

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PAOLO MENGOZZI

apresentadas em 4 de Setembro de 2008¹

I — Introdução

1. Este é, no espaço de três anos, o terceiro reenvio prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça em matéria de acordos relativos a estações de serviço celebrados entre uma empresa petrolífera e um dos seus distribuidores que opera no mercado espanhol².

2. Os dois primeiros processos diziam respeito, essencialmente, à qualificação jurídica, face ao direito comunitário da concorrência, das relações contratuais estabelecidas entre a empresa petrolífera e os operadores

que exploram as estações de serviço em causa³.

3. Em contrapartida, as questões aqui colocadas respeitam unicamente ao problema de saber se contratos como os que estão em causa no processo principal são susceptíveis de beneficiar da aplicação dos regimes de isenção por categoria previstos, respectiva e sucessivamente, 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 exclusiva⁴, e no 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 concertadas⁵. No essencial, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a interpretação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 e do artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 que autorizam, em certas condições, a celebração de acordos verticais de compra exclusiva por um prazo que excede o prazo exigido, em princípio, por estes regulamentos para se beneficiar da isenção por categoria.

1 — Língua original: francês.

2 — O primeiro desses processos deu lugar ao acórdão de 14 de Dezembro de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Colect., p. I-11987) e o segundo, actualmente pendente no Tribunal de Justiça, foi objecto das minhas conclusões apresentadas em 13 de Março de 2008 (CEPSA, C-279/06). De notar que um quarto processo, registado sob a referência C-506/07, Lubri-carga, está também pendente no Tribunal de Justiça.

3 — Ou seja, punha-se a questão de saber se se tratava de contratos de agência comercial ou, pelo contrário, de contratos de distribuição entre duas empresas economicamente independentes.

4 — JO L 173, p. 5; EE 08 F2 p. 114 e rectificação JO 1984, L 79, p. 38.

5 — JO L 336, p. 21.

II — Quadro jurídico

4. O Regulamento n.º 1984/83 exclui do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE (que passou a artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE, que, por sua vez, passou a artigo 81.º, n.º 1, CE) determinadas categorias de acordos de compra exclusiva e de práticas concertadas que preencham, normalmente, as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo, pelo facto de as mesmas conduzirem, em geral, a uma melhoria da distribuição dos produtos.

5. Segundo o 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.

6. 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.

7. 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.»

8. O artigo 11.º do mesmo regulamento dispõe:

«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 serviços, 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.»

9. O artigo 12.º, n.º 1, 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 se encontra a condição, prevista na alínea c) do referido n.º 1, de o contrato não poder ser celebrado por tempo indeterminado ou por mais de dez anos.

10. No entanto, em derrogação do artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83, o n.º 2 deste artigo dispõe que, 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 proibições de concorrência referidas no Título III do referido regulamento podem ser impostas ao revendedor durante todo o período em que ele efectivamente explore a estação de serviço.

11. 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) e 4.º, bem como 5.º, aos acordos relativos a estações de serviço.

12. O décimo terceiro considerando do referido regulamento prevê:

«[...] 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».

13. O Regulamento n.º 1984/83, cujo prazo de vigência foi prorrogado até 31 de Dezembro de 1999 pelo Regulamento (CE) n.º 1582/97 da Comissão, de 30 de Julho de 1997⁶, foi revogado pelo Regulamento (CE) n.º 2790/1999, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2000.

14. 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.»

15. Segundo o artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, a isenção prevista no seu artigo 2.º não é aplicável a toda e 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 considerar-se que foi concluída por uma duração indeterminada. Esta disposição precisa, todavia, que esta limitação da referida duração de cinco anos não é aplicável quando os bens ou serviços contratuais são vendidos pelo comprador a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação de não concorrência não ultrapasse o período de ocupação das instalações e terrenos pelo comprador.

16. 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 no período compreendido entre 1 de Junho de 2000 e 31 de Dezembro de 2001 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 requisitos previstos, designadamente, no Regulamento n.º 1984/83.

III — Litígio no processo principal, questões prejudiciais e processo no Tribunal de Justiça

17. Resulta da decisão de reenvio que, em 26 de Outubro de 1989, as sociedades Pedro IV Servicios SL (a seguir «Pedro IV») e Total España SA (a seguir «Total») celebraram um

6 — JO L 214, p. 27.

acordo complexo, composto por quatro contratos ligados entre si.

18. Nos termos do primeiro contrato, a Pedro IV concedeu à Total um direito real, dito «direito de superfície», sobre um terreno que lhe pertencia. Este contrato autoriza a Total a construir neste terreno um edifício em contrapartida de uma retribuição ao concedente. O montante desta retribuição foi fixado em 250 000 ESP por mês (equivalente a pouco mais de 1 500 euros) a pagar durante 20 anos. Findo este período de 20 anos, a estação de serviço construída pela Total passará a ser propriedade da Pedro IV. A Total comprometeu-se a construir uma estação de serviço para a venda de combustíveis no prazo de dois anos e meio, de modo que o prazo de 20 anos começa a correr a partir da data da entrada em funcionamento da estação de serviço. As partes acordaram que o direito de superfície não pode ser cedido sem o consentimento do proprietário do terreno.

19. O segundo contrato é um contrato de arrendamento que tem por objecto a estação de serviço a construir, contrato nos termos do qual a Total cedeu à Pedro IV o uso e a fruição dessa estação de serviço pelo prazo de um ano prorrogável mensalmente. Não obstante, o locador deve conceder esta prorrogação durante todo o período de vigência do contrato de abastecimento exclusivo que se compromete igualmente a celebrar com a sociedade locatária. De qualquer modo, o arrendamento terminará ao mesmo tempo que o direito de superfície concedido ao locador. A renda mensal a pagar pela Pedro IV ascende a 600 000 ESP (equivalente a 3 600 euros).

20. Nos termos do terceiro contrato, a Pedro IV comprometeu-se, a partir do momento em que a estação de serviço lhe seja entregue, a explorá-la, abastecendo-se exclusivamente na Total e utilizando a sua imagem, cores, marca e insígnia. O contrato de compra exclusiva é celebrado por um período de 20 anos e o abastecimento efectua-se sob o modo de venda firme, de forma que o distribuidor adquire a propriedade do combustível desde o momento em que o fornecedor o coloca à sua disposição na estação de serviço, comprometendo-se o comprador a revendê-lo por sua conta e risco. Em contrapartida, a Total deve pagar à Pedro IV um montante mensal de 350 000 ESP (cerca de 2 100 euros). Por outro lado, a Total compromete-se a comunicar ao distribuidor os preços de venda ao público recomendados e a garantir a sua competitividade em função dos preços oferecidos de boa fé por outros concorrentes da região. Além disso, a Total compromete-se a fixar o preço do carburante que fornece ao revendedor nas condições mais vantajosas, que negocia com outras estações de serviço que possam instalar-se em Barcelona (Espanha), sem que esse preço possa em caso algum ser superior à média do preço fixado por outros fornecedores significativos do mercado que operem em Barcelona.

