CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT apresentadas em 13 de Julho de 2006 [1]

I — Introdução

1. Na origem deste processo prejudicial está a questão de saber se, e em caso afirmativo em que circunstâncias, uma empresa petrolífera pode fixar preços de venda ao público às estações de serviço às quais fornece combustíveis. Estas fixações de preço de venda ao público encontram-se estipuladas em contratos que a empresa petrolífera espanhola Compañia Española de Petróleos S.A. (a seguir «Cepsa») costuma celebrar com titulares de estações de serviço, contratos que são denominados de comissão ou de agência. A Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (confederação espanhola dos empresários de estações de serviço, a seguir «Confederación») considera que esta prática é contrária às regras da concorrência e apresentou, em Espanha, denúncia contra a mesma.

2. Após a decisão recentemente proferida pela Comissão das Comunidades Europeias, no processo Repsol, importa novamente analisar, à luz do direito da concorrência [2], as relações jurídicas entre uma empresa petrolífera espanhola e os titulares de estações de serviço por ela fornecidas. Também as autoridades e os órgãos jurisdicionais que, em Espanha, têm competência para se pronunciar sobre questões de concorrência já se pronunciaram, em várias ocasiões, sobre este tema, tendo chegado a resultados muito díspares.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

3. Ao nível do direito comunitário primário, importa ter em conta o artigo 81.º CE, que tem o seguinte teor:

«1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações

1 — Língua original: alemão.

2 — Decisão da Comissão, de 12 de Abril de 2006, no processo COMP/B-1/38.348 — Repsol (JO L 176, p. 104).

de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

[...]

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas aplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.»

4. Em termos de direito derivado, são pertinentes dois regulamentos da Comissão, que isentam certas categorias de acordos: o Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comis-

são, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado [3] a certas categorias de acordos de compra exclusiva [4] (a seguir «Regulamento n.º 1984/83»), e o Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do art. 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas [5] (a seguir «Regulamento n.º 2790/1999»).

5. O Regulamento n.º 1984/83 esteve em vigor até ao dia 31 de Dezembro de 1999 [6]. No seu título III, com a epígrafe «Disposições específicas aplicáveis a acordos de estações de serviço», encontrava-se determinado, designadamente, o seguinte:

«Artigo 10.º

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.

Artigo 11.º

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 cone-

3 — Actual artigo 81.º, n.º 3, CE.

4 — JO L 173, p. 5. Este regulamento foi aprovado ao abrigo dos poderes conferidos pelo Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO L 36, p. 533; EE 08 F1 p. 85); alterado por último pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (a seguir «Regulamento n.º 1/2003») (JO L 1, p. 1). V., ainda, a Comunicação respeitante aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativos à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias, respectivamente, de acordos de distribuição exclusiva e de acordos de compra exclusiva (inicialmente publicada no JO 1983, C 355, p. 7, e republicada integralmente no JO 1984, C 101, p. 2).

5 — JO L 336, p. 21. Este regulamento também foi aprovado ao abrigo dos poderes conferidos pelo Regulamento n.º 19/65.

6 — Originariamente, o Regulamento n.º 1984/83, nos termos do seu artigo 19.º, n.º 2, deveria vigorar apenas até 31 de Dezembro de 1997. Posteriormente, o seu prazo de vigência foi prorrogado até 31 de Dezembro de 1999 [v. o artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1582/97 da Comissão, de 30 de Julho de 1997, que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83, relativos à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos respectivamente de distribuição exclusiva e de compra exclusiva, JO L 214, p. 27]. Além disso, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2790/1999, as isenções previstas no Regulamento n.º 1984/83 continuaram a ser aplicáveis até 31 de Maio de 2000.

xos, 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.

Artigo 12.º

1. O disposto no artigo 10.º não é aplicável quando:

a) O fornecedor, ou uma empresa a ele ligada, impõe ao revendedor obrigações de compra exclusiva relativas a produtos que não os combustíveis para veículos a motor ou os combustíveis, ou a serviços, a não ser que se trate de obrigações impostas pelas alíneas b) e d) do artigo 11.º;

b) O fornecedor restringe a liberdade do revendedor comprar a uma empresa de sua escolha bens ou serviços que, de acordo com as disposições do presente título, não podem ser objecto de uma obrigação de compra exclusiva nem de uma proibição de concorrência;

c) O acordo é celebrado por tempo indeterminado ou por mais de 10 anos;

d) O fornecedor obriga o revendedor a impor ao seu sucessor a obrigação de compra exclusiva, por um período que exceda aquele a que ele próprio está ainda obrigado perante o fornecedor.

2. Em derrogação do disposto na alínea c) do n.º 1, quando o acordo diz respeito a uma estação de serviço que o fornecedor deu em locação ao revendedor ou de que lhe permitiu a fruição de direito ou de facto, as obrigações de compra exclusiva e as proibi-

ções de concorrência referidas no presente título podem ser impostas ao revendedor durante todo o período em que ele efectivamente explore a estação de serviço.»

6. O Regulamento n.º 2790/1999 revogou, com efeitos a partir de 1 de Junho de 2000, o Regulamento n.º 1984/83 e outros regimes de isenção por categoria então vigentes, tendo simultaneamente introduzido, quanto a determinados acordos verticais [7] abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 81.º CE e que contêm restrições verticais [8], um regime de isenção por categoria genérico, válido até 31 de Maio de 2010 [9] (a seguir também designado por «novo regime de isenção por categoria»).

7. Nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 2790/1999, o novo regime de isenção por categoria não é aplicável se a quota de mercado exceder 30%. Além disso, o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 determina que o novo regime de isenção por categoria não é aplicável a acordos verticais que tenham por objecto restringir a possibilidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda.

B — *Direito nacional*

8. No que tange ao direito espanhol, importa realçar a Ley 16/1989, de 17 de Julho de 1989, de Defensa de la Competencia (lei de defesa da concorrência) [10], cujo artigo 1.º, n.º 1, contém uma definição de «práticas proibidas» muito próxima da do artigo 81.º, n.º 1, CE e que estatui o seguinte:

«É proibido todo o acordo, decisão ou recomendação colectiva, ou prática concertada ou conscientemente paralela que tenha por objectivo e tenha ou possa ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência em todo ou em parte do mercado nacional, designadamente os que consistam em:

a) Fixação, de forma directa ou indirecta, de preços ou outras condições comerciais ou de serviço;

[...]»

7 — Em síntese, os acordos verticais são acordos entre empresas que operam a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição; v., em detalhe, o artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 2790/1999.

8 — Em síntese, as restrições verticais são restrições da concorrência contidas em acordos verticais (v. a nota 7); v., em detalhe, o artigo 2.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 2790/1999.

9 — V. o artigo 13.º do Regulamento n.º 2790/1999. Em relação aos acordos já em vigor em 31 de Maio de 2000 que satisfaziam as condições de isenção previstas no Regulamento n.º 1984/83, mas não as do Regulamento n.º 2790/1999, previu-se no artigo 12.º, n.º 2, deste último, um prazo de adaptação que terminou em 31 de Dezembro de 2001.

10 — —*BOE* n.º 170, de 18 de Julho de 1989, p. 22747.

9. Para execução da Ley de Defensa de la Competência foi aprovado o Real Decreto 157/1992, de 21 de Fevereiro de 1992 [11]. No artigo 1.º, n.º 1, sob a epígrafe «Isenções por categoria», determinava-se o seguinte:

«De acordo com o disposto pelo artigo 5.º, n.º 1, a), da Lei 16/199, de 17 de Julho, de Defensa de la Competencia, são autorizados os acordos em que apenas participem duas empresas e que, pertencendo a alguma das seguintes categorias, apenas afectem o mercado nacional e preencham os requisitos que são estabelecidos a seguir:

[...]

b) Acordos de compra exclusiva, em que uma parte se comprometa a comprar para revenda determinados produtos unicamente à outra parte, a empresas a ela vinculadas ou a terceiras empresas suas distribuidoras, desde que o acordo cumpra as disposições estabelecidas no [Regulamento n.º 1984/1983].

