver, além de uma cláusula de não concorrência, tal como a referida no n.º 17 das presentes conclusões, cláusulas segundo as quais o agente suporta, pelo menos, uma parte significativa dos riscos financeiros e comerciais relacionados com a venda das mercadorias a terceiros por conta do comitente. Nestas condições, a relação contratual já não será uma verdadeira relação de agência comercial.

41. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio, com a sua segunda questão, alínea A), pergunta se, tendo em conta as características da relação contratual entre a CEPSA e a Tobar, enumeradas nesta questão, o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado deveria ser interpretado no sentido de que se opõe a um contrato dessa natureza pelo facto de, em particular, o preço de venda ser fixado pelo fornecedor.

42. Embora a CEPSA conteste vigorosamente a apresentação e a apreciação da relação contratual que a liga à Tobar, tal

15 — N.º 62 (o sublinhado é meu).

como estas são feitas pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua segunda questão, alínea A), é jurisprudência assente que, no âmbito de um processo nos termos do artigo 234.º CE, que assenta numa nítida separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, qualquer apreciação dos factos da causa é da competência do juiz nacional, que continua a ter a responsabilidade da decisão jurisdicional a tomar [16]. Do mesmo modo, também é da competência do órgão jurisdicional nacional, com exclusão do Tribunal de Justiça, aplicar a situações particulares as regras comunitárias cuja interpretação é fornecida pelo Tribunal de Justiça [17].

43. No âmbito da repartição das competências entre os órgãos jurisdicionais comunitários e nacionais, incumbe no entanto ao Tribunal de Justiça, tendo em conta o contexto factual e regulamentar no qual se inserem as questões prejudiciais, tal como definido pela decisão de reenvio [18], e a fim de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, precisar os critérios que permitem apreciar a repartição efectiva dos riscos financeiros e comerciais entre o explorador de uma estação de serviço e o fornecedor de combustíveis, como é feita no contrato em causa no processo principal [19].

44. Dito isto, esses critérios foram desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido, que importa recordar a seguir, tendo em conta a sua pertinência para o presente caso.

45. Segundo aquele acórdão, compete ao órgão jurisdicional nacional tomar em conta, por um lado, os riscos ligados à venda das mercadorias, como o financiamento das reservas de carburantes, e, por outro, os riscos ligados aos investimentos que são específicos do mercado, isto é, os que são necessários para que o explorador da estação de serviço possa negociar ou concluir contratos com terceiros [20].

46. No que respeita à primeira categoria de riscos, também resulta do acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido, que o explorador assume esses riscos provavelmente, no todo ou em parte, quando detém a propriedade das mercadorias que recebeu do fornecedor, antes da sua venda posterior a terceiros, quando suporta, directa ou indirectamente, os custos relacionados com a distribuição das mercadorias, nomeadamente, os custos de transporte, quando mantém reservas a expensas suas e/ou quando assume a responsabilidade pelos eventuais danos causados às mercadorias, como a sua perda ou a sua deterioração, bem como pelo prejuízo causado pelas mercadorias vendidas a terceiros, independentemente da responsabilidade por culpa do agente [21]. O risco financeiro relacionado com as mercadorias deve igualmente ser apreciado, nomeadamente no que diz respeito ao pagamento do carburante, no caso de o explorador não encontrar comprador ou no caso de pagamento diferido

16 — V., designadamente, neste sentido, acórdão de 18 de Dezembro de 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Colect., p. I-11767, n.º 45 e jurisprudência referida).

17 — V., neste sentido, acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 49 e jurisprudência referida).

18 — Acórdão Laval un Partneri, já referido (n.º 47 e jurisprudência referida).

19 — V., neste sentido, acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 50).

20 — *Ibidem* (n.º 51).

21 — *Ibidem* (n.os 52 a 55).

devido à utilização de um cartão de crédito, em função do regime aplicável ao pagamento dos carburantes [22].

47. Quanto aos riscos ligados aos investimentos específicos do mercado, esses riscos são transferidos para o explorador da estação de serviço, segundo o Tribunal de Justiça, se aquele realizar investimentos específicos ligados à venda das mercadorias, por exemplo, em locais ou equipamentos como um reservatório de carburante, ou se se comprometer a investir em acções de promoção [23].

48. Conforme já referi, para que o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado seja aplicável, não é necessário que o explorador incorra em todos os riscos acima referidos, de resto, não exaustivos, se assumir uma parte significativa dos mesmos. Só nas hipóteses em que, por um lado, o explorador não suportasse nenhum dos riscos resultantes dos contratos negociados ou concluídos por conta do fornecedor ou, por outro, tal como foi explicitado no acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido, aquele assumisse apenas uma parte pouco significativa dos referidos riscos é que se poderia considerar que a relação contratual entre esse agente e o comitente, relativa ao mercado da venda de mercadorias a terceiros, escapa ao conceito de «acordos entre empresas», na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [24]. Com efeito, do ponto de vista económico, não há nenhuma diferença entre a situação de um agente comercial que não suporta nenhum risco relacionado com as operações realizadas pelo seu intermediário e a de um agente que apenas suporta uma parte pouco significativa do mesmo [25].

49. No processo principal, e no que diz respeito aos riscos relacionados com a venda das mercadorias, o órgão jurisdicional de reenvio precisa, em primeiro lugar, que o explorador da estação de serviço assume «o risco» ligado aos produtos a partir do momento em que os recebe do fornecedor no tanque de armazenamento existente na estação de serviço; em segundo lugar, que o mesmo é responsável pelos eventuais danos causados aos produtos, bem como por qualquer dano causado por esses produtos; em terceiro lugar, que o explorador deve pagar à CEPSA o montante da venda dos combustíveis no prazo de nove dias após a data da sua entrega, independentemente da sua venda a terceiros, e que, na falta desse pagamento, o explorador deve liquidar o preço previamente ao fornecimento dos produtos e o fornecedor está autorizado a accionar a garantia bancária equivalente a quinze dias de fornecimento previamente subscrita pelo explorador; em quarto lugar, que este assume o risco volumétrico (ou de diferença de volume) causado pelas alterações de temperatura dos combustíveis, de modo que está obrigado a pagar os litros fornecidos pela CEPSA, ainda que tenha vendido menos; e, em quinto lugar, que a transmissão dos combustíveis implica a facturação do IVA entre a CEPSA e o explorador.

