

RCO nº 419/00

S. 2.ª R

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

419/00
419/00 e *419/00* de *16.12.02*
16.12.02

1. Relatório

Centralcer – Central de Cervejas, SA, pessoa colectiva nº 500 825 815, com sede na Av. Almirante Reis, nº 115, S. Jorge de Arroios, Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o nº 1631;

Interpôs recurso da decisão do Conselho da Concorrência que lhe aplicou uma coima de Esc: 60 000 000\$00, no âmbito do processo de contra-ordenação nº 3.98 pela prática de duas contra-ordenações previstas e punidas pelo art. 2º nº1, al. c) do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10 e das contra-ordenações previstas e punidas nas alíneas b), c), d) e f) do nº1 do art. 2º do mesmo diploma.

A referida decisão fundamenta-se em a arguida, mediante os contratos por si celebrados com os distribuidores dos seus produtos, proibir estes de comercializar livremente produtos concorrentes, obrigar os mesmos a utilizar viaturas de modelo, design e cores aprovadas por si, bem como a vestir os seus funcionários com fardamento de modelo estabelecido por si, bem como recomendar aos seus distribuidores preços de venda a retalho e atribuir aos mesmos abonos de frete, restringindo a concorrência.

Mais é imputada à arguida a prática da contra-ordenação prevista e punida pelo art. 4º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10 por fixar em suas relações contratuais com distribuidores exclusivos uma reserva relativa às cadeias alimentares sem precisar quais os clientes abrangidos por esta ressalva dentro da cada área concessionada, tendo o Conselho da

Inconformada com a decisão, a arguida interpôs o presente recurso alegando, em síntese:

O art. 2º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10 apenas proíbe contratos entre duas ou mais empresas.

A cláusula considerada como prevendo a obrigação de não concorrência não a impõe, efectivamente, não tendo o Conselho da Concorrência fundamentado interpretação diversa.

O Conselho da Concorrência não ponderou o peso e crescimento dos contratos de consórcio.

Os contratos de concessão foram outorgados por quem não tinha poderes legais ou contratuais para vincular a sociedade.

Nunca executou qualquer obrigação de não concorrência ou cessou relações comerciais com qualquer distribuidor por violação da mesma.

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

A mera celebração dos contratos não é censurável a título de contra-ordenação.

O mercado relevante é o dos serviços da distribuição e não o mercado dos produtos da cerveja, e, mesmo assim se não entendesse, o mercado incluiria outras bebidas e compreenderia o espaço ibérico.

A cláusula que prevê a utilização de viaturas de modelo e design pré-estabelecidos e fardamento não impede os distribuidores de desenvolverem a sua própria imagem empresarial.

O Conselho da Concorrência não demonstrou que a arguida praticasse comportamentos tendentes à uniformização de preços de venda a retalho.

A decisão põe à arguida uma alternativa sempre violadora.

Não violou qualquer decisão anterior, nem concedeu abonos de frete em momento posterior à decisão de 1996.

O Conselho da Concorrência não determinou qual a coima concretamente aplicável a cada uma das infrações ao art. 2º nº1 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, violando o Decreto Lei nº 433/82.

Conclui pedindo a procedência do recurso.

*

Por despacho judicial proferido a fls. 910 e ss. foi declarado extinto, por prescrição, o procedimento contra-ordenacional e determinado o arquivamento dos autos.

O Ministério Público recorreu, pedindo a revogação do despacho recorrido e, por douto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/05/01, foi dado parcial provimento ao recurso substituindo o despacho recorrido por outro determinando o prosseguimento dos autos para

Decreto Lei nº 371/93 e declarando inválido e ineficaz o parágrafo 6º da decisão administrativa (imputando à arguida a violação do art. 4º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10) por violação do princípio da legalidade previsto no art. 2º do Regime Geral das Contra-Ordenações.

*

Notificados para o efeito o Ministério Público e a arguida, não foi deduzida oposição à decisão dos autos por despacho, nos termos do art. 64º nº2 do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10.

*

Foi ainda notificado o Conselho da Concorrência para vir esclarecer se havia decidido recentemente processo de contra-ordenação relativo à Unicer, tendo este informado positivamente.

*

O tribunal é competente.

*

RCO nº 419/00

S. R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Aléga a arguida que a aplicação pelo Conselho da Concorrência de coima de Esc: 60 000 000\$00 sem que tenha sido efectuada a determinação da coima concretamente aplicável a cada uma das infracções imputadas viola directamente o disposto no art. 19º do Decreto-Lei nº 433/82 de 27/10 e ainda o dever geral de fundamentação dos actos da Administração e o princípio da legalidade, o que classifica de ilegalidades.

Há que analisar se se trata de arguição de nulidade, questão prévia ou prejudicial à apreciação do mérito da causa.

O regime geral das contra-ordenações está definido no Decreto-Lei nº 433/82 de 27 de Outubro, pelo Decreto-Lei nº 244/95 de 14 de Setembro. Subsidiariamente, aplicam-se às contra-ordenações as normas do Direito Penal substantivo e as normas do Direito Processual Penal (arts. 32º e 41º do Decreto-Lei nº 433/82).