[...]»

11 — —*BOE* n.º 52, de 29 de Fevereiro de 1992, p. 7106.

10. Este decreto real foi entretanto revogado e substituído pelo Real Decreto 378/2003, de 28 de Março de 2003 [12], através do qual se adapta o regime jurídico de acordo com as alterações legislativas ocorridas a nível comunitário, introduzidas em especial pelo Regulamento n.º 2790/1999.

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

11. A Confederación apresentou em 4 de Maio de 1995, no Ministério da Economia e Finanças espanhol [13], uma denúncia contra determinadas empresas petrolíferas espanholas, entre elas a Cepsa, por incorrerem em práticas restritivas da concorrência no sector das estações de serviço. A Confederación alegou, designadamente, que os contratos de comissão ou de agência, nos termos em que são habitualmente celebrados em Espanha entre a Cepsa e as empresas titulares de estações de serviço e que — segundo as afirmações da Confederación, que não foram impugnadas — abrangem 95% da rede de estações de serviço da Cepsa, restringem a concorrência.

12. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, embora nem todos estes contratos

12 — *BOE* n.º 90, de 15 de Abril de 2003, p. 14851.

13 — Ministerio de Economía y Hacienda, Servicio de Defensa de la Competencia.

tenham o mesmo teor literal, a maior parte deles tem em comum, designadamente, as seguintes características:

— O titular da estação de serviço compromete-se a vender exclusivamente carburantes e combustíveis da Cepsa, de acordo com os preços de venda ao público, condições e técnicas de venda e exploração fixados pela Cepsa.

A exclusividade de fornecimento proíbe o titular, enquanto subsista o contrato, de autorizar directa ou indirectamente operações de venda ou promoção de produtos concorrentes dos que são objecto da referida exclusividade, ou de participar nessas operações, quando estas decorram ou devam decorrer no recinto (ou nas imediações) da estação de serviço objecto do contrato.

— O titular da estação de serviço assume o risco pelos produtos com exclusividade a partir do momento em que os recebe da Cepsa e os mesmos «transpõem a flange de ligação dos depósitos ou tanques de armazenamento existentes na estação de serviço».

A partir desse momento, o titular da estação de serviço assume a obrigação de conservar tais produtos nas condições necessárias para evitar qualquer perda ou deterioração dos mesmos e responde, se for o caso, perante a Cepsa e perante terceiros, por qualquer perda, contaminação ou mistura que possam sofrer e pelos danos assim causados.

— O titular da estação de serviço tem que pagar à Cepsa o valor dos carburantes ou combustíveis nove dias depois da data da entrega na estação de serviço, através de instrumento de cobrança emitido pela Cepsa.

— O titular da estação de serviço recebe da Cepsa as «comissões de mercado» existentes em cada momento para estações de serviço. Essas comissões, incluída a de garantia, correspondem a um determinado valor por litro (que varia consoante se trate de gasolina, de gasóleos A e B ou de gasóleo C), acrescido de um valor anual fixo. As comissões são pagas pela Cepsa nove dias depois do fornecimento realizado à estação de serviço.

13. O processo originado pela denúncia da Confederación foi parcialmente arquivado em 7 de Novembro de 1997. A Confedera-

ción interpôs primeiro, sem êxito, recurso dessa decisão para o Tribunal de Defensa de la Competencia, tendo posteriormente interposto um recurso judicial para a Audiencia Nacional, que também não teve provimento. O pedido de anulação da decisão da Audiencia Nacional, apresentado pela Confederación, encontra-se actualmente pendente no Tribunal Supremo [14].

IV — Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

14. Por decisão de 3 de Março de 2005, o Tribunal Supremo suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 10.º a 13.º do Regulamento [n.º 1984/83] devem ser interpretados no sentido de que englobam no seu âmbito contratos de distribuição exclusiva de carburantes e combustíveis que, qualificados nominalmente de comissão ou de agência, contêm os elementos a seguir indicados:

a) O explorador da estação de serviço compromete-se a vender exclusivamente carburantes e combustíveis do fornecedor, de acordo com os preços de venda ao público, condições e técnicas de venda e exploração fixados pelo fornecedor;

b) O explorador da estação de serviço assume o risco pelos produtos a partir do momento em que os recebe do fornecedor nos tanques de armazenamento da estação de serviço;

c) Desde a recepção dos produtos, o explorador assume a obrigação de os conservar nas condições necessárias para evitar qualquer perda ou deterioração dos mesmos, e responde, se for o caso, perante o fornecedor e perante terceiros, por qualquer perda, contaminação ou mistura que possam sofrer e pelos danos assim causados;

d) O explorador da estação de serviço tem de pagar ao fornecedor o valor dos carburantes ou combustíveis nove (9) dias depois da data da entrega na estação de serviço?»

15. Tanto a Confederación como a Cepsa e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas e orais perante o Tribunal de Justiça.

14 — A seguir também designado por «órgão jurisdicional de reenvio».

V — Apreciação

A — *Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial*

16. Tanto a Cepsa como a Comissão manifestam dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial.

Quanto à remissão do direito nacional para disposições de direito comunitário

17. A Cepsa começa por referir que o presente processo tem por objecto uma situação puramente interna, que deve ser regulada unicamente por aplicação do direito nacional. Segundo a Cepsa, o direito comunitário não se aplica nem é declarado aplicável pelo Real Decreto 157/1992. No artigo 1.º, n.º 1, alínea b), deste Real Decreto apenas se faz uma simples referência ao Regulamento n.º 1984/83. A Cepsa considera, por isso, que o Tribunal de Justiça não é competente para responder à questão prejudicial que lhe foi submetida.

18. Este entendimento não me convence.

19. Compete unicamente ao órgão jurisdicional nacional apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão, como também a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Este só pode indeferir um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando se verifique de forma manifesta que a solicitada interpretação do direito comunitário não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal ou quando o problema for de natureza geral ou hipotética e o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas [15]. Salvo nestas hipóteses, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir sobre questões prejudiciais relativas à interpretação das normas de direito comunitário [16]. O que também se aplica a casos em que tais normas só relevam por via de uma remissão do direito nacional. Segundo jurisprudência constante, não resulta nem dos termos do artigo 234.º CE nem do objecto do processo instituído por esse artigo que são de excluir da competência do Tribunal de Justiça os reenvios prejudiciais que se referem a uma disposição comunitária no caso particular em que o direito nacional de um Estado-Membro remete para o conteúdo dessa disposição para determinar as regras aplicá-

15 — Jurisprudência constante; v., entre outros, os acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.ºs 59 a 61), e de 10 de Janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 24).

16 — Acórdãos Bosman (n.º 59) e IATA e ELFAA (n.º 24), ambos já referidos na nota 15.

veis a uma situação puramente interna desse Estado [17].

20. Muito pelo contrário, tal como o Tribunal de Justiça já reconheceu múltiplas vezes, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições do direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar [18].

21. No âmbito do direito da concorrência, é particularmente vincado este interesse numa interpretação e aplicação tão uniformes quanto possível das disposições vigentes a nível comunitário.

22. Por um lado, o direito da concorrência caracteriza-se por, frequentemente, uma mesma situação de facto estar simultaneamente abrangida pelo direito comunitário e pelo direito interno [19]. É o que se passa sempre que existe uma intersecção entre os campos de aplicação do direito nacional e do direito comunitário, ou seja, quando acordos entre empresas são abrangidos não apenas pelo direito da concorrência nacional mas também pelo artigo 81.º CE, especialmente quando são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção dessa disposição.

23. Desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 [20], encontra-se mesmo expressamente proibido às autoridades nacionais, responsáveis em matéria da concorrência, e aos tribunais aplicarem isoladamente o seu direito da concorrência interno. Nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, o que importa é aplicar em tais casos o artigo 81.º CE em paralelo com a legislação nacional em matéria da concorrência [21], sendo que aqui se deve ter em devida conta a prevalência do direito comunitário, inclusivamente ao nível da existência de eventuais regimes de isenção por categoria [22].

24. Por outro lado, a legislação nacional em matéria da concorrência de muitos Estados-

17 — Acórdãos de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.os 34 a 36), de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Colect., p. I-4003, n.os 19 a 25), de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161, n.os 24 a 27) e Giloy (C-130/95, Colect., p. I-4291, n.os 20 a 23), de 11 de Janeiro de 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Colect., p. I-207, n.os 20 a 22), de 17 de Março de 2005, Feron (C-170/03, Colect., p. I-2299, n.º 11), e de 16 de Março de 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Colect., p. I-2505, n.os 14 e 15); v., em sentido semelhante, acórdão de 7 de Janeiro de 2003, BIAO (C-306/99, Colect., p. I-1, n.os 88 a 90).

18 — Neste sentido, v. os acórdãos Dzodzi (n.º 37), Leur-Bloem (n.º 32), Giloy (n.º 28), Kofisa Italia (n.º 32) e Poseidon Chartering (n.º 16), já referidos na nota 17.

19 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhelm e o. (14/68, Colect., p. 1, n.º 3); no mesmo sentido, acórdãos de 10 de Julho de 1980, Giry e Guerlain e o. (253/78 e 1/79 a 3/79, Recueil, p. 2327, n.º 15), de 16 de Julho de 1992, Asociación española de Banca Privada e o. (C-67/91, Colect., p. I-4785, n.º 11), e de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791, n.º 19).

20 — Através do Regulamento n.º 1/2003 modernizaram-se as regras de execução dos artigos 81.º CE e 82.º CE e reforçou-se o envolvimento das autoridades e dos tribunais nacionais na aplicação do direito da concorrência europeu; v., a este propósito, por exemplo, os sexto, sétimo e décimo quinto considerandos do Regulamento n.º 1/2003 e os seus artigos 5.º e 6.º

21 — Artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

22 — Neste sentido, artigo 3.º, n.º 2, primeira frase, do Regulamento n.º 1/2003.

-Membros orienta-se pelas disposições correspondentes de direito comunitário, mesmo para situações de facto puramente internas. Se já antes era este o caso, esta tendência intensificou-se mais recentemente, após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003.

25. Também se vislumbra uma tal orientação pelo direito comunitário nas disposições do direito espanhol da concorrência aqui em causa: tal como refere o órgão jurisdicional de reenvio, a Ley 16/1989 (Ley de Defensa de la Competencia), no seu artigo 1.º, n.º 1, inspira-se directamente no artigo 81.º, n.º 1, CE. Do mesmo modo, o Real Decreto 157/1992, segundo o respectivo preâmbulo [23], tem por objectivo harmonizar o direito interno espanhol com o direito comunitário, nos respectivos campos de aplicação [24]. Não pode deixar de se considerar que a remissão expressa no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do mencionado decreto real para o direito da concorrência comunitário contido no Regulamento n.º 1984/93 tem este mesmo sentido [25].

26. É precisamente por uma disposição de direito da concorrência nacional que remete para um regulamento comunitário relativo a isenções por categoria poder ser aplicada quer isoladamente quer em conjunto com as normas de direito comunitário que é particularmente importante que a legislação comunitária em questão seja interpretada e aplicada de forma uniforme. São de evitar divergências na interpretação de uma mesma norma jurídica de direito comunitário, consoante a mesma seja aplicável apenas indirectamente (através de uma remissão pelo direito nacional) ou directamente (por, para além de se estar no âmbito de aplicação do direito nacional, se estar também no âmbito de aplicação do artigo 81.º CE).

27. Nestes termos, um órgão jurisdicional nacional pode submeter ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 234.º CE, uma questão de interpretação de uma disposição de direito comunitário da concorrência, relacionada, por exemplo, com o regime de isenção por categoria contido no Regula-

23 — O segundo parágrafo do preâmbulo do Real Decreto 157/1992 refere o seguinte: «Tendo em conta o tempo decorrido desde a entrada em vigor [da Ley de Defensa de la Competencia], impõe-se introduzir na nossa ordem jurídica a isenção dos acordos que, segundo a mesma técnica legislativa, já foram objecto de isenção no direito comunitário, se abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Assim, poder-se-á [...] nos respectivos âmbitos de aplicação, harmonizar a ordem jurídica interna com o direito comunitário [...]».

24 — De resto, o mesmo se aplica ao Real Decreto 378/2003, que veio revogar e substituir o Real Decreto 157/1992: no mesmo sentido, realça-se no quarto e no quinto parágrafos do preâmbulo do Real Decreto 378/2003 a necessidade de se harmonizar a níveis nacional e comunitário os regimes jurídicos em matéria de isenção por categoria, bem como de se adaptar a legislação nacional a algumas alterações relevantes entretanto introduzidas a nível comunitário, designadamente através da aprovação do Regulamento n.º 2790/1999.

25 — Deste modo, ao contrário do que defende a Cepsa, o presente caso distingue-se num aspecto essencial do processo Kleinwort Benson, na medida em que, neste, estando em causa a aplicação da Convenção de Bruxelas, não existia uma devolução comparável para o direito comunitário e, além disso, nele se previa expressamente a possibilidade de modificações relativamente à regulamentação em vigor a nível comunitário (v. o acórdão de 28 de Março de 1995, Kleinwort Benson, C-346/93, Colect., p. I-615, em especial n.ºs 16 a 19). De resto, compete apenas ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance exacto da remissão da legislação nacional para o direito comunitário (v. acórdãos Dzodzi, n.ºs 41 e 42, e Leur-Bloem, n.º 33, ambos já referidos na nota 17).

mento n.º 1984/83, ainda que este regime jurídico só se aplique indirectamente — ou seja, por via de uma remissão do direito nacional — e apenas em relação a uma situação de facto com relevância estritamente interna [26].

Quanto à pertinência da questão prejudicial de um ponto de vista temporal

28. A Comissão manifestou, no presente caso, dúvidas quanto à pertinência da questão prejudicial, uma vez que o Regulamento n.º 1984/83 foi, entretanto, revogado e substituído pelo Regulamento n.º 2790/1999, pelo que a interpretação daquele já só terá reduzido interesse prático para o processo principal.

29. Mas também esta objecção não me convence. Pois, tal como já foi referido [27], segundo jurisprudência constante, compete unicamente ao órgão jurisdicional nacional apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Este só pode indeferir um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando se verifique *de forma manifesta* que a solicitada interpretação do direito comunitário não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal ou quando o problema é de natureza geral ou hipotética e o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas. Salvo nestas hipóteses, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se sobre questões prejudiciais relativas à interpretação das normas de direito comunitário.

30. No presente caso, não é de modo algum *manifesto* que a questão do Tribunal Supremo careça de pertinência para a boa decisão da causa pelo facto de, entretanto, o Regulamento n.º 1984/83 ter sido revogado. Pois o que se discute perante os órgãos jurisdicionais espanhóis é saber se o processo instaurado pela Confederación podia ter sido arquivado em 1997. Não se afigura desajustado presumir que a validade de uma decisão de arquivamento do ano de 1997 deva ser analisada à luz da legislação em vigor à época, ou seja, à luz do Real Decreto 157/1992 e do Regulamento n.º 1984/83, para o qual o primeiro remete.

31. Independentemente disso, é obviamente tarefa do Tribunal de Justiça fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe possam ser úteis na decisão do litígio em causa no processo principal. Por isso, pode, no seu acórdão, ter em consideração normas de direito comunitário a que o

26 — V., a este propósito, uma vez mais, a jurisprudência já referida na nota 17.

27 — V. *supra* o n.º 19 destas conclusões e a jurisprudência já referida nas notas 15 a 17.