50. Estas indicações sugerem que os combustíveis são objecto de uma transferência de propriedade entre a CEPSA e o explorador, desde a sua recepção por este último, e que

22 — *Ibidem* (n.º 56).

23 — *Ibidem* (n.º 59).

24 — *Ibidem* (n.ºs 43 e 61).

25 — V., neste sentido, as conclusões da advogada-geral J. Kokott, já referidas (n.º 64).

o explorador incorre em riscos ligados a esta transferência, incluindo, se for o caso, o risco ligado à responsabilização pelos produtos.

51. Por outro lado, o risco volumétrico suportado pelo explorador pode, tal como a Comissão defendeu, com razão, ser semelhante a um risco de perda de reservas [26].

52. Além disso, de acordo com as explicações fornecidas na decisão de reenvio, o explorador parece garantir e assumir a responsabilidade pelas dívidas não pagas dos clientes que aderiram, por seu intermédio, ao sistema de cartão de crédito criado e gerido pela CEPSA, dívidas que podem corresponder a montantes substanciais, uma vez que a decisão de reenvio faz referência a um exemplo de um valor não pago de mais de 30 000 euros.

53. Embora o órgão jurisdicional de reenvio precise que a CEPSA assume os riscos ligados ao transporte das mercadorias, os elementos que acabam de ser enumerados, mesmo que devam ser apreciados em concreto pelo órgão jurisdicional de reenvio, sugerem, em meu entender, que a Tobar suporta os riscos significativos ligados à venda dos produtos petrolíferos que são objecto do contrato em causa no processo principal.

54. Quanto à repartição dos riscos relacionados com os investimentos específicos ao mercado, deve observar-se que o órgão jurisdicional de reenvio não fornece indicações suficientes relativamente a esta questão. É certo que o mesmo precisa que a CEPSA suporta os custos de instalação e de manutenção na estação de serviço, relacionados com a imagem da sua marca, e que cede os tanques e as bombas de gasolina ao explorador da estação de serviço. Também resulta da decisão de reenvio que a Tobar é proprietária da estação de serviço e que este explorador está obrigado a constituir uma garantia bancária num montante correspondente ao valor dos equipamentos cedidos pela CEPSA, o que faz crer, tal como defendeu a Comissão, que o explorador assume custos significativos e é obrigado a recorrer ao mercado financeiro, como se tivesse de se instalar por si próprio. Todavia, a decisão de reenvio não dá nenhuma informação, ainda que aproximativa, sobre os custos que as partes no contrato suportam e os rendimentos que as mesmas obtêm, nem sobre a utilização eventual dos equipamentos e a amortização dos mesmos, quando cessa a relação contratual. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a natureza dos investimentos realizados pelas partes, relacionados com a venda das mercadorias em causa, tendo em conta o conjunto desses elementos.

55. Se da análise que o órgão jurisdicional de reenvio deve realizar resultar que o explorador da estação de serviço assume uma parte significativa dos riscos comerciais e financeiros relacionados com as operações que realiza para o fornecedor, este agente será considerado um operador económico independente. A relação contratual exclusiva que o liga ao fornecedor inserir-se-á então no conceito de «acordos entre empresas», na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Tal terá como consequência que a cláusula relativa à obrigação de o explorador vender

26 — V., igualmente, a este respeito, as orientações (n.º 16).

os combustíveis a um preço determinado pelo fornecedor, referida na segunda questão, alínea A), *in fine,* também não escapará à aplicação desta disposição, desde que estejam preenchidos todos os requisitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [27]. Se for esse o caso, uma cláusula desse tipo será abrangida pela proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado. Colocar-se-á então a questão subsequente de saber se a obrigação imposta ao explorador, de vender os combustíveis a um preço determinado, pode ser abrangida pela isenção por categoria prevista nos artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83 [28], questão essa que será a seguir tratada nas presentes conclusões.

56. Pelo contrário, se o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que o explorador da estação de serviço apenas assume uma fracção insignificante dos riscos ligados às operações realizadas por conta do comitente, as obrigações do intermediário resultantes da relação contratual relacionada com o mercado dos produtos vendidos a terceiros não estarão abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Por consequência, conforme o Tribunal de Justiça já precisou, a obrigação imposta ao explorador, de vender o carburante a um preço determinado pelo fornecedor, será inerente à capacidade de a CEPSA delimitar o campo de actividade dos seus agentes e também não estará abrangida pela aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [29].

57. Em face destas considerações, proponho que à primeira questão, alínea A), e à segunda questão, alínea A), se responda que, *no que diz respeito ao mercado da venda de mercadorias a terceiros*, as cláusulas de um contrato, incluindo a cláusula relativa à fixação do preço de venda final ao público, que vinculam um fornecedor de combustíveis e o explorador de uma estação de serviço, por força das quais este último assume, quando muito, apenas uma parte insignificante dos riscos financeiros e comerciais ligados à venda das referidas mercadorias, não constituem acordos entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, ainda que esse contrato também contenha uma cláusula de não concorrência ou de exclusividade através da qual o explorador se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do fornecedor. Constitui um acordo entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a cláusula de não concorrência ou de exclusividade constante desse contrato, mediante a qual o explorador se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do fornecedor e que tem por objecto *o mercado dos serviços de intermediário*. Do mesmo modo, constitui um acordo entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, um contrato de distribuição celebrado entre um fornecedor de combustíveis e o explorador de uma estação de serviço, quando esse explorador assume, numa proporção não insignificante, um ou vários riscos financeiros e comerciais ligados à venda dos

27 — A este respeito, cabe recordar que, para apreciar se um acordo de compra exclusiva tem por objecto ou por efeito restringir de modo sensível a concorrência no mercado interno e se é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, importa ter em consideração o contexto económico e jurídico em que este se insere e onde pode concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo no jogo da concorrência. É por esta razão que importa analisar os efeitos que tal contrato produz, em combinação com outros contratos do mesmo tipo, nas possibilidades de os concorrentes nacionais ou de outros Estados-Membros se implantarem no mercado de referência ou de aí aumentarem a sua quota de mercado (v., designadamente, acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935, n.os 13 a 15, e Neste, já referido, n.º 25).

