

Processo C-25/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

15 de janeiro de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid (Tribunal de Comércio n.º 2 de Madrid, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

30 de novembro de 2020

Recorrentes:

ZA

AZ

BX

CV

DU

ET

Recorrido:

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.

Objeto do processo principal

Pedido de declaração de nulidade, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 2, TFUE, de um acordo de fornecimento exclusivo de combustíveis e carburantes a uma estação de serviço detida pelos demandantes, constante de diversos contratos ligados entre si, em razão da violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, e de indemnização dos danos causados.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

«Pedido de decisão prejudicial de interpretação — Artigo 267.º TFUE — Concorrência — Artigo 101.º, n.ºs 1 e 2, TFUE — Regulamento (CE) n.º 1/2003 — Artigo 2.º — Ação de indemnização — Ação de declaração de nulidade — Meios de prova — Ónus da prova — Jurisprudência nacional que, nas ações de declaração de nulidade, não considera prova irrefutável de uma infração as decisões definitivas da autoridade nacional da concorrência»

Questões prejudiciais

- 1) Se o demandante demonstrar que a sua relação contratual de fornecimento exclusivo sob insígnia (em regime de comissão ou de venda firme com preço de referência – revenda com desconto) com a REPSOL cabe no âmbito territorial e temporal analisado pela autoridade nacional da concorrência, **deve entender-se que a relação contratual era abrangida pela Decisão do Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal de Defesa da Concorrência, Espanha) de 11 de julho de 2001 (processo n.º 490/00 REPSOL) e/ou pela Decisão da Comisión Nacional de la Competencia (Comissão Nacional da Concorrência, Espanha) de 30 de julho de 2009 (processo n.º 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), considerando-se preenchidos, por força dessas decisões, os requisitos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, no que diz respeito ao ónus da prova da infração?**
- 2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, e uma vez demonstrado no caso concreto que a relação contratual é abrangida pela Decisão do Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal de Defesa da Concorrência) de 11 de julho de 2001 (processo n.º 490/00 REPSOL) e/ou pela Decisão da Comisión Nacional de la Competencia (Comissão Nacional da Concorrência) de 30 de julho de 2009 (processo n.º 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), **deve a consequência necessária ser a declaração de nulidade do acordo, em conformidade com o artigo 101.º, n.º 2, TFUE?**

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 101.º, n.ºs 1 e 2, TFUE

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: em especial, considerandos 5 e 22 e artigo 2.º

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos

Estados-Membros e da União Europeia: em especial, considerandos 3, 4, 11, 14 e 34 e, implicitamente, artigo 9.º

Disposições de direito nacional invocadas

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [Lei n.º 16/1989, de 17 de julho, de Defesa da Concorrência] (a seguir «LDC de 1989»): artigo 1.º, n.º 1

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia [Lei n.º 15/2007, de 17 de julho, de Defesa da Concorrência] (presumivelmente na sua versão de 2017; a seguir «LDC de 2007»): artigo 75.º, n.º 1

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

Observação prévia

- 1 O órgão jurisdicional de reenvio apresentou um pedido de decisão prejudicial no âmbito do mesmo processo principal em 2019. Por Despacho do Tribunal de Justiça de 28 de outubro de 2020, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (C-716/19, não publicado, EU:C:2020:870), esse pedido foi julgado inadmissível, com o fundamento, no essencial, de que as condições do artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça não estavam preenchidas. O presente reenvio prejudicial destina-se a preencher essas condições.

Liberalização do setor petrolífero

- 2 Em 1927 foi criado em Espanha o Monopolio de Petróleos del Estado (Monopólio de Petróleos do Estado), cuja administração foi confiada à Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S. A. (CAMPSA).
- 3 No âmbito deste monopólio foi instituído, em 1970, um sistema de concessões do Estado para a venda a retalho de produtos petrolíferos por intermédio de estações de serviço, igualmente administrado pela CAMPSA.
- 4 Antecipando a adesão da Espanha à Comunidade Económica Europeia (CEE) e a liberalização do setor petrolífero, em 1984 as empresas nacionais de refinação (incluindo a demandada, REPSOL) foram autorizadas a participar na estrutura acionista da CAMPSA. Desta forma, as empresas de refinação colocaram-se numa situação privilegiada e começaram a preparar-se para a liberalização do mercado promovendo entre os então concessionários de estações de serviço a assinatura de documentos de adesão às suas respetivas redes.
- 5 Em 1991, os ativos comerciais da CAMPSA foram segmentados, com a aprovação da Comissão Europeia, em benefício de diversas filiais das empresas de refinação, as quais assumiram os direitos e obrigações da CAMPSA resultantes

dos contratos celebrados por esta última com os proprietários das estações de serviço.