órgão jurisdicional de reenvio não tenha feito referência no enunciado da sua questão [28]. O Tribunal de Justiça pode, portanto, na sua resposta à questão relativa à interpretação do Regulamento n.º 1984/03, acrescentar referências ao artigo 81.º CE e ao Regulamento n.º 2790/1999 [29], sem que por essa razão fique beliscada a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial do Tribunal Supremo.

Quanto à exposição da matéria de facto no pedido de decisão prejudicial

32. A Comissão considera, ainda, que falta uma exposição detalhada da matéria de facto em causa no processo principal.

33. Segundo jurisprudência constante, a necessidade de se chegar a uma interpretação de direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual (e legal) em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões [30]. Esta exigência tem ainda por fim dar aos Governos dos Estados-Membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça [31]. Há aqui que ter em conta o facto de a estas partes interessadas só serem notificadas as decisões de reenvio [32].

34. Estas exigências são particularmente válidas em certos domínios, como o da concorrência, caracterizados por situações de facto (e de direito) complexas [33]. Mas o Tribunal de Justiça também não deve, em especial neste domínio, impor aos órgãos jurisdicionais nacionais requisitos muito exigentes quanto à formulação de pedidos de decisão jurisdicional, para na prática não lhes impossibilitar a apresentação de eventuais pedidos de decisão prejudicial. Até porque, com a entrada em vigor do Regula-

28 — Jurisprudência constante; v., apenas, os acórdãos de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, dito «Clinique» (C-315/92, Colect., p. I-317, n.º 7), de 22 de Janeiro de 2004, COPPI (C-271/01, Colect., p. I-1029, n.º 27), de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect., p. I-7573, n.º 38), e de 23 de Fevereiro de 2006, Keller Holding (C-471/04, Colect., p. I-2107, n.º 26).

29 — V., a este propósito, os n.os 38 a 74 destas conclusões.

30 — Acórdãos de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90 a C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 6), de 13 de Abril de 2000, Lehtonen e Castors Braine (C-176/96, Colect., p. I-2681, n.º 22), de 17 de Fevereiro de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Colect., p. I-1167, n.º 22), de 6 de Dezembro de 2005, ABNA e o. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, Colect., p. I-10423, n.º 45), e de 23 de Março de 2006, Enirisorse (C-237/04, Colect., p. I-2843, n.º 17), todos com indicação de mais jurisprudência.

31 — Acórdãos de 1 de Abril de 1982, Holdijk e o. (141/81 a 143/81, Recueil, p. 1299, n.º 6), Lehtonen e Castors Braine (já referido na nota 30, n.º 23), ABNA e o. (já referido na nota 30, n.º 47) e Enirisorse (já referido na nota 30, n.º 18), bem como, ainda, despachos de 30 de Junho de 1997, Banco de Fomento e Exterior (C-66/97, Colect., p. I-3757, n.º 8), de 28 de Junho de 2000, Laguillaumie (C-116/00, Colect., p. I-4979, n.º 14), de 8 de Outubro de 2002, Viacom I (C-190/02, Colect., p. I-8289, n.º 14), e de 11 de Fevereiro de 2004, Cannito e o. (C-438/03, C-439/03, C-509/03 e C-2/04, Colect., p. I-1605, n.º 8).

32 — Acórdãos Holdijk e o. (já referido na nota 31, n.º 6), Lehtonen e Castors Braine (já referido na nota 30, n.º 23) e Enirisorse (já referido na nota 30, n.º 18), bem como despachos Banco de Fomento e Exterior (já referido na nota 31, n.º 8), Laguillaumie (já referido na nota 31, n.º 14), Viacom I (já referido na nota 31, n.º 14) e Cannito e o. (já referido na nota 31, n.º 8).

33 — Acórdãos Lehtonen e Castors Braine (já referido na nota 30, n.º 22) e Viacom Outdoor (já referido na nota 30, n.º 23), bem como despacho de 19 de Março de 1993, Banchero (C-157/92, Colect., p-I-1085, n.º 5), e despachos Laguillaumie (já referido na nota 31, n.º 19) e Viacom I (já referido na nota 31, n.º 22).

mento n.º 1/2003, a importância da colaboração judicial entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça aumentou, ao invés de ter diminuído [34]. No entanto, tal colaboração exige, ao mesmo tempo, dos órgãos jurisdicionais nacionais, um especial cuidado na elaboração das suas decisões de reenvio em matéria de direito da concorrência [35].

35. É verdade que o Tribunal Supremo, no pedido de decisão prejudicial, expõe a matéria de facto de forma extremamente resumida. É por isso que a Comissão refere, com razão, que uma exposição mais abrangente deveria também conter elementos acerca da propriedade do combustível fornecido pela Cepsa [36] e acerca da questão de saber quem suporta os custos de transporte e o investimento necessário à comercialização desse mesmo combustível. Além disso, seriam bem-vindas informações acerca do tempo de permanência do combustível fornecido nos reservatórios das estações de serviço que têm contrato com a Cepsa.

36. Apesar destas omissões, afigura-se-me que os elementos constantes do pedido de decisão prejudicial são suficientes para se perceber o que está em causa no processo principal. A apreciação dos factos concretos não se inclui na competência do Tribunal de Justiça, mas na do juiz nacional [37]. Ao Tribunal de Justiça apenas compete fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio elementos de interpretação das disposições de direito comunitário aplicáveis ao caso concreto [38]. Para o que é suficiente a existente descrição da matéria de facto em causa no processo principal.

Conclusão intercalar

37. Nestes termos, o pedido de decisão prejudicial é admissível.

B — *Apreciação substantiva da questão prejudicial*

1. Observações introdutórias

38. No processo principal está em litígio saber se foi com ou sem razão que uma autoridade da concorrência espanhola arquivou o processo de inquérito que tinha por

34 — V. a nota 20 *supra*.

35 — V., a este propósito, as minhas conclusões de 28 de Outubro de 2004 no processo Viacom Outdoor (já referido na nota 30, n.º 42).

36 — A seguir, para simplificar, passa-se a utilizar apenas a expressão «combustível»; mas o que se diz é igualmente aplicável a outros carburantes.

37 — Acórdãos de 15 de Novembro de 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Recueil, p. 3439, n.º 12), de 19 de Janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, Colect., p. I-923, n.º 54), de 23 de Fevereiro de 2006, CLT-Ufa (C-253/03, Colect., p. I-1831, n.ºs 35 e 36), e de 30 de Março de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Colect., p. I-2941, n.º 69); em sentido semelhante, acórdão de 3 de Julho de 1985, Binon (243/83, Colect., p. 2015, n.º 21).

38 — Acórdão Gmurzynska-Bscher (já referido na nota 17, n.º 21) e acórdãos de 1 de Abril de 1993, Hewlett Packard (C-250/91, Colect., p. I-1819, n.º 9), e de 6 de Outubro de 2005, MyTravel (C-291/03, Colect., p. I-8477, n.º 43).

objecto os contratos utilizados pela Cepsa e, em especial, os preços fixos de venda ao público neles previstos que vinculam as estações de serviço por ela fornecidas. É sob esta perspectiva que a questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça deve ser analisada. Com esta questão, o Tribunal Supremo pretende, no essencial, saber se os artigos 10.º a 13.º do Regulamento n.º 1984/83, aplicáveis a acordos de estações de serviço, englobam no seu âmbito os contratos qualificados de comissão ou agência normalmente celebrados entre a Cepsa e os titulares de estações de serviço.

39. Os contratos do tipo mencionado só podem recair no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1984/83 se contiverem acordos entre empresas [39] abrangidos pelo artigo 81.º, n.º 1, CE (antes artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE). Isto porque o Regulamento n.º 1984/83 contém um regime de isenção por categoria na acepção do artigo 81.º, n.º 3, CE (antes artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CE), através do qual a proibição contida no artigo 81.º, n.º 1, CE pode, em determinadas condições, ser declarada inaplicável a certos grupos de acordos entre empresas mais bem identificados na mencionada disposição.