Por força do disposto no art. 118º do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* art. 41º nº1 do Decreto-Lei nº 433/82, vigora em processo de contra-ordenações, tal como em processo penal, o princípio da tipicidade das nulidades - a violação de uma norma só é geradora de nulidade (sanável ou insanável) se expressamente cominada na lei.

A matéria em causa, determinação da medida da coima - de cada uma das infracções e da coima única - é matéria prevista nos arts. 18º e 19º do Decreto-Lei nº 433/82 de 27/10.

Trata-se obviamente de matéria a ser apreciada em sede de mérito da causa por várias ordens de razões:

- a fundamentação da medida da coima não faz parte das exigências do art. 58º do Decreto-Lei nº 433/82, conclusão que se extrai do facto de a referência à indicação das normas segundo as quais se pune, não estando contida nessa alínea a coima (prevista na alínea d). Ou seja, há que fundamentar o porquê da aplicação das normas imputadas, mas não já o montante da coima e/ou as sanções acessórias;

- os arts. 18º e 19º estabelecem quais os critérios a atender para determinar a medida da coima, individualmente e em cúmulo jurídico, mas a preterição de um ou outro critérios ou da sua enunciação não transforma a decisão numa decisão nula. A falta de observância do disposto nos arts. 18º e 19º não é cominada com a nulidade, razão pela qual, atento o princípio da tipicidade (art. 118º, Código de Processo Penal, *ex vi* art. 41º nº 1. do Decreto-Lei nº 433/82), não pode ser vista como tal;

- finalmente equivalendo a remessa dos autos ao juiz, nos termos do disposto no art. 62º nº1 do Decreto-Lei nº 433/82, à acusação, tal implica que, estando a decisão administrativa sujeita a impugnação judicial, entrados nesta fase, a decisão vale como acusação e o recurso de impugnação como

RGO nº 419/00

S. R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

contestação, tendo o juiz que (ao contrário do que sucederia num recurso de mera legalidade), que apreciar o feito e concluindo pela aplicação de uma coima, fundamentar a decisão, quanto aos factos, ao direito e à medida da sanção, mesmo em caso de decisão por mero despacho - cfr. art. 64º nº4 do Decreto-Lei nº 433/82 - por sentença sujeita ao regime previsto no art. 376º do Código de Processo Penal.

Inexiste assim qualquer nulidade ou mesmo qualquer irregularidade na apontada omissão de fundamentação da medida da coima, que, sendo o caso, será ponderada na presente decisão final.

*

Inexistem questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

*

2. Fundamentação

2.1. Matéria de facto provada

Com relevância para a decisão da causa mostram-se assentes os seguintes factos:

2.1.1. Centralcer - Central de Cervejas, SA, pessoa colectiva nº 500 825 815, com sede na Av. Almirante Reis, nº 115, Arroios, em Lisboa, encontra-se matriculada na Conservatória de Registo Comercial de Lisboa sob o nº 1651.

2.1.2. Tem por objecto social a produção e comercialização de maiz, cerveja, refrigerantes, águas minerais e de mesa e outros produtos alimentares.

2.1.3. Tem o capital social de Esc: 9 500 000 000\$00, representado por ... podendo revestir a forma escritural.

2.1.4. A 31 de Dezembro de 1995, eram as maiores accionistas da arguida a Parcer - Sociedade Gestora de Participações Sociais, Lda, detendo 19,986% do capital social, a Centralcontrol, SGPS, SA, com 18,201% do capital social, a Cerpar, SGPS, SA com 25,004 % do capital social, a Bayper - Gestão e Investimentos, SA, com 18,179% do capital social e Bavária, SA com 11,012% do capital social.

2.1.5. Em 31 de Dezembro de 1995 a arguida detinha as seguintes participações sociais nas empresas:

- Adegas Camilo Alves, SA - 80,67%;
- Arcorel - Ag. Reun. Com. e Represent., Lda - 5,20%;
- Bioeid - Imp. Inv. Dês. Biotecnologia, SA - 2,08%;
- Ceris - Soc. Caboverdiana de Cerveja e Refrig., SARI - 9%;
- Cerliz - União Distrib. de Cerve. do Centro, Lda - 10%;
- Cervinhal - Dist. Cerv. e Vinhos de Viseu, Lda - 22,44%;