- 6 Em 1993 terminou o processo de liberalização: foi declarada a extinção do monopólio do Estado e a liberalização total das atividades do setor. Para os concessionários, a extinção do monopólio implicou a extinção dos direitos e obrigações decorrentes das concessões.

Contratos controvertidos

- 7 Ao longo e depois do referido processo de liberalização, KN assinou com a demandada, a REPSOL, quatro contratos (em 1987, 1996, 1997 e 2001) de fornecimento exclusivo de combustíveis e carburantes na estação de serviço de que KN era proprietário, na Galiza. Posteriormente, os demandantes, herdeiros de KN, assinaram dois contratos análogos com a REPSOL (em 2006 e 2009, este último por um período de cinco anos).
- 8 Embora os [três] primeiros contratos fossem qualificados de contratos de revenda ou de venda firme (dado que, uma vez entregue o produto, este era propriedade de KN, que assumia o risco dos produtos fornecidos), previam que o proprietário da estação de serviço receberia uma remuneração sob a forma de comissão. Em especial, no segundo contrato, a REPSOL comprometia-se a comunicar um preço de venda ao público (PVP) «recomendado», que coincidiria com o PVP recomendado às estações de serviço que apresentassem as mesmas características na mesma área geográfica. O preço a pagar por KN à REPSOL pelo produto era o resultante da aplicação de um desconto ao PVP «recomendado». Em suma, nos primeiros contratos celebrados entre as partes, o regime económico do contrato de revenda foi transformado numa comissão, sem nenhuma alteração além da relativa à remuneração do proprietário.
- 9 Nos três contratos seguintes, já denominados «de comissão», o regime económico era apenas de «alegada» comissão, uma vez que o comissionista assumia o risco do produto e devia pagar antecipadamente o valor dos produtos encomendados (PVP fixado pela REPSOL subtraído da comissão relativa à totalidade dos litros fornecidos), independentemente do momento da sua venda efetiva ao consumidor. Além disso, sendo o comissionista proprietário das instalações, a manutenção e reposição destas era da sua responsabilidade. Em todos os contratos, a faculdade de o comissionista proceder a descontos sobre a sua comissão era formalmente reconhecida, mas o montante a pagar pelos produtos à REPSOL era calculado subtraindo a comissão ao PVP fixado pela REPSOL.

Processos administrativos e judiciais em matéria de concorrência

- 10 A celebração de contratos com estações de serviço na sequência da liberalização do setor deu lugar a diversos procedimentos. Em abril de 1999, foi apresentada no Servicio de Defensa de la Competencia (Serviço de Proteção da Concorrência; SDC) uma carta de uma associação andaluza de proprietários de estações de

serviço, denunciando a REPSOL e a CEPSA (outra empresa de refinação) por violação das normas nacionais e comunitárias de defesa da concorrência. No que diz respeito à REPSOL, esta denúncia foi decidida por Decisão do Tribunal de Defesa de la Competencia (Tribunal de Defesa da Concorrência, Espanha; TDC) de 11 de julho de 2001 (processo n.º 490/00 REPSOL).