40. Por conseguinte, antes de se tomar posição acerca do Regulamento n.º 1984/83, importa esclarecer, a título prévio, se os contratos de comissão ou agência [40], tal como costumam ser celebrados entre a Cepsa e as estações de serviço por si fornecidas, recaem no âmbito de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

2. Aplicabilidade do artigo 81.º, n.º 1, CE a agentes: quanto ao conceito de acordo entre empresas

41. O artigo 81.º, n.º 1, CE não se aplica apenas a acordos horizontais entre empresas do mesmo estádio do processo de produção ou de comercialização; a disposição em causa também se aplica a acordos verticais entre operadores situados em diferentes estádios do processo económico [41].

42. Os contratos de agência estabelecem uma relação vertical deste tipo e podem, por isso, em regra, estar abrangidos pelo artigo 81.º, n.º 1, CE. Porém, para tal é necessário que, para além do comitente, também o agente seja considerado um empresário, existindo portanto um acordo entre duas empresas independentes.

39 — O artigo 81.º, n.º 1, CE também abrange decisões de associações de empresas e práticas concertadas. Mas, uma vez que no presente caso não estão em causa nem umas nem outras, elas não serão doravante referidas.

40 — A seguir, para simplificar, passa-se a utilizar apenas a expressão «agente»; mas o que se diz é igualmente aplicável aos comissionistas.

41 — Acórdãos de 30 de Junho de 1966, Société technique minière (56/65, Colect., p. 381, Recueil, pp. 282, 302 e segs.), de 24 de Outubro de 1995, Volkswagen e VAG Leasing (C-266/93, Colect., p. I-3477, n.º 17), e de 28 de Abril de 1998, Javico (C-306/96, Colect., p. I-1983, n.º 11); v., além disso, os acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Colect., p. 423, Recueil, pp. 322 e 387), e Itália/Conselho e Comissão (32/65, Colect., p. 483, Recueil, pp. 458 e 485: «Não se deve distinguir onde o próprio Tratado o não faz»).

43. Na acepção do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento [42], sendo que constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado [43]. Nos casos de agência, importa distinguir dois mercados distintos: por um lado, o mercado em que o agente oferece a eventuais comitentes os seus serviços de intermediário e, por outro, o mercado em que o agente oferece a eventuais clientes os bens ou serviços do comitente [44].

a) A posição do agente no mercado dos serviços de intermediação

44. No que toca aos serviços de intermediário oferecidos pelo agente, este é, em regra, um operador económico independente e, por isso, uma empresa na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Por isso, as cláusulas de um contrato de agência em que o comitente encarrega o seu agente do acompanhamento exclusivo de determinados clientes ou sectores territoriais (cláusulas de representação exclusiva) ou em que o comitente, inversamente, exige ao seu agente que não actue enquanto agente de empresas concorrentes do comitente (cláusulas de não concorrência) têm de ser analisadas à luz do artigo 81.º CE [45]. Assim, a jurisprudência tem-se, aparentemente, orientado pelo disposto neste artigo, quando está em causa um agente que trabalha para mais do que um comitente [46] ou que trabalha em parte para um único comitente e em parte por sua própria conta [47].

45. Transpondo o que se expôs para o caso em apreço, conclui-se que as cláusulas de compra exclusiva do tipo daquelas que a Cepsa faz constar dos seus contratos de estações de serviço devem ser consideradas «acordos», na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Pois, através delas, os titulares de estações de serviço comprometem-se a só vender nas suas estações de serviço combustíveis da Cepsa. Tal como num pacto de não concorrência, esses titulares não podem exercer a sua actividade em benefício de outras empresas petrolíferas. Porém, essas cláusulas podem encontrar-se isentas da proibição contida no mencionado artigo 81.º, n.º 1, CE, caso se encontrem abrangidas por algum dos regulamentos que isentam certas categorias de acordos (Regulamento n.º 1984/83 e Regulamento n.º 2790/1999).

42 — Jurisprudência constante; v. acórdãos de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21), de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 36), de 10 de Janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, Colect., p. I-289, n.º 107), Enirisorse (já referido na nota 30, n.º 28) e de 11 de Julho de 2006, FENIN/Comissão (C-205/03 P, Colect., p. I-0000, n.º 25).

43 — Acórdãos de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (118/85, Colect., p. 2599, n.º 7), e de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (já referido na nota 42, n.º 36), Cassa di Risparmio di Firenze (já referido na nota 42, n.º 108), Enirisorse (já referido na nota 30, n.º 29) e FENIN/Comissão (já referido na nota 42, n.º 25).

44 — O mesmo se passa no mercado em que o comitente se abastece de um determinado produto.

45 — V., neste sentido, a Comunicação da Comissão de 24 de Maio de 2000 — Orientações relativas às restrições verticais (JO C 291, p. 1, n.º 19).

46 — Será neste sentido que devem ser entendidos os n.ºs 20 e 21 do acórdão de 1 de Outubro de 1987, VVR (311/85, Colect., p. 3801); em termos semelhantes, acórdão Binon (já referido na nota 37, n.ºs 20 e 21).

47 — V., a este propósito, acórdãos de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, em especial n.ºs 544 a 547), e Volkswagen e VAG Leasing (já referido na nota 41, n.º 19).

b) A posição do agente no mercado dos produtos do seu comitente

46. Diferentemente, estando em causa os negócios do comitente mediados pelo agente — ou seja, estando em causa a comercialização dos bens ou serviços do comitente por esse agente no mercado de referência em causa —, este, ainda que seja juridicamente uma entidade independente, não pode ser considerado, sem mais, um empresário, na acepção do artigo 81.º CE. Em conformidade, os acordos entre o agente e o comitente que contenham imposições quanto ao modo de comercialização desses bens ou serviços, designadamente em matéria de fixação de preços de venda ao público, não podem, sem mais, ser analisados à luz do artigo 81.º CE e do regime comunitário de isenção por categoria. É só quando o agente actua de modo economicamente independente no mercado em que se inserem os bens ou serviços do comitente, sem com este formar uma unidade económica, que o artigo 81.º CE e os regimes de isenção por categoria podem ser aplicados.

i) A distribuição do risco entre o agente e o comitente (distinção entre agentes genuínos e não genuínos)

47. O que é distintivo de um empresário é o facto de, enquanto operador económico independente, suportar os riscos da sua própria actividade. Ou seja, o que é decisivo é saber se o agente assume os riscos dos negócios por si mediados ou se, pelo contrário, é o comitente que os suporta [48].

48. Se o agente não suporta nenhum dos riscos inerentes aos negócios do seu comitente por si mediados, então poder-se-á partir do princípio de que existe um *agente genuíno*. As condições de fornecimento que o comitente impõe ao seu representante, tais como a fixação do preço de venda ao consumidor final, são apenas o verso do dever geral do representante de ter em devida conta os interesses do seu comitente e de respeitar as suas instruções razoáveis [49]. Nestes casos, o agente não é, apesar da sua independência jurídica, um operador económico autónomo (empresário) no mercado dos produtos em causa, ocupando antes neste mercado uma posição equiparada à de um trabalhador [50], de um colaborador do comitente ou mesmo de uma filial [51]. O

48 — Neste sentido, v. acórdãos Suiker Unie e o./Comissão (já referido na nota 47, n.os 538 a 542, em especial o n.º 541) e Volkswagen e VAG Leasing (já referido na nota 41, n.º 19). V., além disso, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 13), bem como a sua Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais (JO 1962, 139, p. 2921, EE 08 F1 p. 58, parte I).

49 — V., a este propósito, a Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (JO L 382, p. 17; a seguir «Directiva 86/653»), em especial o seu artigo 3.º, bem como a Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais (já referida na nota 48, parte II).