28 — V., neste sentido, acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 63).

29 — *Idem*.

referidos combustíveis a terceiros. A fim de determinar se o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado é aplicável ao processo principal, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz das cláusulas do contrato em causa, a repartição efectiva dos riscos financeiros e comerciais entre o explorador da estação de serviço e o fornecedor, tendo em conta os riscos ligados à venda das mercadorias e os ligados aos investimentos específicos do mercado. Neste contexto, e sob reserva de os requisitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado estarem preenchidos, a obrigação, imposta ao explorador, de vender os combustíveis a um preço fixado pelo fornecedor afigura-se incompatível com o artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado.

B — *Quanto à aplicabilidade da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83 (e posteriormente pelo Regulamento n.º 2790/1999) [primeira questão, alíneas B) e C), segunda questão, alíneas B) e C)]*

58. Com a sua primeira questão, alínea B), e a sua segunda questão, alínea B), o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se o contrato em causa no processo principal pode beneficiar da aplicação do regime de isenção por categoria instituído pelo Regulamento n.º 1984/83, que é aplicável aos acordos de compra exclusiva para revenda, se o referido contrato preencher os requisitos previstos neste regulamento. O órgão jurisdicional nacional tem especialmente em vista os requisitos relativos ao prazo de duração máxima da cláusula de exclusividade (ou de não concorrência) e a questão da amplitude das vantagens económicas e financeiras que devem ser concedidas pelo fornecedor para que uma tal cláusula possa ser concluída por uma duração superior a cinco anos [primeira questão, alínea B), *in fine,* e alínea C)]. Além disso, esse órgão interroga-se sobre a incidência da cláusula contratual relativa à fixação do preço de venda pelo fornecedor na aplicabilidade do regime de isenção por categoria [segunda questão, alínea C)].

59. Importa recordar que o Regulamento n.º 1984/83 prevê, designadamente, a aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado aos acordos de compra exclusiva celebrados para revenda de produtos petrolíferos nas estações de serviço. Estas regras, que diferem das disposições gerais aplicáveis aos acordos de compra exclusiva, estão contidas nos artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83. O artigo 10.º do referido regulamento isenta da proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a obrigação de compra exclusiva imposta ao revendedor pelo fornecedor de carburantes e de combustíveis à base de produtos petrolíferos, «em contrapartida da concessão de vantagens económicas ou financeiras especiais». O artigo 11.º do Regulamento n.º 1984/83 enuncia as outras restrições à concorrência que podem ser impostas ao revendedor, para além da enunciada no referido artigo 10.º, entre as quais figura «a obrigação de não revender, na estação de serviço designada no acordo, carburantes para veículos a motor ou combustíveis fornecidos por empresas terceiras». O artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83 indica que o artigo 10.º do mesmo regulamento não é aplicável se o acordo for celebrado por tempo indeterminado ou por mais de dez anos.

60. Em meu entender, a resposta às questões acima expostas no n.º 58 das presentes conclusões depende da qualificação do contrato em causa no processo principal, consoante a mesma conduza ao reconhecimento da existência de uma verdadeira

relação de agência entre as partes no processo principal ou de uma relação contratual entre duas empresas independentes (contrato de distribuição), hipóteses essas que devem ser sucessivamente equacionadas a seguir.

1. Hipótese da verdadeira relação de agência

61. Enquanto o Regulamento n.º 1984/83 se aplica formalmente aos acordos verticais de distribuição e de revenda celebrados entre duas empresas independentes, o Tribunal de Justiça considerou que a isenção por categoria prevista nos artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83 também era susceptível de se aplicar no âmbito de uma relação de agência entre um fornecedor de carburantes e de combustíveis e os exploradores de estações de serviço [30].

62. Contudo, é evidente que as disposições deste regulamento não são aplicáveis às obrigações contratuais impostas ao agente comercial no mercado da venda das mercadorias a terceiros se, neste mercado, este agente não assumir, em virtude de cláusulas contratuais que o vinculam ao seu comitente, nenhum risco financeiro e comercial, ou apenas incorrer numa parte insignificante dos referidos riscos ligados a esta actividade, dado que, nesse caso, estas obrigações não são abrangidas pelo conceito de «acordo entre empresas», na acepção do artigo 85.º do Tratado [31].

63. Nesse caso, conforme alegaram a CEPSA e a Tobar, apenas a cláusula de exclusividade ou de não concorrência que vincula o agente ao seu comitente, considerada, em si mesma, como um acordo entre empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, é susceptível de beneficiar da aplicação das disposições dos artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83. Uma tal cláusula deve preencher as condições previstas nas disposições do regulamento, acima referidas, designadamente, a que é enunciada no seu artigo 12.º, n.º 1, alínea c), relativa ao prazo de duração autorizada do acordo.

64. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial [primeira questão, alínea C)], se a exclusividade por um período não superior a dez anos, tal como a visada no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83, deve estar subordinada à concessão, pelo fornecedor de combustíveis, de vantagens económicas ou financeiras substanciais, ou se essas vantagens devem simplesmente ser «não insignificantes», na falta de precisão quanto à amplitude das referidas vantagens na redacção do artigo 10.º do mesmo regulamento [32].

30 — Acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 63). V., igualmente, n.ºs 45 e 74 das conclusões da advogada-geral J. Kokott, já referidas.

31 — V. n.ºs 33 a 37 das presentes conclusões.

32 — Importa notar que, em virtude do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83, quando o acordo diz respeito a uma estação de serviço que o fornecedor deu em locação ao revendedor (explorador), ou de que lhe permitiu a fruição de direito ou de facto, as obrigações de compra exclusiva e as proibições de concorrência referidas no título III do regulamento (aplicável aos acordos de estações de serviço) podem ser impostas ao revendedor durante todo o período em que ele efectivamente explore a estação de serviço. Esta questão não é objecto da interpretação pedida pelo órgão jurisdicional de reenvio, uma vez que este referiu, além disso, que, no processo principal, o explorador da estação de serviço é proprietário desta última.