- 11 Nessa decisão, o TDC declarou que a REPSOL tinha incorrido numa prática proibida pelo artigo 1.º, n.º 1, da LDC de 1989, ao fixar os PVP dos combustíveis aos distribuidores que com ela atuavam sob alegado regime de comissão ou de agência e ordenou à REPSOL que cessasse a fixação dos preços nas relações com as estações de serviço com as quais estava vinculada por contratos com características semelhantes.
- 12 Esta decisão foi objeto de recurso por parte da REPSOL na Audiencia Nacional (Audiência Nacional, Espanha; recurso n.º 866/01), que, em 11 de julho de 2007, negou provimento ao mesmo. A REPSOL A Repsol interpôs recurso no Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha; recurso n.º 6188/2007), que decidiu no mesmo sentido de não provimento, em 17 de novembro de 2010.
- 13 Enquanto os recursos judiciais decorriam, em novembro de 2001 a REPSOL enviou uma comunicação a todos os «alegados» comissionistas da sua rede, incluindo os demandantes, manifestando a sua intenção de cumprir as imposições constantes da Decisão do TDC de 2001 e reconhecendo formalmente aos distribuidores-comissionistas da sua rede a possibilidade de procederem a descontos dedutíveis na sua comissão. Por decisão de 2006, o TDC considerou que, com o envio desta comunicação, estavam cumpridas as imposições contidas na sua decisão de 2001, mas chamou a atenção para o facto de o SDC estar a realizar um inquérito a fim de verificar se as adaptações anunciadas pela REPSOL tinham realmente sido efetuadas. Nesse inquérito, foi confirmado que a demandada continuava a violar as regras de defesa da concorrência nacionais e comunitárias.
- 14 Consequentemente, por Decisão de 30 de julho de 2009, a Comisión Nacional de Competencia (Comissão Nacional da Concorrência; CNC) [atualmente Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, (Comissão Nacional dos Mercados e da Concorrência), CNMC], aplicou à REPSOL, bem como à CEPSA e à BP OIL ESPAÑA (também investigadas) uma coima, por «ter fixado indiretamente aos empresários independentes que operam sob a sua marca, o preço de venda ao público restringindo a concorrência entre as estações de serviço da sua rede e entre as restantes estações de serviço», e exigiu-lhe a cessação das práticas denunciadas.
- 15 A Decisão da CNC, de 30 de julho de 2009, foi confirmada judicialmente, sendo, por conseguinte, definitiva.
- 16 No processo de supervisão posterior, a CNMC proferiu três decisões [de 20 de dezembro de 2013, que se tornou definitiva após ter sido confirmada em fevereiro

de 2020 pela Sala Tercera del Tribunal Supremo (Terceira Secção do Supremo Tribunal, Espanha); de 27 de julho de 2017 e de 12 de junho de 2020]. Resulta destas decisões que a REPSOL prosseguiu a prática ilegal durante mais de 10 anos.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 17 Os demandantes intentam uma ação de nulidade dos contratos ligados entre si celebrados entre as partes, com pedido de indemnização dos danos causados, devido à fixação, direta ou indiretamente, pela REPSOL, do PVP dos combustíveis e dos carburantes fornecidos de modo exclusivo na estação de serviço de que são proprietários, ou seja, por violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. A título de prova da prática ilícita apresentam decisões definitivas da autoridade nacional da concorrência (Decisão do TDC de 2001 e Decisão da CNC de 2009; a seguir, conjuntamente, «decisões em causa»).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 18 Está em causa a determinação do valor probatório que o Regulamento n.º 1/2003 atribui aos factos declarados provados numa decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência de um Estado-Membro da União Europeia, no âmbito de um processo em aplicação do artigo 101.º TFUE.
- 19 Como se referiu, para exigir a nulidade dos contratos celebrados com a REPSOL, os demandantes apresentam como prova do comportamento ilícito desta última as decisões em causa, que foram confirmadas judicialmente e são definitivas. Ora, essas decisões foram proferidas no âmbito de um procedimento administrativo em que os contratos concretos dos demandantes não foram objeto de análise.
- 20 Nos termos do artigo 2.º («Ónus da prova») do Regulamento n.º 1/2003, em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação do artigo 101.º TFUE, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 101.º TFUE incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. Esta mesma ideia é enunciada no considerando 5 deste regulamento.
- 21 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, por força do Regulamento n.º 1/2003, é claro que o ónus da prova de uma prática ilegal em matéria de concorrência incumbe ao autor. Contudo, interroga-se sobre a questão de saber se é possível que essa obrigação probatória seja respeitada se se demonstrar que a relação contratual em causa é abrangida pelo âmbito subjetivo de decisões definitivas da autoridade nacional da concorrência.
- 22 A este respeito, indica que a Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (28.ª Secção da Audiência Provincial, Madrid, Espanha; AP de Madrid), no Acórdão n.º 381/2020, de 17 de julho de 2020, proferido em sede de recurso no âmbito de um processo análogo ao presente litúgio, não confere nenhum valor