50 — V., por exemplo, o acórdão de 16 de Setembro de 1999, Becu e o. (C-22/98, Colect., p. I-5665, n.º 26).

51 — V., por exemplo, o acórdão de 24 de Outubro de 1996, Viho/Comissão (C-73/95 P, Colect., p. I-5457, n.os 15 a 17).

representante torna-se um auxiliar do comitente e é, enquanto tal, integrado na empresa deste último [52]. Ambos formam, em relação à comercialização dos produtos do comitente, uma unidade económica e exteriorizam um comportamento uniforme no mercado [53].

49. Mas se quem suporta os riscos financeiros dos negócios mediados pelo agente é, pelo menos em parte, o próprio, então existe um *contrato de agência não genuíno*, em que a posição do representante se aproxima da de um intermediário que actua por sua própria conta (também chamado comerciante por conta própria). Neste caso, o agente deve ser considerado um empresário mesmo no mercado em que são comercializados os bens e serviços do seu comitente, devendo então os seus acordos com o comitente sobre detalhes do negócio ser apreciados à luz do artigo 81.º CE [54].

50. Note-se, à margem, que a Comissão, na audiência — diferentemente do que fizera antes nas suas observações escritas —, defendeu a tese segundo a qual o agente deve ser sempre considerado uma empresa, na acepção do artigo 81.º CE. Esta opinião não me convence, pois uma tal interpretação teria como consequência que — ao contrário da definição habitual [55] — também fosse considerado empresário um intermediário de vendas que não exerce qualquer tipo de actividade comercial independente no mercado de referência, não suporta qualquer risco e se limita a executar as instruções do seu comitente, por exemplo quanto ao preço de venda ao consumidor final dos bens e serviços deste último [56].

51. Contudo, este problema puramente dogmático acaba por ter pouca relevância prática para a resposta à questão submetida ao Tribunal de Justiça. É que, na verdade, também a Comissão defende que saber se as imposições acordadas com o comitente — por exemplo quanto ao preço — são ou não proibidas ao abrigo do artigo 81.º CE

52 — O acórdão Volkswagen e VAG Leasing (já referido na nota 41) *não* deve ser entendido no sentido de a incorporação do agente na empresa do comitente, por um lado, e o suporte do risco do negócio por este último, por outro lado, consubstanciarem *dois critérios distintos*. É verdade que no n.º 19 desse acórdão se diz: «Os representantes só são susceptíveis de perder a sua qualidade de operador económico independente quando não suportam nenhum dos riscos resultantes dos contratos negociados para o comitente *e* operam como auxiliares integrados na empresa do comitente» (o sublinhado é meu). Mas no mercado no qual são comercializados os produtos do comitente, a integração do representante na empresa do comitente e o suporte do risco do negócio por este último consubstanciam os dois lados da mesma moeda. Nos casos tratados pela jurisprudência, em que se atribuiu especial importância à questão da integração do agente, estava na realidade menos em causa o mercado em que se comercializam os produtos do comitente e mais o mercado, que daquele se distingue, em que são oferecidos os serviços de intermediário do próprio agente (v., a este propósito, os n.ºs 44 e 45 destas conclusões).

53 — Neste sentido, acórdão Suiker Unie e o./Comissão (já referido na nota 47, n.ºs 539, 541 e 542) e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 2005, DaimlerChrysler/Comissão (T-325/01, Colect., p. II-3319, n.ºs 85, 86 e 88). V., além disso, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 13), bem como a sua Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais (já referida na nota 48).

54 — Acórdãos Suiker Unie e o./Comissão (já referido na nota 47, n.ºs 541 e 542), Volkswagen e VAG Leasing (já referido na nota 41, n.º 19) e DaimlerChrysler/Comissão (já referido na nota 53, n.º 87).

55 — V., *supra*, n.º 43 destas conclusões.

56 — Nesta parte, são pouco claras as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 15), em que o agente genuíno é qualificado de empresa independente mas simultaneamente se diz que não exerce uma actividade económica independente.

depende da distribuição entre o agente e o seu comitente dos riscos do negócio mediado. Assim, não tem relevância saber se a mencionada distribuição do risco importa desde logo para a qualificação do agente como empresa ou apenas para se aferir da natureza eventualmente contrária às regras da concorrência do acordo entre o comitente e o seu representante. Em ambos os casos, a distribuição do risco permite apurar se a proibição contida no artigo 81.º CE, bem como eventuais excepções contidas dos regimes de isenção por categoria, deve ou não ser aplicada.

ii) Os critérios para a apreciação da distribuição concreta do risco entre o agente e o comitente

52. Saber se o risco financeiro da actividade exercida pelo agente em benefício do comitente recai sobre o primeiro ou o segundo depende de uma apreciação global de todas as circunstâncias do caso concreto, a efectuar pelo juiz nacional [57]. Porém, compete ao Tribunal de Justiça fornecer-lhe elementos de interpretação das disposições de direito comunitário aplicáveis ao caso concreto, para lhe facilitar a correcta decisão do processo principal [58].

53. Neste contexto, releva menos uma perspectiva formal, que se oriente pela designação do intermediário de vendas como agente, comissionista, comerciante por conta própria ou concessionário, e mais uma perspectiva económica do seu papel no âmbito da relação comercial concreta. Assim sendo, o Tribunal de Justiça não pode entregar ao juiz nacional uma lista exaustiva de critérios, podendo apenas indicar que indícios permitem normalmente, num caso como o presente, tirar conclusões úteis quanto à distribuição do risco entre os intervenientes [59].

54. Relevam, neste contexto, dois tipos essenciais de risco: por um lado, o *risco específico do produto* no que respeita à mercadoria do comitente e, por outro lado, o *risco de investimento específico do negócio,* no que respeita à comercialização do produto.

55. O *risco específico do produto* abrange a responsabilidade pelos custos do transporte e do armazenamento da mercadoria, a responsabilidade pelos danos causados por essa mercadoria e o risco de não se obter compradores para a mesma (risco comercial).

56. As relações de propriedade no tocante à mercadoria a alienar devem constituir o

57 — V., a este propósito, a jurisprudência referida na nota 37.

58 — V., a este propósito, a jurisprudência referida na nota 38.

59 — V., neste mesmo sentido, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.os 16 e 17).

ponto de partida na apreciação desses riscos específicos do produto [60]. Se, tal como a Cepsa alega, a mercadoria se mantém, até à sua aquisição por um terceiro, na propriedade do comitente, tal indicia que o risco se mantém na esfera deste. Mas se a propriedade da mercadoria se transmite em momento anterior para o agente, então tal é um indício de que é este que suporta o risco relativo ao produto. No caso em apreço, apenas se sabe que os titulares de estações de serviço assumem os riscos relativos aos combustíveis logo que estes são transferidos para os seus tanques de armazenamento. Em todo o caso, esta situação permite concluir existir por parte dos titulares de estações de serviço uma posição semelhante à de um proprietário e consubstancia um indício a favor de que assumem o risco específico do produto ainda antes da venda do combustível aos consumidores finais.

57. Para além das relações de propriedade no tocante à mercadoria, também pode contribuir para dar resposta à questão de saber por conta de quem corre o risco específico do produto [61] determinar quem suporta os custos de transporte. O agente suporta o risco relativo à mercadoria na mesma proporção em que contribui para o custo de transporte. O pedido de decisão prejudicial não contém, a este propósito, quaisquer indicações. Porém, a Cepsa alega que todos os custos de transporte são suportados por si própria e não pelos titulares das estações de serviço por si fornecidas. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apurar se assim é. A este propósito, importa em especial apurar se os custos de transporte não acabam, na prática, por ser indirectamente transmitidos para os titulares de estações de serviço, no âmbito do pagamento do combustível devido à Cepsa. Só se, depois de uma tal análise, se revelar verdadeira a alegação da Cepsa quanto aos custos de transporte é que se poderá concluir que, nesta parte, o risco específico do produto corre por sua conta e não por conta dos titulares de estações de serviço.