21. Uma vez que as partes no processo principal acordaram igualmente compensar as quantias que se devem pagar reciprocamente em aplicação dos três contratos referidos, daí resulta que nenhuma das duas tem de pagar o que quer que seja à outra, visto essas quantias ascenderem respectivamente a 600 000 ESP.

22. Finalmente, através do quarto contrato, a Total concedeu um empréstimo hipotecário de 30 000 000 ESP (cerca de 180 300 euros) à Pedro IV, que, em garantia, constituiu uma hipoteca sobre o seu terreno pelo prazo de 20 anos, na condição de a estação de serviço ser construída.

23. Segundo o juiz *a quo*, uma vez que estes contratos foram celebrados, a estação de serviço foi efectivamente construída sobre o terreno pertencente à Pedro IV e a Total abasteceu-a em exclusividade pelo menos até à data da decisão de reenvio prejudicial.

24. No mês de Dezembro de 2004, a Pedro IV intentou, a título principal, uma acção de declaração da nulidade da relação jurídica constituída pelos quatro contratos já referidos, no Juzgado de lo Mercantil de Barcelona. A Pedro IV alega, por um lado, que os ditos contratos continham cláusulas gravemente restritivas da concorrência, a saber, uma duração excessiva, superior à duração máxima autorizada pelo direito comunitário, para os contratos de abastecimento exclusivo e, por outro, que o terceiro contrato prevê a fixação indirecta dos preços de revenda ao público, proibida por força do artigo 85.º do Tratado, e não pode beneficiar do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 1984/83 nem, posteriormente, do previsto no Regulamento n.º 2790/1999.

25. Uma vez que esta acção foi julgada integralmente improcedente em primeira instância, a Pedro IV recorreu para o órgão nacional de reenvio.

26. A Audiencia Provincial de Barcelona, tendo dúvidas quanto à interpretação das disposições dos Regulamentos n.ºs 1984/83 e 2790/1999, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o previsto no artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento [...] n.º 1984/83 [...], nos termos do qual, '[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 proibições de concorrência referidas no presente título podem ser impostas ao revendedor durante todo o período em que ele efectivamente explore a estação de serviço', ser interpretado no sentido de que respeita à situação em que o fornecedor que dá em locação é inicialmente proprietário do terreno e das instalações ou, pelo contrário, a referência à locação da estação de serviço abrange todos os títulos que juridicamente atestem a estrita propriedade do fornecedor sobre a estação, podendo, por conseguinte, dá-la em locação ao mesmo proprietário do terreno sem ter de se sujeitar aos prazos que a disposição impõe para os acordos de compra exclusiva?

- 2) N[a hipótese] de ser aplicável ao presente caso o Regulamento [...] n.º 2790/1999 [...], deve o previsto no seu artigo 5.º, nos termos do qual a isenção não é aplicável quando o acordo de compra exclusiva ultrapasse cinco anos, embora ‘o prazo limite de cinco anos não [seja] aplicável quando os bens ou serviços contratuais são vendidos pelo comprador a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação de não concorrência não ultrapasse o período de ocupação das instalações e terrenos pelo comprador’, ser interpretado no sentido de que a disposição se refere a uma situação em que o fornecedor que dá em locação é inicialmente proprietário do terreno e das instalações ou, pelo contrário, a referência à locação da estação de serviço abrange todos os títulos que juridicamente atestam a estrita propriedade do fornecedor sobre a estação, podendo, por conseguinte, dá-la em locação ao mesmo proprietário do terreno sem ter de se sujeitar aos prazos que a disposição impõe para os acordos de compra exclusiva?
- 3) Deve o previsto no n.º 1, alínea a), do artigo [85.º] do Tratado [...], nos termos do qual é proibida a fixação indirecta dos preços de compra ou de venda, e no oitavo considerando do Regulamento [...] n.º 1984/83 [...], segundo o qual ‘outras disposições restritivas da concorrência e, em especial, as que limitam a liberdade de o revendedor determinar os seus preços ou as suas condições de revenda ou de escolher os seus clientes, não podem ser isentadas pelo presente

regulamento’, não constando a fixação do preço de revenda entre as outras restrições da concorrência permitidas pelo seu artigo 11.º, ser interpretado no sentido de que nesta proibição se inclui qualquer forma de restrição que limite a liberdade de o revendedor fixar o preço de venda ao público (a seguir “PVP”), como seja a fixação pelo fornecedor da margem de distribuição do explorador da estação de serviço, fixando o preço do combustível que fornece ao revendedor nas condições mais vantajosas acordadas com outras estações de serviço que possam instalar-se em Barcelona e não sendo este superior em caso algum à média do preço fixado pelas outras fornecedoras importantes no mercado, ao qual acresce a margem mínima que se considera adequada e obtendo-se dessa forma o PVP, que o fornecedor não impõe expressamente, mas que recomenda aplicar?

- 4) Deve o previsto no artigo [85.º], n.º 1, alínea a), do Tratado [...], nos termos do qual é proibida a fixação indirecta dos preços de compra ou de venda, e no artigo 4.º, alínea a), do Regulamento [...] n.º 2790/1999 [...], que considera uma restrição especialmente grave da concorrência a restrição ao estabelecimento do preço de revenda, ser interpretado no sentido de que inclui qualquer forma de restrição que limite a liberdade de o revendedor fixar o PVP, como seja a fixação pelo fornecedor da margem de distribuição do explorador da estação de serviço, fixando o preço do combustível que fornece ao revendedor nas condições mais vantajosas acordadas com outras estações de serviço que possam instalar-se em Barcelona e não sendo este superior em caso algum à média do

preço fixado pelas outras fornecedoras importantes no mercado, ao qual acresce a margem mínima que se considera adequada e obtendo-se dessa forma o PVP, que o fornecedor não impõe expressamente, mas que recomenda aplicar?»

27. Em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, a Pedro IV, a Total, o Governo espanhol e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas. As suas alegações foram também ouvidas na audiência que teve lugar em 26 de Junho de 2008.

dência comunitária e espanhola e, o terceiro, à falta de pertinência das questões submetidas para efeitos da solução do litígio no processo principal.

29. Por outro lado, o Governo espanhol considera que, tendo em conta o facto de os Regulamentos n.ºs 1984/83 e 2790/1999 não poderem aplicar-se simultaneamente, duas das questões colocadas, a saber, como foi precisado na audiência, as que se referem à interpretação do Regulamento n.º 1984/83, devem ser declaradas inadmissíveis dado o seu carácter hipotético.