65. Abstraindo da versão espanhola deste artigo, que não usa nenhum qualificativo relativo às vantagens em causa, é certo que, ao limitar-se a indicar, nas restantes versões linguísticas desta disposição, que as vantagens económicas e financeiras concedidas pelo fornecedor em contrapartida da exclusividade prolongada devem ser «especiais», o artigo 10.º do Regulamento n.º 1984/83 é bastante impreciso relativamente a este ponto, uma vez que poderia dizer respeito, tal como sugerem algumas versões linguísticas desta disposição que recorrem ao termo «especiais» [33], tanto a vantagens imputadas ao próprio explorador da estação de serviço, ou seja, específicas da relação contratual em causa, como a vantagens não ordinárias, tal como deixa entender uma das acepções do adjectivo «particular».

66. Com efeito, estas duas acepções do termo «particular» podem certamente levar a excluir que as vantagens referidas no artigo 10.º do Regulamento n.º 1984/83 podem simplesmente ser insignificantes. Por conseguinte, embora a análise literal permita defender que as vantagens concedidas pelo fornecedor devem ser, no mínimo, «significativas», a mesma não permite, em contrapartida, afirmar que essas vantagens devem ser substanciais.

67. No entanto, resulta, em meu entender, da finalidade da regulamentação em causa que as vantagens económicas e financeiras referidas no artigo 10.º do Regulamento n.º 1984/83 devem ser de uma amplitude suficientemente importante para justificar uma exclusividade de fornecimento prolongado pelo período máximo de dez anos.

68. Conforme sugere o considerando 15 do Regulamento n.º 1984/83, a ideia que preside à concessão das referidas vantagens pelo fornecedor é a de «facilita[r] *sensivelmente* a instalação ou a modernização […] de estações de serviço, assim como a sua manutenção e exploração» [34]. Por outras palavras, trata-se de facilitar, conforme defendeu a Comissão, o acesso ao mercado da distribuição a retalho e uma expansão rápida da rede de distribuição, fazendo o fornecedor suportar a grande maioria dos custos e os investimentos especificamente ligados à relação contratual [35]. Em conformidade com o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, do qual o Regulamento n.º 1984/83 é apenas uma aplicação específica, o carácter indispensável da restrição da concorrência que a duração prolongada da exclusividade de fornecimento constitui só parece justificar-se se for grandemente improvável que, sem as vantagens económicas e financeiras concedidas pelo fornecedor, o explorador tenha acesso ao mercado, concretamente, no caso de um agente comercial, ao mercado dos serviços de intermediário responsável pela comercialização de combustíveis. Por outras palavras, uma vez que a duração prolongada da exclusividade do fornecimento subscrita pelo explorador é um factor determinante do efeito de encerramento do mercado [36], esta restrição só pode ser validamente compensada se as vantagens concedidas pelo fornecedor forem, pelo menos, importantes [37].

33 — Tal como as versões nas línguas alemã, inglesa, neerlandesa, finlandesa e sueca.

34 — O sublinhado é meu.

35 — V., igualmente, neste sentido, as orientações [n.os 116, 4), e 155].

36 — V., neste sentido, acórdão Neste, já referido (n.os 32 e 33).

37 — Importa notar que o acórdão Neste, já referido (n.º 34), insiste na importância dos investimentos realizados pelo fornecedor.

69. É por esta razão, conforme expõem, no essencial, os considerandos 12 e 13 do Regulamento n.º 1984/83, que se justifica a adopção de regras especiais de isenção a favor dos acordos de estações de serviço, na medida em que tais acordos se caracterizam em geral por vantagens económicas e financeiras «particularmente importantes» concedidas pelo fornecedor, em troca das quais o revendedor contrai, nomeadamente, uma obrigação de compra exclusiva de longa duração.

70. Com efeito, a precisão feita no considerando 13 do Regulamento n.º 1984/83, segundo a qual as vantagens concedidas são particularmente importantes, apenas consta de algumas versões linguísticas deste texto [38], ao passo que as outras retomam o adjectivo que empregam no artigo 10.º do referido regulamento [39]. Todavia, esta circunstância não parece ser decisiva, tendo em conta, por um lado, a finalidade, acima descrita, prosseguida pela regulamentação em causa e, por outro, o facto de os exemplos de investimentos enumerados no considerando 13 do Regulamento n.º 1984/83, em todas as versões linguísticas deste texto, se revestirem de uma certa importância económica ou financeira. Aliás, estes exemplos ilustram, no essencial, que as vantagens de que se trata são, por um lado, efectivamente «concedidas» pelo fornecedor, ou seja, são concedidas de modo assimétrico, uma vez que este último investe mais do que o explorador, e, por outro, são fornecidas a longo prazo, sem que o custo dos investimentos possa ser recuperado rapidamente [40].

71. Daqui resulta que, no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio deverá apreciar se as vantagens económicas ou financeiras concedidas pela CEPSA são de uma importância tal que justifiquem que a exclusividade de fornecimento contratada pela Tobar seja acordada por um período máximo de dez anos.

72. A este respeito, embora a apreciação da situação factual do litígio no processo principal não seja da competência do Tribunal de Justiça, é complicado responder à questão subordinada do órgão jurisdicional de reenvio, de saber se os investimentos particularmente importantes foram concedidos pela CEPSA no âmbito do contrato controvertido, na falta de informações suficientes, em particular, quanto ao montante de todos os investimentos realizados pelo fornecedor, ao seu carácter assimétrico e ao prazo de amortização dos mesmos.

73. Se, à luz destas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio considerar que as vantagens concedidas pela CEPSA podem justificar a estipulação de uma cláusula de fornecimento exclusivo pelo prazo máximo de dez anos, considero que o mesmo também deverá, na sua análise, ter em conta um elemento suplementar, ligado à modificação da regulamentação comunitária.

38 — Este é o caso das versões nas línguas espanhola, francesa e portuguesa. A versão na língua italiana utiliza o termo «cospicui», que sugere o carácter, pelo menos, importante das vantagens em causa, e mesmo substancial, o que permite ligar esta versão às que acabam de ser mencionadas.