58. Importa além disso apurar quem suporta os custos do armazenamento da mercadoria e quem responde por eventuais danos por ela sofridos ou por ela causados a terceiros [62]. O órgão jurisdicional de reenvio limita-se a informar que os titulares de estações de serviço estão obrigados a conservar o combustível nas condições adequadas e que respondem tanto perante a Cepsa como perante terceiros por qualquer perda, contaminação ou mistura que a mercadoria possa sofrer, bem como por quaisquer danos assim causados. Contudo, fica por esclarecer quem suporta os custos do armazenamento do combustível e se o titular da estação de serviço responde por eventuais danos, independentemente de existir ou não culpa sua, ou se, como afirma a Cepsa, se limita a responder quando essa culpa existe [63]. Se os custos do armazenamento do combustível correrem por conta do titular da estação de serviço e se for este a responder por

60 — *Ibidem*, n.º 16.

61 — *Ibidem*, n.º 16, primeiro travessão.

62 — *Ibidem*, n.º 16, terceiro e sexto travessões; quanto ao armazenamento da mercadoria, v. a Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com representantes comerciais (já referida na nota 48, parte I).

63 — Seja como for, é irrelevante o facto alegado pela Cepsa — e impugnado pela Confederación — segundo o qual nunca se deu uma situação em que fosse necessário indemnizar alguém. O que importa, para se poder qualificar a relação comercial entre a Cepsa e as estações de serviço por si fornecidas, é saber quem suporta o risco por eventuais danos e não saber se já alguma vez ocorreu um dano.

eventuais danos, mesmo quando não haja culpa sua, tal indicia que é ele que suporta o risco específico do produto.

59. Por fim, importa ainda saber quem suporta o risco relacionado com a colocação do produto do comitente no mercado, ou seja, o risco de não conseguir comprador para ele [64]. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio limita-se a informar que os titulares de estações de serviço têm de pagar à Cepsa o valor do combustível nove dias depois da data da entrega e que, nesse mesmo momento, desta recebem as comissões que lhes são devidas. Um tal regime, que não assenta em qualquer relação directa com a quantidade de combustível efectivamente vendida durante um determinado período, indicia que os titulares de estações de serviço suportam pelo menos uma parte do risco relacionado com a colocação do produto no mercado e que são tratados como intermediários por conta própria.

60. Contudo, o risco relacionado com a colocação do produto no mercado deveria ser avaliado de modo diferente se o prazo para venda do combustível fornecido pela Cepsa nunca ultrapassasse os nove dias [65], ou seja, se o combustível nunca ficasse armazenado nas estações de serviço mais do que nove dias e, portanto, já tivesse sido sempre totalmente vendido no momento do acerto de contas com a Cepsa, pois nesse caso os pagamentos dos titulares de estações de serviço à Cepsa consubstanciariam apenas um mero reencaminhamento de receitas efectivamente auferidas pelo agente no âmbito dos seus negócios de mediação em benefício do comitente, sem que o titular da estação de serviço suportasse qualquer risco relacionado com a colocação do produto no mercado. Nesta parte, a Confederación e a Cepsa expuseram e avaliaram a matéria de facto do processo principal de forma distinta, perante o Tribunal de Justiça.

61. O risco relacionado com a colocação do produto no mercado também continuaria a correr pela Cepsa se o titular da estação de serviço dispusesse da *efectiva* possibilidade de, no momento do acerto de contas com a Cepsa, excluir do pagamento a esta última a parte do combustível fornecido ainda não vendida a terceiros [66], de modo a só o combustível efectivamente vendido a consumidores finais dentro do prazo de nove dias ter de ser pago [67]. A este propósito, a Confederación alegou, perante o Tribunal de Justiça, que o sistema de acerto de contas utilizado pela Cepsa não prevê tais deduções ao pagamento a efectuar dentro do prazo de nove dias após o fornecimento do combustível e que, de resto, tais deduções seriam, mesmo de um ponto de vista fiscal, difíceis de pôr em prática. Compete ao juiz nacional averiguar se assim é.

64 — V., uma vez mais, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 16, terceiro e sétimo travessões).

65 — Uma mera ponderação do prazo médio para venda do combustível fornecido, em todas as estações de serviço fornecidas pela Cepsa, não seria suficiente neste contexto, pois o prazo para venda do combustível pode variar muito consoante o local onde se encontra implantada a estação de serviço, a sua dimensão e o seu número de clientes.

66 — Ou seja, a parte de combustível fornecido pela Cepsa que a estação de serviço não conseguiu vender dentro do prazo de nove dias decorrido entre o fornecimento pela Cepsa e o acerto de contas com esta.

67 — Neste sentido, não é necessário nem mesmo realista que o combustível não vendido seja fisicamente devolvido à Cepsa e por esta removido. O adiamento do pagamento à Cepsa do montante devido pelo combustível não vendido, até ao momento da sua efectiva venda ao consumidor final, já bastaria para que o risco relacionado com a colocação do produto no mercado continuasse a correr pela Cepsa.

62. Para além do risco específico do produto que acabámos de analisar, existe ainda, entre os riscos dos negócios mediados por um agente, o *risco de investimento específico do negócio*. Estão aqui especialmente em causa os investimentos em infra-estruturas (no caso das estações de serviço, por exemplo com a aquisição de depósitos de armazenamento de combustível) e na promoção de vendas, no contexto da comercialização dos produtos do comitente [68]. Na medida em que tais custos tenham de ser suportados pelo agente, este acaba por participar num risco relacionado com os negócios mediados em benefício do comitente. O pedido de decisão prejudicial é totalmente omisso quanto a este assunto, competindo ao órgão jurisdicional de reenvio apurar os factos a ele relativos eventualmente relevantes.

63. Tudo visto, não é de excluir, no presente caso, que da análise dos critérios mencionados relacionados com o risco específico do produto e com o risco de investimento específico do negócio acabe por resultar um quadro confuso. Assim sendo, importa recordar que tais critérios se destinam apenas a fornecer indícios quanto à distribuição do risco entre o agente e o seu comitente. Tal como já foi referido, o que é decisivo é a apreciação global de todas as circunstâncias do caso concreto.

64. Basta que o agente suporte apenas uma parte dos riscos ou custos mencionados para que a sua posição se aproxime da de um comerciante por conta própria, de modo a que não possa considerar-se que forma com o seu comitente uma unidade económica, antes devendo ser considerado um operador económico independente agindo no mercado dos produtos daquele; pelo contrário, se o agente não suportar nenhum dos riscos relacionados com o negócio por si mediado, então poderá ser considerado um genuíno agente, que se limita a operar como auxiliar integrado na empresa do comitente [69]. O mesmo se deve entender quando o agente apenas suporta riscos insignificantes [70], pois de um ponto de vista económico não é diferente um agente *não suportar* os riscos resultantes dos negócios por si mediados ou *suportá-los de forma insignificante*.

65. De resto, é de referir que o *risco relacionado com o recebimento ou não recebimento da comissão* não tem relevância para a presente apreciação. É que corresponde à própria natureza da actividade do agente que a sua remuneração dependa total ou parcialmente da sua prestação, em especial do número e/ou valor dos negócios por si mediados [71]. Por isso, o que é normal é que seja o agente a suportar esse risco

68 — V., uma vez mais, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 16, segundo e quinto travessões). A importância dos investimentos a realizar, no âmbito de acordos de estações de serviço, para efeitos de adaptação do ponto de venda à imagem da marca distribuída é realçada, por exemplo, no acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Neste (C-214/99, Colect., p. I-11121, n.º 34).

69 — Acórdãos Volkswagen e VAG Leasing (já referido na nota 41, n.º 19) e DaimlerChrysler/Comissão (já referido na nota 53, n.º 87); v., também, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.ºs 15 e 17).

70 — V., neste mesmo sentido, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.ºs 15 e 17).