30. As objecções suscitadas contra a admissibilidade do reenvio prejudicial não podem, em minha opinião, ser acolhidas.

IV — Análise

A — *Quanto à admissibilidade*

28. A Total alega três fundamentos de inadmissibilidade das questões prejudiciais relativos, o primeiro, ao carácter lacunar da descrição do contexto factual e jurídico feita pelo órgão jurisdicional de reenvio, o segundo, ao facto de as respostas às questões colocadas poderem deduzir-se claramente da jurispru-

31. Há que afastar, antes de mais, por inoperante, a alegação da Total segundo a qual a jurisprudência comunitária e nacional fornecem uma resposta clara às questões colocadas. Com efeito, mesmo admitindo que, na medida em que se refere à jurisprudência do Tribunal de Justiça, única pertinente no caso em apreço, tal alegação seja exacta, não é por essa razão que o Tribunal de Justiça deve declarar as questões prejudiciais inadmissíveis, permitindo-lhe quando muito, sendo caso disso, nos termos do procedimento previsto no artigo 104.º, n.º 3, do seu Regulamento de Processo, decidir por despacho fundamentado. De qualquer modo,

nem o acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido, nem o processo CEPESA, já referido, têm por objecto a interpretação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 e/ou do artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999⁷.

32. Em seguida, no que respeita aos outros dois fundamentos invocados pela Total, deve recordar-se que, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, como prevista no artigo 177.º do Tratado (actual artigo 234.º CE), compete apenas ao juiz nacional, que é chamado a conhecer do litígio e que deve assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo que lhe foi submetido, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça⁸.

33. No caso de as questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais terem por objecto a interpretação de uma disposição de direito comunitário, o Tribunal de Justiça tem, portanto, em princípio, o dever de se pronunciar, a menos que seja manifesto que o pedido prejudicial visa, através de um litígio artificial, na realidade, levá-lo a pronunciar-se ou a emitir opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas, que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto

do litígio, ou ainda que o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto ou de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas⁹.

34. A este respeito, deve também recordar-se que, segundo jurisprudência assente, a necessidade de obter uma interpretação do direito comunitário que seja útil para o órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual e regulamentar em que se inserem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que as questões se baseiam¹⁰. Embora as exigências de fundamentação impostas ao juiz nacional variem em função de numerosos factores, elas são particularmente válidas em certos domínios, como o da concorrência, caracterizados por situações de facto e de direito complexas¹¹.

35. Além disso, as informações fornecidas nas decisões de reenvio devem também dar aos Governos dos Estados-Membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o disposto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, incumbindo ao Tribunal

9 — *Ibidem* (n.º 17 e jurisprudência referida).

10 — *Ibidem* (n.º 26).

11 — V., neste sentido, designadamente, acórdão de 21 de Setembro de 2000, *ABBOI* (C-109/99, Colect., p. I-7247, n.º 42 e jurisprudência referida). O cuidado que os órgãos de jurisdicionais nacionais devem ter na redacção das suas decisões de reenvio é tanto mais importante quanto a necessidade de uma cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, sobretudo desde a entrada em vigor do 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 (JO L 1, p. 1).

7 — V., precisamente a este respeito, as minhas conclusões no processo CEPESA, já referidas (nota n.º 32).

8 — V. acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 16 e jurisprudência referida).

de Justiça garantir que esta possibilidade seja salvaguardada, tendo em conta o facto de, por força da disposição referida, apenas as decisões de reenvio serem notificadas às partes interessadas¹².

36. No presente processo, é, de facto, verdade, como indica a Total em apoio da sua alegação segundo a qual a descrição do quadro jurídico e factual da decisão de reenvio é lacunar, que esta última não dá o mínimo de informações sobre certos elementos próprios do litígio no processo principal, como a natureza jurídica do direito de superfície concedido pela Pedro IV ou a quota que a Total detém no mercado da distribuição de carburantes e de combustíveis em Espanha.

37. Todavia, a decisão de reenvio explicita com suficiente precisão a relação contratual estabelecida entre as partes no litígio no processo principal, de forma a permitir ao Tribunal de Justiça dar uma resposta útil ao pedido de interpretação das disposições de direito comunitário. Além disso, resulta das observações escritas da Total, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar admissíveis as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, e das observações das outras partes interessadas, que as informações contidas na decisão de reenvio lhe permitiram tomar uma posição útil sobre as referidas questões.

38. Quanto à alegação de que as questões não são pertinentes para a solução do litígio no processo principal, concede-se de boa vontade à Total que, na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio se limita a questionar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação das disposições dos Regulamentos n.ºs 1984/83 e 2790/1999 sem ter analisado previamente a aplicabilidade do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado ao feixe de contratos celebrados entre a Pedro IV e a Total, as respostas que o Tribunal dê às questões não colocarão necessariamente o tribunal *a quo* em posição de decidir de maneira definitiva o litígio no processo principal.

39. No entanto, para além do facto de que, como foi recordado pela jurisprudência referida no n.º 32 das presentes conclusões, incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça, não penso que a admissibilidade de uma questão prejudicial possa ser sujeita à circunstância de a resposta dada pelo Tribunal dever, em todas as hipóteses, permitir ao órgão jurisdicional nacional resolver o litígio nele pendente. Se assim fosse, a admissibilidade das questões prejudiciais dependeria pura e simplesmente da resposta que o Tribunal de Justiça lhes desse quanto ao mérito.

40. Em contrapartida, na fase da admissibilidade, importa examinar se se verifica que, *seja qual for a resposta que o Tribunal de Justiça dê a uma questão prejudicial*, essa resposta é *manifestamente* irrelevante para a solução do litígio no processo principal, uma vez que, nesse caso, a interpretação pedida do direito comunitário não responde a uma necessidade

12 — Acórdãos, já referidos, ABBOI (n.º 43) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (n.º 27).

objectiva para a decisão que o órgão jurisdicional nacional deve tomar¹³. Ora, não é seguramente esse o caso das respostas a dar às questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

41. Por fim, a alegação do Governo espanhol, relativa ao alegado carácter hipotético das duas questões relativas à interpretação do Regulamento n.º 1984/83 deve ser igualmente afastada. Efectivamente, ainda que o regime de isenção por categoria instituído por esse regulamento tenha sido revogado pelo Regulamento n.º 2790/1999, não é menos certo que o Regulamento n.º 1984/83 era plenamente aplicável até 31 de Maio de 2000 e, a título transitório, continuou a aplicar-se até 31 de Dezembro de 2001 aos acordos já em vigor em 31 de Maio de 2000 que preenchessem, designadamente, as condições de isenção desse regulamento, sem todavia reunir as do Regulamento n.º 2790/1999¹⁴. Tendo os contratos em causa no processo principal sido celebrados em 1989, a saber, sob a égide do Regulamento n.º 1984/83, por um período de 20 anos — que, de acordo com os contratos, só começou a contar a partir da data da entrada em funcionamento da estação de serviço, ou seja, ao que parece, em 1991 — as questões relativas à interpretação do Regulamento n.º 1984/83 não podem ser qualificadas de hipotéticas: a interpretação pedida conserva, com efeito, toda a pertinência para o período de vigência dos contratos em causa no litígio no processo principal que precedeu a entrada em vigor e a aplicação do regime de isenção por categorias previsto no Regulamento n.º 2790/1999.

42. Proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça declare admissível o reenvio prejudicial.

B — Quanto ao mérito

1. Observações liminares

43. Como já referi atrás nas minhas considerações introdutórias, o presente processo não diz respeito à qualificação jurídica, face às regras comunitárias da concorrência, da relação contratual estabelecida entre a Pedro IV e a Total. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio não tem a mais pequena dúvida sobre o facto de se dever considerar que esta relação liga duas empresas economicamente independentes devendo, portanto, incluir-se no conceito de «acordo entre empresas» na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

44. Em contrapartida, como já observei no n.º 38 das presentes conclusões, o órgão jurisdicional de reenvio não parece ter analisado se, na situação do processo principal,

13 — V. acórdão de 21 de Junho de 2001, SONAE (C-206/99, Colect., p. I-4679, n.ºs 45 e 46).

14 — V. artigos 12.º e 13.º do Regulamento n.º 2790/1999.

todas as condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado estavam reunidas antes de questionar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação das disposições dos Regulamentos n.ºs 1984/83 e 2790/1999 que isentam, em certas condições, determinadas categorias de acordos verticais da proibição enunciada no referido artigo.

45. Ainda que esta diligência pareça sobretudo surpreendente de um ponto de vista lógico, pode, no entanto, compreender-se do ponto de vista prático e, em certa medida, por razões de economia do processo, uma vez que, se os regulamentos de isenção se aplicam a um dado acordo, torna-se supérfluo determinar se esse acordo é proibido por força do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado¹⁵. Em contrapartida, o ganho processual pretendido desaparece se as condições da isenção por categoria não forem satisfeitas. Nessa hipótese, evidentemente, a análise das condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado deverá ser realizada pelo órgão jurisdicional nacional.

46. Não sendo questionado sobre a interpretação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado face ao feixe de contratos em causa no processo principal, o Tribunal de Justiça pode, portanto, em minha opinião, limitar-se a

15 — A título de exemplo, essa diligência foi feita pelo órgão jurisdicional nacional na origem do processo que deu lugar ao acórdão de 30 de Abril de 1998, Cabour (C-230/96, Colect., p. I-2055). De notar que este órgão jurisdicional nacional tinha, no entanto, questionado o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado na hipótese de o acordo de distribuição de veículos automóveis que se discutia ser insusceptível de beneficiar da aplicação das disposições do regulamento de isenção por categoria em causa nesse processo.

recordar que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se este tipo de acordo é abrangido pela proibição prevista nessa disposição, ou reiterar certos critérios de ordem geral, enunciados pela jurisprudência, quanto à apreciação do carácter restritivo da concorrência de acordos de compra exclusiva, que o órgão jurisdicional de reenvio devia ter em conta na sua análise dos contratos celebrados no processo principal¹⁶. Não penso, todavia, que, não sendo colocada uma questão prejudicial sobre este ponto, o Tribunal de Justiça deva indicar ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos pertinentes de ordem económica e jurídica que lhe permitam verificar a existência de um comportamento proibido pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado¹⁷.

16 — Assim, pode recordar-se que, para apreciar se um acordo de compra exclusiva tem por objecto ou por efeito restringir sensivelmente a concorrência no mercado interno e é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, importa ter em consideração o contexto económico e jurídico em que se este se insere e onde pode concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo no jogo da concorrência. É a razão pela qual há que analisar os efeitos que produz tal contrato, em combinação com outros contratos do mesmo tipo, nas possibilidades, para os concorrentes nacionais ou de outros Estados-Membros, de se implantarem no mercado relevante ou de 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 de 7 de Dezembro de 2000, Neste (C-214/99, Colect., p. I-11121, n.º 25); v., também, acórdão do Tribunal da EFTA de 18 de Outubro de 2002, Hegelstad (E-7/01, EFTA Court Report, p. 310, n.º 31)].

17 — Sem que estas indicações sejam exaustivas, o órgão jurisdicional de reenvio pode, desde já, reportar-se utilmente às apreciações expostas no acórdão Neste, já referido (n.ºs 26 a 34), relativo a contratos de compra exclusiva de carburantes. Quanto à quota de mercado da Total no mercado espanhol, embora esta indique que nunca ultrapassou 3% durante todo o período de vigência dos contratos em causa no processo principal, a Pedro IV e a Comissão observam que a Total possui actualmente cerca de 48% do capital social da CEPISA, que é um dos principais fornecedores de carburantes em Espanha, circunstância que não pode excluir que as duas empresas possam ser consideradas como uma só unidade económica para efeitos da apreciação da posição da Total no mercado. Nem a Pedro IV nem a Comissão precisam, no entanto, a participação detida pela Total durante a vigência dos contratos em causa no processo principal. De qualquer modo, como a Comissão observou na audiência, não é certo que o mercado relevante tenha dimensão nacional, podendo antes ser de envergadura local, ou seja, estendendo-se apenas à aglomeração de Barcelona.

47. Feitas estas observações, importa agora examinar as quatro questões prejudiciais. Considero que, tendo em conta a sua redacção e o seu conteúdo, há que analisar conjuntamente, por um lado, a primeira e segunda questões e, por outro, a terceira e quarta questões.

2. Quanto à primeira e segunda questões

48. No essencial, com a primeira e segunda questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se uma exclusividade de compra relativa a carburantes e combustíveis, como a estipulada entre a Pedro IV e a Total, é susceptível de beneficiar, devido à sua duração, da aplicação do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 1984/83 e, posteriormente e sendo caso disso, pelo previsto no Regulamento n.º 2790/1999.

a) Quanto à interpretação do Regulamento n.º 1984/83

49. Quanto ao Regulamento n.º 1984/83, importa recordar que este prevê, nomeadamente, a aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado aos acordos de compra exclusiva celebrados tendo como finalidade a revenda

de produtos petrolíferos em 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 de concorrência que podem ser impostas ao revendedor, para além da prevista no referido artigo 10.º, entre as quais a «obrigação de não revender, na estação de serviço designada no acordo, combustíveis para veículos a motor ou combustíveis fornecidos por terceiras empresas». 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.

50. No entanto, o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 precisa que, «[e]m 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 proibições de concorrência referidas no presente título podem ser impostas ao revendedor durante todo o período em que ele efectivamente explore a estação de serviço».