39 — V., assim, as versões nas línguas alemã, inglesa, neerlandesa, finlandesa e sueca.

40 — V., igualmente, neste sentido, as orientações [n.º 116, 4)].

74. Com efeito, uma vez que, no processo principal, a cláusula de exclusividade foi acordada no mês de Fevereiro de 1996, pelo prazo (inicial) de dez anos (ou seja, até ao mês de Fevereiro de 2006), importa recordar que o Regulamento n.º 1984/83 foi revogado pelo Regulamento n.º 2790/1999, com efeitos a partir de 1 de Junho de 2000. Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, deste último regulamento, foi, no entanto, previsto um prazo de transição, que terminou em 31 de Dezembro de 2001, para os acordos que já estavam em vigor em 31 de Maio de 2000 e que preenchiam os requisitos de isenção previstos no Regulamento n.º 1984/83, mas não os previstos no Regulamento n.º 2790/1999. Por conseguinte, a partir de 1 de Janeiro de 2002, os acordos concluídos antes de 31 de Maio de 2000 e que preenchiam os critérios do Regulamento n.º 1984/83, para beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 2790/1999, deviam preencher os requisitos referidos neste último.

75. Em contrapartida, se estes acordos não preenchessem os requisitos da isenção por categoria previstos no Regulamento n.º 1984/83, esses acordos deviam, para beneficiar da isenção por categoria nos termos do Regulamento n.º 2790/1999, preencher os requisitos enunciados no referido regulamento, a partir de 1 de Junho de 2000.

76. Independentemente da data pertinente a partir da qual os acordos podem ser autorizados nos termos do Regulamento n.º 2790/1999, este prevê, em particular, que a isenção por categoria não se aplica, nos termos do artigo 5.º, à obrigação directa ou indirecta de não concorrência cuja duração seja indeterminada ou ultrapasse cinco anos (uma obrigação de não concorrência tacitamente renovável para além deste período é considerada concluída por um prazo indeterminado) e, por força do seu artigo 3.º, se a quota de mercado do fornecedor for superior a 30% do mercado pertinente no qual este vende os bens ou os serviços objecto do contrato.

77. Enquanto que a problemática ligada ao prazo de duração da cláusula de exclusividade não se colocaria se, no processo principal, a quota de mercado da CEPSA fosse superior a 30%, uma vez que seria de molde a excluir de imediato a aplicação do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 2790/1999, na falta de informações por parte do órgão jurisdicional de reenvio a este respeito, deve partir-se da hipótese, de resto verosímil, de que a CEPSA não detém uma quota de mercado com esta dimensão [41].

78. Assim, no que respeita, no processo principal, ao prazo de duração da cláusula de exclusividade, se esta última não beneficiasse da isenção por categoria ao abrigo do Regulamento n.º 1984/83, apenas poderia ser autorizada, ao abrigo do Regulamento n.º 2790/1999, até 1 de Junho de 2005, em conformidade com o artigo 5.º deste último regulamento, a menos que o contrato fosse, tal como se indica no n.º 80 das presentes conclusões, considerado celebrado por um período indeterminado, caso em que não poderia beneficiar do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 2790/1999.

41 — Importa referir que, nas suas observações escritas, a Comissão indica que a quota de mercado da CEPSA é inferior ao limite referido no artigo 3.º do Regulamento n.º 2790/1999. Cabe, obviamente, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar esta afirmação e, *in fine*, determinar a quota de mercado da CEPSA.

79. Em contrapartida, se a cláusula beneficiasse da isenção por categoria ao abrigo do Regulamento n.º 1984/83, sem preencher os requisitos do Regulamento n.º 2790/1999, aplicando-se, assim, os requisitos previstos neste último, o mais tardar, a partir de 1 de Janeiro de 2002, esta cláusula contratual poderia beneficiar do regime de isenção previsto no Regulamento n.º 2790/1999, até à caducidade do contrato inicial, a não ser que o contrato fosse considerado, por força do artigo 5.º deste regulamento, como tendo sido celebrado por um período indeterminado.

80. A este respeito, observo com interesse que resulta da decisão de reenvio que o contrato inicial celebrado por um prazo de dez anos é prorrogável por períodos sucessivos de cinco anos, cada um mediante acordo expresso dado por escrito com um pré-aviso mínimo de seis meses. Embora incumba seguramente ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o alcance desta disposição em conformidade com o direito nacional pertinente, a utilização de um pré-aviso revela-se curiosa, nomeadamente, por não resultar claramente da decisão de reenvio nem dos debates perante o Tribunal de Justiça se este pré-aviso tem por objecto a intenção de não prorrogar o contrato (o que implica necessariamente que o contrato seja obrigatoriamente prorrogável na falta desse pré-aviso e, por conseguinte, tacitamente renovável) ou a intenção de o prorrogar (o que implica que se o pré-aviso for dado regularmente, a outra parte parece não poder recusar a prorrogação do contrato). De qualquer modo, se, em resultado da sua análise da referida cláusula, o órgão jurisdicional de reenvio concluir que se trata de uma forma de recondução tácita, a cláusula de exclusividade não poderá ser abrangida pela isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83 nem pela prevista no Regulamento n.º 2790/1999, uma vez que deve ser considerada acordada por um período de duração indeterminada, na acepção, respectivamente, do artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83 [42] e do artigo 5.º do Regulamento n.º 2790/1999 [43].

81. Atentas as observações expostas, proponho que à primeira questão, alíneas B) e C), submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, se responda que, na hipótese de um verdadeiro contrato de agência celebrado entre um fornecedor de combustíveis e um explorador de uma estação de serviço, a cláusula de compra exclusiva pode beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, desde que esta preencha os requisitos previstos neste regulamento, em particular, o relativo ao prazo de duração dessa cláusula. Neste contexto, o prazo de duração máxima de dez anos da referida cláusula, referido no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83, justifica-se se as vantagens financeiras e comerciais concedidas pelo fornecedor forem de uma importância tal que, na falta destas, seja muito improvável que o explorador pudesse aceder ao mercado dos serviços de intermediário responsável pela comercialização de combustíveis. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se é esse o caso no processo principal, tendo em conta, nomeadamente, o prazo de duração efectiva da cláusula de compra exclusiva estipulada pelas partes no contrato em causa, o montante dos investimentos realizados pelo fornecedor e o explorador e a sua amortização.