71 — Artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 86/653. V., também, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.º 15, parte final, e n.º 16, sétimo travessão).

relacionado com o recebimento ou não da comissão, trate-se ou não de um agente genuíno.

iii) Consequências da distribuição do risco ao nível da apreciação da conformidade com o direito da concorrência das cláusulas de fixação de preços em acordos de estações de serviço

66. Se da análise da distribuição do risco se concluir que os titulares de estações de serviço fornecidas pela Cepsa actuam para esta como agentes genuínos, com ela formando, portanto, uma unidade económica, então as cláusulas dos acordos de estações de serviço em causa, por não se estar perante acordos entre empresas independentes, não chegam sequer a ser abrangidas pelo artigo 81.º CE e, consequentemente, tampouco caem no âmbito de aplicação dos regimes de isenção por categoria previstos no Regulamento n.º 1984/83 e no Regulamento n.º 2790/1999. A fixação de preços de venda ao consumidor final e demais estipulações previstas nesses contratos não podem, assim, ser analisadas à luz dessas disposições [72].

67. Mas se os titulares de estações de serviço, por força dos riscos por si suportados, deverem ser qualificados como agentes não genuínos ou como comerciantes por conta própria e, consequentemente, como operadores económicos independentes, então os acordos de estações de serviço em causa já deverão ser analisados à luz do artigo 81.º CE, bem como à luz dos regimes de isenção por categoria que se mostrarem aplicáveis.

68. Neste último caso, por uma questão de exaustividade, é ainda de chamar a atenção para o seguinte.

69. Importa antes de mais ter em conta que o artigo 81.º CE e, consequentemente, também eventuais regimes de isenção por categoria só abrangem acordos entre empresas que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. Segundo jurisprudência constante [73], não se pode analisar aqui apenas o contrato de agência em causa, importando também ter em conta o conjunto constitutivo do contexto económico e jurídico em que o contrato se inscreve. Importa, por conseguinte, analisar os efeitos que tal contrato produz, quando cumulado com outros, na concorrência. Por isso, deve analisar-se que efeitos pode um tal contrato produzir, em combinação com um «feixe» de contratos do mesmo tipo, sobre a possibilidade de concorrentes nacionais ou de outros Estados-Membros se implantarem no mercado de

72 — Do mesmo modo, as orientações da Comissão relativas às restrições verticais (já referidas na nota 45, n.os 15, parte final, e 18, em especial o terceiro travessão).

73 — Acórdãos de 12 de Dezembro de 1967, Brasserie De Haecht (23/67, Colect., p. 703, Recueil, pp. 544, 555 e 556), Suiker Unie e o./Comissão (já referido na nota 47, n.º 549), de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, em especial n.os 13 a 15, 19 e 20), de 30 de Abril de 1998, Cabour (C-230/96, Colect., p. I-2055, n.º 50), e Neste (já referido na nota 68, em especial n.os 25 a 27).

referência ou de aumentarem a sua parte de mercado.

70. Na medida em que o direito nacional remete para o direito comunitário, quanto a situações puramente internas, não está em causa saber se os acordos de estações de serviço em apreço são ou não susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros [74]. Assim, o que deve ser analisado num caso como o presente não são necessariamente os efeitos dos contratos relativos a estações de serviço no mercado comum, mas sim esses efeitos no mercado de referência segundo o direito nacional (aqui, o espanhol).

71. Por último, no que toca a regimes de isenção por categoria, na acepção do artigo 81.º, n.º 3, CE, importa ter em conta que o Regulamento n.º 1984/83 foi revogado e substituído pelo Regulamento n.º 2790/1999, com efeitos a partir de 1 de Junho de 2000. Para os acordos que se encontravam em vigor no dia 31 de Maio de 2000 e que satisfaziam as condições de isenção previstas no Regulamento n.º 1984/83, mas não as do Regulamento n.º 2790/2003, previu-se um período de adaptação até 31 de Dezembro de 2001.

72. A questão de saber qual é o alcance exacto da remissão do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do Real Decreto 157/1992 para o Regulamento n.º 1984/83, a partir de 1 de Junho de 2000, consubstancia uma questão de direito interno que compete ao juiz nacional apreciar [75].

73. Em todo o caso, nem o antigo regime de isenção por categoria, previsto no Regulamento n.º 1984/83, nem o novo regime de isenção por categoria, previsto no Regulamento n.º 2790/1999, isentam os acordos de estações de serviço em que se fixam os preços de venda ao consumidor final de uma forma imperativa para os titulares dessas estações da proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE [76]. Uma eventual isenção também não poderia ser objecto de interpretação extensiva [77]. Acresce que, segundo o novo regime de isenção por categoria, previsto no Regulamento n.º 2790/1999, essa eventual isenção nunca é aplicável caso a quota de mercado ultrapasse os 30%, nos termos do seu artigo 3.º

74 — A possível afectação do comércio entre os Estados-Membros só tem relevância na medida em que o direito comunitário deva ser directamente aplicado (e não apenas indirectamente, através de uma remissão do direito interno); quanto ao dever de, se for esse o caso, aplicar paralelamente o direito comunitário e o direito nacional, v. o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003; quanto à afectação do comércio entre os Estados-Membros, v., também, os acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 47 e segs., em especial o n.º 48), e de 28 de Janeiro de 1986, Pronuptia (161/84, Colect., p. 353, n.º 26), bem como, ainda, a Comunicação da Comissão «Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado» (JO 2004, C 101, p. 81).

75 — V. acórdãos Dzodzi (n.ºs 41 e 42) e Leur-Bloem (n.º 33), ambos já referidos na nota 17.

76 — Quanto ao Regulamento n.º 2790/1999, tal resulta desde logo expressamente do seu artigo 4.º, n.º 1, alínea a). Mas, à luz do Regulamento n.º 1984/83, o mesmo resulta da leitura conjugada dos seus artigos 10.º a 13.º, que se aplicam especificamente a acordos de estações de serviço e que admitem, por exemplo, estipulações de compra exclusiva [v., em especial, os artigos 10.º e 11.º, alínea a)], mas não prevêem fixações de preço (v. a redacção do corpo do artigo 11.º: «Para além da obrigação enunciada no artigo 10.º, não pode ser imposta ao revendedor qualquer outra restrição de concorrência que não seja [...]»).

77 — V., neste sentido, os acórdãos de 24 de Outubro de 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Colect., p. I-3439, n.º 28), e Cabour (já referido na nota 73, n.º 30).

VI — Conclusão

74. Tendo em conta as observações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do Tribunal Supremo nos seguintes termos:

«1) Os acordos de compra exclusiva entre uma empresa petrolífera e os titulares de estações de serviço que ela abastece, em que esses titulares se comprometem a vender exclusivamente carburantes e combustíveis dessa empresa petrolífera, devem ser analisados à luz do artigo 81.º CE, ainda que a relação contratual esteja configurada como um contrato de comissão ou de agência.

Desde o dia 1 de Junho de 2000 que tais acordos podem ser considerados admissíveis, nos termos 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 CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Anteriormente, tais acordos podiam estar isentos da proibição contida no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), nos termos 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 CE a certas categorias de acordos de compra exclusiva.

2) Os contratos entre uma empresa petrolífera e os titulares de estações de serviço que ela abastece, em que a estes últimos são impostas condições em matéria de preços de venda ao consumidor final e de técnicas de venda e exploração, devem ser analisados à luz do artigo 81.º CE se esses titulares de estações de serviço venderem os carburantes e combustíveis a terceiros por sua própria conta ou se — enquanto comissionistas ou agentes — suportarem, de forma não insignificante, os riscos relacionados com essa venda a terceiros.

Nestas mesmas condições, podem tais contratos, desde o dia 1 de Junho de 2000, ser analisados à luz do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, sendo que antes dessa data podiam ser analisados à luz do Regulamento (CEE) n.º 1984/83.»