51. Como tive ocasião de afirmar nas minhas conclusões, já referidas, no processo CEPESA¹⁸, o prazo de dez anos, referido no artigo 12.º, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83, justifica-se se as vantagens financeiras e comerciais concedidas pelo fornecedor tiverem uma importância tal que, na falta destas, seja altamente improvável que o operador que explora a estação de serviço pudesse aceder ao mercado dos serviços de intermediário responsável pela comercialização de combustíveis.

52. O facto de o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 permitir, a título derogatório, o prolongamento, *para além de dez anos*, do prazo da cláusula de compra exclusiva apenas parece justificar-se se o fornecedor conceder ao operador que explora a estação de serviço vantagens financeiras e comerciais pelo menos tão importantes como as que teria concedido para que o acordo pudesse beneficiar de uma isenção por categoria pelo período de dez anos, como referido no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do referido regulamento.

53. A este propósito, o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 refere uma única vantagem concedida pelo fornecedor, a saber, a concessão do arrendamento da estação de serviço ao operador que a explora ou, de modo análogo, a concessão a este último da sua fruição de direito ou de facto.

54. Não se pode negar, em meu entender, que essa vantagem é particularmente importante, ou mesmo considerável, já que consiste, de facto, em entregar «chave na mão» a estação de serviço ao distribuidor para o exercício da sua actividade económica. Por outras palavras, o fornecedor coloca o distribuidor à frente de uma estação de serviço, totalmente equipada, de que é proprietário, sem que o distribuidor tenha, a este respeito, que proceder a investimentos.

55. Não há dúvida, pela própria leitura do texto do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83, de que a concessão de tal vantagem assume a forma de uma condição de aplicação dessa disposição.

56. É também incontestável que um fornecedor pode conceder vantagens financeiras e comerciais suplementares ao operador que explora uma estação de serviço com a finalidade de exigir o benefício da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83. A este respeito, há que lembrar que, no processo principal, a Total concedeu à Pedro IV um empréstimo hipotecário de montante elevado a uma taxa de juro que, segundo as explicações não contestadas da Total na audiência, na sequência de uma questão precisa do Tribunal de Justiça sobre esse ponto, era inferior à taxa de mercado então praticada. Esta circunstância e as outras condições relativas a esse empréstimo devem, contudo, ser verificadas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

18 — V. n.ºs 64 a 71, 97 e n.º 2 do dispositivo das conclusões.

57. Em contrapartida, mais duvidosa é a questão de saber se, como alegam a Pedro IV e a Comissão, o benefício do regime derogatório previsto no artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 deve estar sujeito à dupla condição de o fornecedor deter quer a propriedade da estação de serviço quer a do terreno no qual esta última foi construída.

58. Em apoio desta tese, a Comissão baseia-se, por um lado, no décimo terceiro considerando do Regulamento n.º 1984/83, do qual a Comissão parece extrair o espírito do próprio regulamento e, por outro, no artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, que sujeita, no futuro, de forma explícita, o prazo de exclusividade potencialmente ilimitado previsto nessa disposição à exigência de que o distribuidor exerça a sua actividade a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor.

59. Esta linha de raciocínio não é convincente.

60. Quanto ao primeiro argumento exposto pela Comissão, há que observar que o décimo terceiro considerando do Regulamento n.º 1984/83, que enumera, de maneira não exaustiva, diferentes tipos de vantagens económicas e financeiras concedidas pelo fornecedor ao distribuidor, indica que, entre

essas vantagens figura também a concessão de um «terreno ou [de] locais para a exploração [...] da estação de serviço»¹⁹. Na verdade, dada a sua formulação alternativa, este considerando não pode, obviamente, obstar a que um fornecedor conceda ao revendedor um terreno e instalações para a exploração da estação de serviço a fim de, sendo caso disso, invocar a aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83. No entanto, de modo nenhum resulta desta passagem da exposição de motivos do referido regulamento que o benefício da aplicação desta última disposição esteja sujeito à dupla condição de o fornecedor conceder ao mesmo tempo um arrendamento do terreno e das instalações a partir das quais o distribuidor explora a estação de serviço.

61. Embora não caiba certamente ao Tribunal de Justiça interpretar de maneira extensiva as disposições de carácter derogatório de um regulamento de isenção por categoria²⁰, também não lhe incumbe, em minha opinião, limitar o alcance das referidas disposições apesar da clareza da sua redacção, tal como confirmada *a fortiori* pelos considerandos desse regulamento.

62. É também a razão pela qual não posso subscrever a interpretação defendida pela Comissão nas suas observações escritas que considera que, para poder beneficiar da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento

¹⁹ — Sublinhados meus.

²⁰ — V., designadamente, a este propósito, acórdão Cabour, já referido (n.º 30).

n.º 1984/83, o fornecedor deveria conceder «vantagens absolutas» ao operador que explora a estação de serviço. Efectivamente, se assim fosse, não se compreenderia por que razão o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 se limita a mencionar a concessão de um arrendamento das instalações a partir das quais o operador da exploração da estação de serviço exerce as suas funções e não condiciona precisamente a aplicação dessa disposição a vantagens económicas e financeiras absolutas, sem que o operador da exploração proceda a nenhum investimento.

63. Na realidade, a *ratio* do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 [e, em parte, do artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999] parece de ordem mais pragmática, como explicou a Comissão na sua resposta à questão escrita colocada pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, quando um revendedor exerce as suas actividades a partir de instalações pertencentes a um fornecedor, é difícil imaginar que o prazo do acordo de exclusividade de abastecimento seja limitado a um período inferior ao do arrendamento, uma vez que as instalações não podem, de qualquer forma, ser postas à disposição de outro fornecedor para permitir a este último entrar no mercado relevante ou alargar a sua implantação no referido mercado. Assim, como observou a Comissão, uma limitação temporal da exclusividade de abastecimento de um ponto de venda (inferior ao prazo do arrendamento concedido) tem *pouca utilidade* quando esse ponto de venda pertence integralmente ao fornecedor.

64. A *ratio* do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 assenta, portanto, bem menos numa correlação absoluta entre a intensidade das vantagens concedidas pelo

fornecedor e os investimentos de que o operador está livre, do que na afirmação segundo a qual limitar o prazo de exclusividade de abastecimento a dez anos no caso de o fornecedor dar em locação a estação de serviço ao operador que a explora não produz efeito algum (ou, quando muito, produz um efeito puramente marginal) para a concorrência intermarcas, uma vez que, no termo desse período, é altamente improvável que o fornecedor, ainda proprietário da estação de serviço, a transfira para um dos seus concorrentes.