42 — V., por analogia, no que respeita à interpretação do artigo 3.º, alínea d), do Regulamento n.º 1984/83, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão (T-7/93, Colect., p. II-1533, n.º 138).

43 — Se, no processo principal, o órgão jurisdicional nacional tiver de concluir, tendo em conta o direito nacional, que a cláusula de exclusividade foi celebrada por uma duração que ultrapassa os dez anos, a análise da amplitude das vantagens económicas e financeiras concedidas pela CEPSA poderá, afinal, revelar-se inútil.

2. Hipótese da relação contratual entre duas empresas independentes (contrato de distribuição)

82. Na hipótese de uma relação contratual do tipo «contrato de distribuição entre duas empresas economicamente independentes», que é, em princípio, susceptível de beneficiar da aplicação da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, parece-me, à semelhança do que defendeu a Comissão, que a aplicabilidade deste último, nomeadamente, do requisito relativo à duração do acordo, depende da compatibilidade da cláusula relativa à obrigação de o explorador da estação de serviço vender o carburante ao preço fixado pelo fornecedor com o artigo 85.º do Tratado.

83. Com efeito, nesta hipótese, a cláusula relativa à imposição, pelo fornecedor, do preço de venda final dos combustíveis ao público constitui uma restrição da concorrência, abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que não figura entre as obrigações que, para além da cláusula de exclusividade prevista no artigo 10.º do Regulamento n.º 1984/83, podem ser impostas ao explorador por força do artigo 11.º deste regulamento, pelo que um acordo que preveja a obrigação de este último respeitar o preço de venda final ao público, fixado pelo fornecedor, não é abrangido pelos artigos 10.º a 13.º do referido regulamento [44]. Em consequência, nessa hipótese, não é necessário pronunciar-se sobre o prazo de duração admissível do acordo de exclusividade nos termos do Regulamento n.º 1984/83.

84. Com a sua segunda questão, alínea C), *in fine*, o órgão jurisdicional de reenvio parece considerar também a eventualidade segundo a qual o acordo, apesar do facto de não poder beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, tendo em conta a obrigação de o explorador respeitar o preço de venda final ao público, fixado pelo fornecedor, poderia recuperar a sua «validade» em virtude da circunstância de o fornecedor ter autorizado o explorador, no mês de Novembro de 2001, a reduzir o preço de venda sem afectar as receitas do primeiro.

85. A este respeito, importa começar por recordar que não compete ao Tribunal de Justiça determinar o alcance da decisão do fornecedor que afecta a cláusula contratual relativa à fixação, por este, do preço de venda final dos combustíveis. Esta questão não é abrangida pela competência do Tribunal de Justiça no âmbito do reenvio prejudicial e parece-me, à semelhança do que a Comissão indicou nas suas observações escritas, caber ao direito nacional.

86. Assim, supondo que tal decisão por parte do fornecedor de combustíveis é considerada uma «modificação unilateral» da cláusula contratual relativa ao preço [45] e que tal modificação é possível em direito interno espanhol, está em causa determinar, por um lado, se esta modificação tem realmente por efeito suprimir a restrição da concorrência que consiste na fixação, pelo fornecedor, do preço de venda final dos combustíveis ao público e, por outro, se, em caso de resposta afirmativa à questão precedente, a referida

44 — Acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 64 e ponto 2 da parte decisória).

45 — É de notar que as partes no processo principal não estão de acordo quanto à atribuição de tal qualificação à autorização concedida pela CEPSA.

modificação tem um alcance retroactivo ou simplesmente imediato.

87. Todavia, ainda que se considere que a adequação unilateral, ao artigo 85.º do Tratado, de uma cláusula que obriga um distribuidor a revender um produto cujo preço é fixado pelo fornecedor possa ter por efeito tornar essa cláusula retroactivamente válida, facto de que, no entanto, duvido [46], esta consequência não tornaria, no entanto, supérflua a apreciação da compatibilidade da cláusula relativa à exclusividade do fornecimento com o artigo 85.º do Tratado, em particular, no que diz respeito à duração dessa exclusividade. Com efeito, independentemente do facto de se saber se a relação contratual em causa no processo principal é uma verdadeira relação de agência ou não, a compatibilidade da cláusula de exclusividade do fornecimento com o artigo 85.º do Tratado colocar-se-ia, de qualquer modo, e em termos, pelo menos, análogos aos expostos nos n.os 65 a 80 das presentes conclusões, sem que, por conseguinte, a modificação unilateral da restrição suplementar relativa à fixação do preço de venda final pelo fornecedor possa, *ipso facto*, conduzir à validade do contrato inicial.

88. Assim sendo, na hipótese de a duração, não superior a dez anos, da exclusividade do fornecimento ser considerada justificada no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio deve, à luz dos elementos de facto e de direito do litígio no processo principal, responder às questões expostas no n.º 86 das presentes conclusões.

89. Considero útil formular algumas observações de fundo a este respeito.

90. Quanto ao problema de saber se a alegada modificação unilateral, pela CEPSA, da cláusula contratual relativa ao preço leva à conformidade desta cláusula com o artigo 85.º do Tratado, o teor da decisão da CEPSA do mês de Novembro de 2001, tal como é exposto pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece conferir uma maior liberdade ao explorador, dado que este último já não parece obrigado a aplicar o preço de venda final fixado pelo fornecedor e poderia, portanto, conceder descontos aos seus clientes, favorecendo assim a concorrência intramarca entre distribuidores.