probatório às decisões da autoridade nacional da concorrência. Nesse acórdão, a AP de Madrid salienta que incumbe ao demandante demonstrar a existência e as circunstâncias dos acordos convencionados ou das formas de pressão, diretas ou indiretas, que a petrolífera demandada pode ter exercido sobre o demandante. A AP de Madrid considera que, no âmbito de um processo cível, quando se pretende obter a declaração de nulidade de uma relação contratual individual, não basta apresentar conclusões gerais sobre o funcionamento de uma rede comercial que pode ser extraída do processo administrativo, sendo necessário realizar uma análise individual da relação contratual controvertida e demonstrar que foi precisamente o proprietário da estação de serviço demandante, e não outro sujeito, que foi lesado por uma prática de fixação de preços. A AP de Madrid considera que os processos administrativos da CNC, mesmo quando posteriormente confirmados pelos tribunais contenciosos administrativos, não têm de implicar a nulidade civil automática de todos os contratos de fornecimento exclusivo sob insígnia celebrados pelos operadores petrolíferos a eles sujeitos. Se assim não fosse, a AP de Madrid entende que se daria o absurdo de se considerar que as decisões administrativas — por exemplo as decisões em causa — são suscetíveis de implicar inelutavelmente a nulidade de milhares de contratos de fornecimento celebrados pelos diferentes operadores petrolíferos, abstraindo-se da relação concreta decorrente de cada contrato. A AP de Madrid conclui sublinhando que, nas ações cíveis como as que lhe foram submetidas, são intentadas ações de declaração de nulidade (*stand alone*) e não ações de indemnização por violação das regras comunitárias de defesa da concorrência (*follow on*), nas quais se trata apenas de indemnizar o lesado da infração já declarada pelos órgãos de fiscalização da livre concorrência.

- 23 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, para a AP de Madrid, não basta que se demonstre que a estação de serviço em causa está abrangida pelo âmbito subjetivo de uma decisão da autoridade nacional da concorrência, sendo necessário que, perante o juiz cível, as provas que constituíram a instrução do processo administrativo concreto sejam reproduzidas em cada caso. Assim, as decisões da autoridade nacional da concorrência, não obstante a sua confirmação judicial, nem sequer constituem, para o juiz cível, um indício da prática ilícita, apesar do facto de os processos encerrados pelas decisões em causa estabelecerem a relativamente a todas as presumíveis estações «comissionistas» da rede de insígnia da REPSOL.
- 24 O órgão jurisdicional de reenvio indica que esta problemática parece estar resolvida em relação às ações de indemnização, uma vez que, por força da Diretiva 2014/104, conforme transposta para o artigo 75.º, n.º 1, da LDC de 2007, «uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade espanhola da concorrência ou por um tribunal de recurso espanhol considerar-se-á irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos tribunais espanhóis».
- 25 Embora o órgão jurisdicional de reenvio reconheça que, no âmbito do presente processo, não é intentada uma simples ação de indemnização, mas sim uma ação

de declaração da nulidade dos contratos nos termos do artigo 101.º, n.º 2, TFUE, entende que a contestação do valor probatório das decisões definitivas da autoridade nacional da concorrência tem uma dupla consequência: a manutenção de acordos que violam o artigo 101.º TFUE e a não reparação do dano sofrido pelo lesado resultante da prática proibida, com o conseqüente enriquecimento sem causa do infrator.

- 26 Por conseguinte, tem dúvidas quanto à questão de saber se o rigor probatório aplicado pela AP de Madrid no âmbito das ações de declaração de nulidade está em conformidade com o direito da União. Não contesta que é necessário preencher a condição relativa ao ónus da prova prevista no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, mas interroga-se sobre a questão de saber se se pode considerar que esta condição está preenchida no caso de se demonstrar que o contrato em causa corresponde às práticas punidas e à tipologia dos contratos em causa (fornecimento exclusivo sob insígnia) de uma das empresas punidas (REPSOL) durante o período abrangido pelas decisões (anos de 1999 a 2019) e no âmbito territorial em que ocorreu a infração (Espanha). Uma interpretação rigorosa dessa disposição resultaria numa espécie de prova diabólica impossível de realizar.
- 27 O órgão jurisdicional de reenvio recorda o efeito direto do artigo 101.º TFUE e defende uma aplicação, também às ações de declaração de nulidade, dos princípios da efetividade e da equivalência, segundo a exposição feita nos considerandos da Diretiva 2014/104.
- 28 O órgão jurisdicional de reenvio conclui indicando que não constitui a última instância, mas que a AP de Madrid, que reexaminará a sua sentença em segunda instância, pode sê-lo na prática, tendo em conta o caráter extraordinário do recurso de cassação, e das sucessivas inadmissibilidades que estão a ser decididas pela Sala Primera del Tribunal Supremo (Primeira Secção do Supremo Tribunal, Espanha) no âmbito da revisão dos acórdãos de recurso relativos à fixação do PVP e do valor que, no direito espanhol, devem ter as decisões da autoridade nacional da concorrência.