65. Não é, na verdade, impossível fazer um raciocínio análogo a propósito do ou dos terrenos no qual está situada a estação de serviço arrendada ao operador que a explora. No entanto, tal raciocínio significaria introduzir uma condição suplementar de aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 não prevista na sua letra e que também não pode resultar implicitamente desse regulamento. A este respeito, parece-me que exigir, sem qualquer apoio no texto do Regulamento n.º 1984/83 e sem uma análise aprofundada pela Comissão e pelo Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes, que o fornecedor, para poder beneficiar da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do referido regulamento, seja igualmente proprietário do terreno no qual construiu a estação de serviço que arrenda ao operador que a explora, seria uma condição susceptível de limitar a concorrência intermarcas ao reforçar a posição dos operadores históricos ou já presentes no mercado que, graças a essa posição, puderam adquirir, com o passar do tempo, propriedades fundiárias. Esta consequência é tanto mais plausível num contexto em que, como todas as partes que apresentaram

observações no presente processo são unânimes em afirmar, o mercado em causa é dominado desde há vários anos por três operadores, na sequência do desmantelamento do antigo monopólio nacional.

66. Portanto, parece-me que interpretar o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 no sentido de que inclui uma condição relativa à propriedade do terreno no qual a estação de serviço está construída ultrapassaria a interpretação normal das disposições de tal acto, que incumbe ao Tribunal de Justiça, excedendo ao mesmo tempo a missão que incumbe a este último, através de uma utilização indevida das competências regulamentares da Comissão e do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes.

67. Não me parece que esta apreciação seja infirmada pelo segundo argumento desenvolvido pela Comissão, relativo à adopção do Regulamento n.º 2790/1999 e, mais particularmente, do seu artigo 5.º, alínea a), que sujeita, a partir da data de aplicação do referido regulamento, a isenção por categoria das cláusulas de exclusividade que ultrapassem um prazo de cinco anos, designadamente, à dupla condição de o fornecedor ser o proprietário quer do terreno quer das instalações a partir das quais a actividade do operador é exercida.

68. Com efeito, o entendimento proposto pela Comissão levaria a atribuir um efeito retroactivo ao artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 apesar da redacção do

artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 e da sua exposição de motivos, efeito que seria contrário, pelo menos, à aplicação imediata do Regulamento n.º 2790/1999 e que levaria a que este regulamento invadisse, ainda que apenas parcialmente, o âmbito de aplicação autónoma do Regulamento n.º 1984/83.

69. Em contrapartida, e à semelhança do que defendeu o Governo espanhol, é verdade que os particulares não podem prevalecer-se de normas comunitárias abusiva ou fraudulentamente²¹. A aplicação da regulamentação comunitária não pode assim estender-se ao ponto de abranger as práticas abusivas de operadores económicos, isto é, operações que não sejam realizadas no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de contornar as regras previstas no direito comunitário²².

70. De acordo com a jurisprudência, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, baseando-se em elementos objectivos, ter em conta o comportamento abusivo do interessado para lhe recusar, sendo caso disso, o benefício da disposição de direito comunitário invocada²³.

21 — V., nomeadamente, acórdãos de 12 de Maio de 1998, Kefalas e o. (C-367/96, Colect., p. I-2843, n.º 20); de 23 de Março de 2000, Diamantis (C-373/97, Colect., p. I-1705, n.º 33), de 21 de Fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, Colect., p. I-1609, n.º 68) e de 6 de Abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, Colect., p. I-3395, n.º 19).

22 — V., designadamente, acórdãos já referidos Halifax e o. (n.º 69) e Agip Petroli (n.º 20).

23 — V., designadamente, acórdãos já referidos Diamantis (n.º 34) e Agip Petroli (n.º 21).

71. Todavia, podem fornecer-se ao órgão jurisdicional de reenvio algumas indicações gerais no quadro da cooperação jurisdicional que caracteriza o processo prejudicial.

72. Em primeiro lugar, considero que, numa situação como a do processo principal, não se pode entender como um elemento objectivo que caracterize uma vontade de tirar proveito abusivamente do benefício da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83, o simples recurso a dois contratos cruzados através dos quais, por um lado, o operador que explora a estação de serviço, proprietário do terreno, concede ao fornecedor um direito de superfície sobre o terreno, por força do qual este último se torna proprietário das construções e edifícios erigidos no terreno durante um período negociado contratualmente²⁴ e, por outro, o referido fornecedor, após se ter comprometido a construir a estação de serviço de que é proprietário, concede a sua exploração exclusiva ao proprietário do terreno por um período igual ao do arrendamento da estação de serviço. Com efeito, uma vez que o benefício da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 não está sujeito à exigência de o fornecedor ser proprietário do terreno (ou de o operador que explora a estação de serviço não o ser), a simples celebração desses contratos cruzados entre o fornecedor e o operador que explora a estação de serviço, que não se afigura, de resto, ilícita em direito nacional, não se pode considerar, em si, a manifestação de uma vontade de beneficiar abusivamente das disposições do referido artigo.

73. No entanto, em segundo lugar, considero que poderia existir abuso se o exame a que deve proceder o órgão jurisdicional de reenvio o levasse a declarar que as vantagens financeiras e económicas a que se comprometeu contratualmente o fornecedor não foram efectivamente concedidas ou se o preço pago pelas partes não corresponder ao valor de mercado dos activos em causa. A este propósito, deve, a meu ver, ter-se em consideração o facto de, no termo da vigência do acordo de abastecimento exclusivo e da locação da estação de serviço, o fornecedor se comprometer a devolver a propriedade da estação de serviço ao operador que a explora, permitindo também a este último, a prazo e se for caso disso, mudar de fornecedor.

74. Perante os desenvolvimentos expostos, considero que o artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83 deve ser interpretado no sentido de que, entre as suas condições de aplicação, esta disposição não exige que o fornecedor seja proprietário do terreno no qual construiu a expensas suas a estação de serviço que dá em locação ao revendedor, incluindo numa situação em que o fornecedor é proprietário da estação de serviço graças a um direito de superfície concedido pelo revendedor sobre o seu terreno. Incumbe, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, baseando-se em elementos objectivos, se as operações em causa no processo principal foram realizadas no quadro de transacções comerciais normais ou somente, de maneira abusiva, com a finalidade de contornar o prazo máximo de dez anos em princípio aplicável aos acordos de compra exclusiva no âmbito dos acordos relativos a estações de serviço, previsto no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83.