91. Não é menos verdade que, ao contrário do que a CEPSA alegou, um preço de venda máximo ou recomendado por um fornecedor ao seu distribuidor, se for esse o caso na situação em causa no processo principal na sequência da decisão em questão da CEPSA, não beneficia automaticamente da derrogação à proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, como implica o teor do artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, a isenção por categoria aplicável aos acordos verticais por ele regulados pode certamente ser aplicável à situação em que um fornecedor impõe um preço de venda máximo ou recomenda um preço de venda, mas «desde que estes não sejam equivalentes a um preço de venda fixo ou mínimo

46 — Tendo em conta o princípio do artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, segundo o qual os acordos proibidos pelo artigo 85.º do Tratado são nulos de pleno direito. V., quanto a esta questão, n.os 94 a 98 das presentes conclusões.

como resultado de pressões, ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes». Ora, este requisito não parece estar preenchido quando, apesar da indicação de um preço máximo ou recomendado, a margem do distribuidor é fixada pelo fornecedor [47], de forma que o distribuidor não pode, na prática, oferecer descontos à sua clientela servindo-se desta margem e, mais ainda, quando esse distribuidor deve, simultaneamente, garantir receitas constantes ao fornecedor. Nesta hipótese, um preço de venda fixo ou mínimo seria, na realidade, imposto de modo indirecto ao distribuidor. Além disso, não se pode excluir que um preço máximo ou recomendado pelo fornecedor possa, tendo em conta a posição deste último no mercado e/ou os incentivos ou as sanções de que este fornecedor dispõe quando esse preço não é respeitado, levar os exploradores a alinhar-se por esse preço de um modo uniforme, pelo que será difícil, se não impossível, na prática, afastar-se do mesmo [48].

92. Por conseguinte, na hipótese de o órgão jurisdicional de reenvio declarar que a relação contratual em causa no processo principal deve ser qualificada como relação de distribuição entre duas empresas independentes, compete-lhe analisar todas as circunstâncias do processo principal, a fim de determinar se, na sequência da decisão da CEPSA do mês de Novembro de 2001, esta empresa impõe à Tobar, pelo menos de modo indirecto, o respeito de um preço de venda fixo ou mínimo.

93. Se assim for — e passo, agora, à segunda questão referida no n.º 86 das presentes conclusões —, a cláusula relativa ao preço, conforme alterada, bem como o acordo na sua integralidade não podem beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 2790/1999. Na falta de isenção individual ou de outros motivos que permitam a aplicação dos requisitos de uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado [49], pouco pertinentes no caso em apreço [50], este acordo será, por isso, nulo, em conformidade com o artigo 85.º, n.º 2, do Tratado.

94. Se, pelo contrário, a modificação unilateral levar à conformidade, com o artigo 85.º do Tratado, da cláusula contratual relativa ao preço e se o órgão jurisdicional de reenvio considerar igualmente que a duração da exclusividade do fornecimento beneficia da isenção prevista no Regulamento n.º 2790/1999, a mesma não pode, em meu entender, conduzir à validade retroactiva do acordo à luz da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83. Com efeito, uma interpretação contrária levaria a ignorar o carácter imperativo da nulidade absoluta, prevista no artigo 81.º, n.º 2, do Tratado, de qualquer acordo proibido pelo artigo 85.º do Tratado [51]. Ora, conforme já indiquei no n.º 83 das presentes conclusões, a fixação do preço de venda final dos combustíveis

47 — V., neste sentido, orientações (n.º 47). É de referir que, nas suas observações escritas, a Tobar menciona que a CEPSA fixou a margem comercial dos exploradores de estações de serviço.

48 — V., neste sentido, orientações (n.os 47 e 227).

49 — Com efeito, as partes contratantes nesse acordo também têm a possibilidade (teórica, no presente caso) de requerer à Comissão uma decisão individual de inaplicabilidade do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado ou alegar que estão preenchidos os requisitos de outro regulamento de isenção para outras categorias de acordos, ou ainda de demonstrar que, por outros motivos, o acordo não é incompatível com o artigo 85.º, n.º 1, CE. V., a este respeito, acórdão de 18 de Dezembro de 1986, VAG France (10/86, Colect., p. 4071, n.os 12 e 13), e acórdão Delimitis, já referido (n.º 41).

50 — As hipóteses invocadas na nota precedente não foram consideradas pelo órgão jurisdicional de reenvio nem invocadas pelas partes no processo principal.

51 — V., a este respeito, acórdão de 13 de Julho de 2006, Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.º 57 e jurisprudência referida).

ao público pelo fornecedor não permite que o acordo de exclusividade celebrado entre o fornecedor e o explorador beneficie da aplicação das disposições pertinentes do Regulamento n.º 1984/83, de modo que, com excepção de outros motivos que permitam a aplicação dos requisitos de uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, este acordo deve ser considerado nulo e não pode recuperar uma repentina «validade» em razão da superveniência de uma eventual modificação unilateral da cláusula que regula a fixação do referido preço.

95. À luz destas considerações, sugiro que à segunda questão, alíneas B) e C), se responda que as disposições de um contrato de distribuição celebrado entre um fornecedor de combustíveis e um explorador de estação de serviço, mediante o qual este último se compromete a comprar, a título exclusivo, os combustíveis que são objecto do referido contrato, podem beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83. Os artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83 devem ser interpretados no sentido de que esse contrato não é abrangido por este regulamento, na medida em que o mesmo prevê a obrigação de o referido explorador respeitar o preço de venda final ao público fixado pelo fornecedor. A adequação, ao artigo 85.º do Tratado, de uma cláusula contratual relativa à fixação, pelo fornecedor, do preço de venda final ao público não tem por efeito suprimir retroactivamente a nulidade das disposições do contrato que eram contrárias a este artigo antes da data dessa adequação. Essa adequação também não dispensa esse contrato, para beneficiar da isenção por categoria prevista nas disposições do Regulamento n.º 1984/83 ou, sucessivamente, do Regulamento n.º 2790/1999, do respeito dos requisitos previstos nos referidos regulamentos, em particular, o relativo ao prazo de duração admissível da exclusividade do fornecimento.

C — *Quanto às consequências de uma eventual nulidade do contrato [primeira questão, alínea D)]*

96. No caso de uma verdadeira relação de agência comercial e na hipótese de a cláusula de fornecimento exclusivo não poder beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a nulidade de pleno direito, prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, afecta unicamente esta cláusula ou a integralidade do contrato.

97. A título preliminar, importa recordar que a nulidade prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado pode ser invocada por todos e impõe-se ao juiz desde que os requisitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado estejam reunidos e que o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Uma vez que esta nulidade tem carácter absoluto, um acordo nulo por força desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contraentes nem é oponível a terceiros. Além disso, essa nulidade pode afectar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa [52].

52 — *Idem.*

98. Todavia, a nulidade de pleno direito, a que se refere o artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, não afecta *automaticamente* a integralidade do acordo em causa. Com efeito, esta nulidade aplica-se unicamente aos elementos do acordo atingidos pela proibição enunciada no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado ou ao acordo, no seu conjunto, se se verificar que esses elementos não podem ser separados do próprio acordo [53].

99. Se as cláusulas contratuais incompatíveis com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado puderem ser separadas do próprio acordo, as consequências da nulidade dessas cláusulas para os outros elementos do acordo ou para outras obrigações que dele resultem não são abrangidas pelo direito comunitário, devendo antes ser apreciadas à luz do direito nacional [54]. Por conseguinte, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, à luz do direito nacional aplicável, o alcance e as consequências, para o conjunto das relações contratuais em causa no processo principal, de uma eventual proibição de certas cláusulas por força do artigo 85.º do Tratado [55].

100. Por conseguinte, sugiro que à primeira questão, alínea D), se responda que a nulidade de pleno direito prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado afecta as cláusulas de um acordo que violam a proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, sem que uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado seja aplicável, a não ser que os elementos proibidos não possam ser separados do referido acordo, caso em que a nulidade afectaria o acordo no seu todo. Na hipótese de os elementos proibidos poderem ser separados dos outros elementos do acordo, o direito comunitário não regula as consequências da nulidade das cláusulas proibidas para os outros elementos do referido acordo.

53 — Acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Colect. 1965-1968, p. 381), e acórdão Delimitis, já referido (n.º 40).

54 — V., designadamente, acórdãos VAG France, já referido (n.º 14); de 30 de Abril de 1998, Cabour (C-230/96, Colect., p. I-2055, n.º 51); e de 30 de Novembro de 2006, Brünsteiner e Hilgert (C-376/05, Colect., p. I-11383, n.º 48).

55 — *Idem*.

VI — Conclusão

101. Face às considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões colocadas pela Audiencia Provincial de Madrid:

«1) No que diz respeito ao mercado da venda de mercadorias a terceiros, as cláusulas de um contrato de agência, incluindo a cláusula relativa à fixação do preço de

venda final ao público, que vinculam um fornecedor de combustíveis e o explorador de uma estação de serviço, por força das quais este último assume, quando muito, apenas uma parte insignificante dos riscos financeiros e comerciais ligados à venda das referidas mercadorias, não constituem acordos entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), ainda que esse contrato também contenha uma cláusula de não concorrência ou de exclusividade através da qual o explorador se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do fornecedor.

Constitui um acordo entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a cláusula de não concorrência ou de exclusividade constante desse contrato, mediante a qual o explorador se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do fornecedor e que tem por objecto o mercado dos serviços de intermediário.

Do mesmo modo, constitui um acordo entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, um contrato de distribuição celebrado entre um fornecedor de combustíveis e o explorador de uma estação de serviço, quando este explorador assume, numa proporção não insignificante, um ou vários riscos financeiros e comerciais ligados à venda dos referidos combustíveis a terceiros.

A fim de determinar se o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado é aplicável ao processo principal, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz das cláusulas do contrato em causa, a repartição efectiva dos riscos financeiros e comerciais entre o explorador da estação de serviço e o fornecedor, tendo em conta os riscos ligados à venda das mercadorias e os ligados aos investimentos específicos do mercado. Neste contexto, e sob reserva de os requisitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado estarem preenchidos, a obrigação, imposta ao explorador, de vender os combustíveis a um preço fixado pelo fornecedor afigura-se incompatível com o artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado.

2) Na hipótese de um verdadeiro contrato de agência comercial celebrado entre um fornecedor de combustíveis e um explorador de uma estação de serviço, a cláusula mediante a qual este último se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do fornecedor pode beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva, desde que esta preencha os requisitos previstos neste regulamento, em particular, o relativo ao prazo de duração admissível dessa cláusula.

Neste contexto, o prazo de duração máxima de dez anos da referida cláusula, referido no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83, justifica-se se as vantagens financeiras e comerciais concedidas pelo fornecedor forem de uma importância tal que, na falta destas, seja muito improvável que o explorador pudesse aceder ao mercado dos serviços de intermediário responsável pela comercialização de combustíveis. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se é esse o caso no processo principal, tendo em conta, nomeadamente, o prazo de duração efectiva da cláusula de compra exclusiva estipulada pelas partes no contrato em causa, o montante dos investimentos realizados pelo fornecedor e o explorador e a sua amortização.

3) As disposições de um contrato de distribuição celebrado entre um fornecedor de combustíveis e um explorador de estação de serviço, mediante o qual este último se compromete a abastecer-se, a título exclusivo, junto do referido fornecedor, podem beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83. Os artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83 devem ser interpretados no sentido de que esse contrato não é abrangido por este regulamento, na medida em que o mesmo prevê a obrigação de o referido explorador respeitar o preço de venda final ao público fixado pelo fornecedor. A adequação, ao artigo 85.º do Tratado, de uma cláusula contratual relativa à fixação, pelo fornecedor, do preço de venda final ao público não tem por efeito suprimir retroactivamente a nulidade das disposições do contrato que eram contrárias a este artigo antes

da data dessa adequação. Essa adequação, também não dispensa esse contrato, para beneficiar da isenção por categoria prevista nas disposições do Regulamento n.º 1984/83 ou, sucessivamente, do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, do respeito dos requisitos previstos nos referidos regulamentos, em particular, o relativo ao prazo de duração admissível da exclusividade do fornecimento.

4) A nulidade de pleno direito prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado afecta as cláusulas de um acordo que violam a proibição prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, sem que uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado seja aplicável, a não ser que os elementos proibidos não possam ser separados do referido acordo, caso em que a nulidade afectaria o acordo no seu todo. Na hipótese de os elementos proibidos poderem ser separados dos outros elementos do acordo, o direito comunitário não regula as consequências da nulidade das cláusulas proibidas para os outros elementos do referido acordo.»