24 — O direito de superfície, enquanto direito real, existe também na ordem jurídica de outros Estados-Membros, como o Reino da Bélgica, a República Italiana e o Grão-Ducado do Luxemburgo.

b) Quanto à interpretação do Regulamento n.º 2790/1999

75. Como foi dito anteriormente, ao adoptar o Regulamento n.º 2790/1999 a Comissão introduziu no artigo 5.º, alínea a), do referido regulamento, entre outras, a condição suplementar segundo a qual o fornecedor deve ser proprietário do ou dos terrenos nos quais a estação de serviço está situada e é explorada pelo comprador, para que as obrigações de não concorrência estipuladas entre as partes possam ser previstas por um prazo superior a cinco anos sem que, todavia, esse prazo ultrapasse o período de ocupação das instalações e dos terrenos pelo comprador. Da leitura da resposta da Comissão à questão escrita colocada pelo Tribunal de Justiça conclui-se que a introdução desta condição suplementar é o resultado das observações apresentadas pelas partes interessadas sobre o Projecto de regulamento relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º CE a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, proposto pela Comissão em 24 de Setembro de 1999²⁵, e parece ter sido motivada pela luta contra certas práticas qualificadas de abusivas, ainda que nenhuma fundamentação neste sentido resulte do texto do referido regulamento²⁶.

25 — JO C 270, p. 7.

26 — No ponto 59 da Comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais, de 13 de Outubro de 2000 (JO C 291, p. 1), a Comissão precisa que a excepção que permite que a obrigação de não concorrência possa ter a mesma duração que o período de ocupação do ponto de venda pelo comprador se explica pelo facto de «que é normalmente pouco razoável esperar que um fornecedor permita que produtos concorrentes sejam vendidos a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor sem a sua autorização. Quaisquer artifícios de propriedade destinados a evitar um prazo máximo de cinco anos não podem beneficiar desta excepção».

76. Não há, portanto, qualquer dúvida de que no quadro do regime de isenções por categoria previsto no Regulamento n.º 2790/1999, o fornecedor, para beneficiar das condições de aplicação do artigo 5.º, alínea a), do referido regulamento, deve não só ser proprietário da estação de serviço como também do terreno no qual essa estação de serviço foi construída.

77. Resulta do artigo 12.º do Regulamento n.º 2790/1999 que as isenções que este último prevê são, em princípio, aplicáveis desde 1 de Junho de 2000. No entanto, o Regulamento n.º 2790/1999 concedeu um período transitório, que terminou em 31 de Dezembro de 2001, para os acordos que preenchessem, designadamente, as condições de isenção previstas no Regulamento n.º 1984/83, sem preencherem as do Regulamento n.º 2790/1999.

78. Pelo que as partes nestes acordos deviam, para poder beneficiar de um período de exclusividade superior a cinco anos como previsto no artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999, dar cumprimento, o mais tardar a partir de 1 de Janeiro de 2002, nomeadamente à condição de o fornecedor ser proprietário dos terrenos no qual a estação de serviço foi construída.

79. Importa salientar que, no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio não refere nenhuma modificação dos contratos

celebrados em 26 de Outubro de 1989, pelo prazo de 20 anos a partir da data da construção da estação de serviço, a fim de cumprirem as condições do artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999.

artigo 5.º, alínea a), do referido regulamento, uma vez que o período de duração restante dos acordos era, de qualquer modo, superior a cinco anos.

80. Além disso, apesar do que a Total parece alegar, afigura-se pouco verosímil, mesmo que isso dependa de uma verificação de direito nacional a realizar pelo juiz *a quo*, que o direito de superfície concedido pela Pedro IV confira à Total não só a propriedade das construções e edifícios erigidos no terreno objecto dessa servidão, mas também a propriedade do próprio terreno²⁷.

82. Em contrapartida, se o órgão jurisdicional de reenvio considerar, após o seu exame de todas as circunstâncias do processo principal, que as partes pretendiam invocar abusivamente as disposições do artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1984/83, as referidas partes não podem beneficiar de nenhum dos dois regimes de isenção por categoria.

81. Por conseguinte, se o órgão jurisdicional de reenvio considerar, face a todos os elementos de direito e de facto do processo principal, que os acordos celebrados, objecto desse processo, beneficiavam do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 1984/83, em especial da aplicação do artigo 12.º, n.º 2, do referido regulamento, esses acordos podiam ser abrangidos por essa isenção até 31 de Dezembro de 2001, ao abrigo do regime transitório previsto no Regulamento n.º 2790/1999, cessando essa prerrogativa a partir de 1 de Janeiro de 2002, em conformidade com as exigências do

83. Se o órgão jurisdicional de reenvio concluir que os acordos em causa no processo principal não podem beneficiar das isenções por categoria em *todo* o seu período de vigência, terá então, como já referi anteriormente, que analisar se esses acordos preenchem todas as condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

27 — Fica excluída a hipótese de o conceito de propriedade referido no artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 poder ser considerado um conceito de direito comunitário, autónomo face ao direito dos Estados-Membros. Com efeito, uma vez que, de acordo com o artigo 222.º do Tratado (actual artigo 295.º CE), o Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros, não se pode conceber que um regulamento comunitário utilize um conceito de propriedade diferente dos que existem nos Estados-Membros. V. também, neste sentido, n.º 7 das conclusões do advogado-geral F. Capotorti no processo que deu origem ao acórdão de 13 de Dezembro de 1979, Hauer (44/79, Recueil, p. 3727), segundo o qual a ordem jurídica comunitária, de modo nenhum introduz uma nova concepção ou regulamentação da propriedade.

84. À luz do exposto, considero que o artigo 5.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999 deve ser interpretado no sentido de que exige designadamente que, para que as obrigações de não concorrência contidas em acordos verticais possam ser estabelecidas por um período superior a cinco anos, o fornecedor dos bens ou dos serviços contratuais seja proprietário das instalações e dos terrenos a partir dos quais o comprador

exerce a sua actividade. Esta exigência é aplicável a partir de 1 de Junho de 2000 ou, se os acordos em vigor em 31 de Maio de 2000 preencherem as condições de isenção fixadas no Regulamento n.º 1984/83, nomeadamente as previstas no artigo 12.º, n.º 2, do referido regulamento, a partir de 1 de Janeiro de 2002. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apurar qual destas duas hipóteses se verifica no processo principal.

3. Quanto à terceira e quarta questões

85. Com a sua terceira e quarta questões, o tribunal procura saber, no essencial, se cláusulas contratuais relativas ao preço de venda dos combustíveis e dos carburantes objecto de um acordo de compra exclusiva, como as que estão em causa no processo principal, são proibidas pelo artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado e não podem beneficiar da aplicação do regime de isenção por categoria previsto no Regulamento n.º 1984/83 e, posteriormente, no Regulamento n.º 2790/1999, pelo facto de essas cláusulas serem susceptíveis de limitar, seja de que maneira for, a liberdade de o revendedor fixar o preço de venda ao público dos produtos em causa.

86. Há que lembrar que o artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado proíbe, designadamente, os acordos entre empresas, que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que consistam em «[f]ixar, de forma directa ou indirecta, os preços de [...] venda [...]».

87. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, entre as restrições à concorrência susceptíveis de beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83 não figura a obrigação, imposta a um operador que explore uma estação de serviço, de vender o carburante ao preço de venda ao público fixado pelo fornecedor²⁸.

88. Quanto ao Regulamento n.º 2790/1999, o seu artigo 4.º, alínea a), prevê que a isenção por categoria não é aplicável a acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em conjugação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou recomendar um preço de venda, desde que estes não sejam equivalentes a um preço de venda fixo ou mínimo em resultado de pressões exercidas por, uma das partes ou de medidas de incitação por ela tomadas.

89. De onde resulta que, como defenderam todas as partes que apresentaram observações escritas no Tribunal de Justiça, quer sob a égide do Regulamento n.º 1984/83 quer do Regulamento n.º 2790/1999, a imposição, pelo fornecedor, de um preço de venda ao público fixo ou mínimo, ou seja, abaixo do qual o distribuidor não pode descer, não pode

28 — Acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, já referido (n.º 64).

beneficiar da aplicação das respectivas disposições dos referidos regulamentos.

90. Em contrapartida, a questão que opõe as partes no litígio no processo principal consiste em saber se, designadamente, face às cláusulas contratuais pertinentes para o processo, a Total impõe ao operador que explora a estação de serviço, de maneira directa ou indirecta, o respeito de um preço fixo de venda ao público.

91. Essa apreciação incumbe indubitavelmente ao órgão jurisdicional de reenvio. No entanto, podem formular-se algumas observações no que respeita ao processo e com o intuito de dar uma resposta útil às questões submetidas.

92. A este propósito, resulta da decisão de reenvio que, nos termos do contrato de exclusividade, a Total se compromete a comunicar ao distribuidor os preços de venda ao público *recomendados* e a garantir a competitividade dos mesmos em função dos preços oferecidos de boa fé por outros concorrentes da região. Como acertadamente afirmaram o Governo espanhol e a Comissão, o operador que explora a estação de serviço não parece, portanto, vinculado à aplicação de um preço fixo ou mínimo imposto pelo fornecedor, mantendo, pelo contrário, a liberdade de praticar preços mais elevados do que os recomendados ou de conceder descontos à sua clientela, diminuindo a sua própria margem, de modo a favorecer a concorrência intramarcas entre distribuidores.

93. Esta apreciação não parece ser posta em causa pelo segundo compromisso tarifário da Total, destacado na decisão de reenvio, nos termos do qual o fornecedor se obriga a fixar o preço do carburante ao operador que explora a estação de serviço fazendo-o beneficiar das condições mais vantajosas que negocia com outros operadores que possam instalar-se em Barcelona, sem que esse preço possa, em caso algum, ser superior à média do preço fixado por outros fornecedores significativos do mercado que operem em Barcelona. Com efeito, esta cláusula diz unicamente respeito ao preço das transacções acordado entre os dois operadores, partes no contrato, e não ao preço de venda ao público.

94. Nas suas observações escritas e na audiência, a Pedro IV insistiu, no entanto, na circunstância de, apesar do teor do estipulado no contrato de exclusividade, a Total fixar, de maneira indirecta, o preço de venda ao público, prática que transforma, de facto, o preço recomendado num preço de venda ao público fixo ou mínimo.

95. Embora seja certo que o recurso a meios indirectos de fixação do preço de venda ao público por parte do fornecedor exclui, de facto, o benefício das isenções por categorias previstas respectivamente nos Regulamentos n.º 1984/83 e n.º 2790/1999²⁹, não é menos verdade que a exactidão da alegação da Pedro IV deve ser verificada pelo juiz *a quo*, o qual não se lhe referiu na decisão de reenvio.

29 — V., a este respeito, artigo 4.º, alínea a), do Regulamento n.º 2790/1999; n.º 47 das Orientações sobre as restrições verticais, de 13 de Outubro de 2000, e n.º 91 das conclusões no processo CEPSA, já referidas.

96. À luz das observações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à terceira e quarta questões no sentido de que, quer sob a égide do Regulamento n.º 1984/83 quer do Regulamento n.º 2790/1999, a imposição, de maneira directa ou indirecta, pelo fornecedor, de um preço de venda ao público fixo ou mínimo, ou seja, abaixo do qual o distribuidor não está autorizado a descer, não pode beneficiar da

aplicação das respectivas disposições de isenção por categoria dos referidos regulamentos. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, face quer às cláusulas contratuais que vinculam as partes no processo principal quer às circunstâncias próprias do litígio, verificar se o fornecedor impõe ao distribuidor, de maneira indirecta, um preço de venda ao público fixo ou mínimo.

V — Conclusão

97. Pelas razões expostas anteriormente, considero que há que responder às questões submetidas pela Audiencia Provincial de Barcelona da seguinte forma:

- «1. O artigo 12.º, n.º 2, 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 deve ser interpretado no sentido de que, entre as suas condições de aplicação, esta disposição não exige que o fornecedor seja proprietário do terreno no qual construiu a expensas suas a estação de serviço que dá em locação ao revendedor, incluindo numa situação em que o fornecedor é proprietário da estação de serviço graças a um direito de superfície concedido pelo revendedor sobre o seu terreno. Incumbe, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, baseando-se em elementos objectivos, se as operações em causa no processo principal foram realizadas no quadro de transacções comerciais normais ou somente, de maneira abusiva, com a finalidade de contornar o prazo máximo de dez anos em princípio aplicável aos acordos de compra exclusiva no âmbito dos acordos relativos a estações de serviço, previsto no artigo 12.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1984/83.

2. O artigo 5.º, alínea a), 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, deve ser interpretado no sentido de que exige designadamente que, para que as obrigações de não concorrência contidas em acordos verticais possam ser estabelecidas por um período superior a cinco anos, o fornecedor dos bens ou dos serviços contratuais seja proprietário das instalações e dos terrenos a partir dos quais o comprador exerce a sua actividade. Esta exigência é aplicável a partir de 1 de Junho de 2000 ou, se os acordos em vigor em 31 de Maio de 2000 preencherem as condições de isenção fixadas no Regulamento n.º 1984/83, nomeadamente as previstas no artigo 12.º, n.º 2, do referido regulamento, a partir de 1 de Janeiro de 2002. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apurar qual destas duas hipóteses se verifica no processo principal.

3. Quer sob a égide do Regulamento n.º 1984/83 quer do Regulamento n.º 2790/1999, a imposição, de maneira directa ou indirecta, pelo fornecedor, de um preço de venda ao público fixo ou mínimo, ou seja, abaixo do qual o distribuidor não está autorizado a descer, não pode beneficiar da aplicação das respectivas disposições de isenção por categoria dos referidos regulamentos. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, face quer às cláusulas contratuais que vinculam as partes no processo principal quer às circunstâncias próprias do litígio, verificar se o fornecedor impõe ao distribuidor, de maneira indirecta, um preço de venda ao público fixo ou mínimo.»