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- Cervisul - Soc. Dist. Cerv. e Vinhos do Sul, Lda - 99%;
- Cicer - Com. Ind. Cerv. Refrig. da Guiné-bissau, Lda - 30,83%;
- Companhia Iniciativas Económicas Ultramarinas, S.A.R.L. - 2,66%;
- Discer - Distribuidora Comercial da Estremadura, Lda - 85,76%;
- Empresa de Cervejas da Madeira, Lda - 30%;
- Liogal - Liofilização Portuguesa, S.A.R.L. - 12,5%;
- Plásticos Sintes, S.A. - 13,83%;
- Portuceres - Indústrias Hoteleiras, Lda - 48%;
- Quinta do Grajal, Lda - 99%;
- Refricel - Soc. Distrib. de bebidas de Portalegre, S.A. - 90%;
- Refrigerantes Associados de Portalegre, Lda - 54%;
- Revendedora de Águas, Lda - 80%;
- Sociedade de Água do Luso, S.A. - 52,90%;
- Socaju - Soc. Mista, Fom. Cajueiro da Guiné-bissau, Lda - 45%;
- Sonefe - Soc. Nac. Est. Financ. Imp. Ultramar, S.A.R.L. - 0,04%;
- Unacel - União de Agentes Comerciais, Lda - 53,45%;
- Uniturismo - União Turística Intercontinental, S.A. - 0,42%.

2.1.6. Entre 1994 e 1996, a taxa média anual de utilização da capacidade instalada de produção de cerveja da arguida foi, respectivamente, de 45%, 47% e 47%.

2.1.7. Entre 1986 e 1996 a arguida celebrou cento e sessenta e três contratos de distribuição exclusiva com distribuidores dos distritos de Aveiro, Beja, Braga, Bragança, Castelo Branco, Coimbra, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Lisboa, Portalegre, Porto, Santarém, Setúbal, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu.

alterações contratuais, até 1996, foram celebrados contratos com o seguinte clausulado:

1º

1. Pelo presente contrato a Centralcer confere ao distribuidor um direito, não em exclusivo, de comprar bebidas e de se identificar, no local aprovado pela Centralcer, como um concessionário autorizado de distribuição, comercialização e assistência após venda das bebidas indicadas em Anexo I (Cervejas, branca e preta, comercializada sob as marcas comerciais Sagres, Europa, Golden Beer, Jansen Light, Jansen sem Álcool, Topázio, Ónix e Cergal; Refrigerantes com e sem gás, de sumos de frutos e de extractos, comercializados sob as marcas comerciais Joi e Star; Águas mineral-medicinais e de mesa, com e sem gás comercializadas sob as marcas comerciais Luso e Cruzeiro).
2. O distribuidor aceita os direitos conferidos pela Centralcer e concorda em:

RCO nº 419/00



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

- a) Distribuir e comercializar efectivamente as bebidas, prestando a assistência após venda que se mostrar necessária, conveniente e adequada;
- b) Estabelecer e manter instalações de armazenagem dimensionadas e equipadas de acordo com as necessidades;
- c) Organizar e manter um conjunto de meios humanos e materiais em quantidade e de qualidade suficiente para o arranque da concessão e seu reforço de acordo com o desenvolvimento do negócio.

3. (...).

4. (...).

2º

1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. (...).

3º

1. Atentos os diversos factores que afectam a disponibilidade de bebidas, designadamente a disponibilidade de matérias primas, material de embalagem e rotulagem, a capacidade de produção, a variação da procura pelos consumidores, as condições de transporte e o tempo, a Centralcer reservá-se o direito de aceitar encomendas e fornecer bebidas e o seu julgamento nestas matérias será decisivo.
2. A Centralcer poderá cessar o fabrico ou comercialização de qualquer uma das bebidas ou alterar as características ou especificações de qualquer uma delas ou de todas, sem aviso prévio, e tal ou tais factos não a farão incorrer em responsabilidade nem serão fonte de quaisquer obrigações para com o distribuidor ou cliente.
3. A Centralcer não será responsável por qualquer demora ou falta de entrega das bebidas quando essa demora ou falta for causada, no todo ou em parte, directa ou indirectamente por:
 - a) greve ou perturbação laboral nas instalações industriais da Centralcer ou dos seus fornecedores;
 - b) escassez ou redução de equipamentos, matérias-primas, transportes ou mão-de-obra ou, bem assim qualquer escassez ou dano nas instalações de produção;
 - c) actos governamentais, incluindo promulgação de leis, regulamentos, decisões judiciais ou administrativas;
 - d) qualquer outra causa fora do controle directo da Centralcer, incluindo variação considerável da procura das bebidas.

4º

1. Os preços, encargos, descontos e outras condições de venda aplicáveis a compras de bebidas pelo distribuidor serão as constantes da tabela de preços e condições de venda em cada momento.

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

8

praticada pela Centralcer, sendo que a tabela em vigor à data da celebração do contrato constituirá Anexo IV ao mesmo.

2. O Anexo IV poderá ser alterado pela Centralcer a qualquer momento, mediante comunicação por escrito ao distribuidor remetendo-lhe o novo anexo que prevalecerá e terá aplicação imediata.
3. Os pagamentos pelo distribuidor serão feitos até ao dia 27 do mês, para os carregamentos efectuados de 1 a 15 desse mesmo mês e até ao dia 12 do mês seguinte, para os carregamentos efectuados de 16 ao final do mês anterior.
4. Para garantia do pontual pagamento de todas as importâncias que seja ou venha a ser devedor à Centralcer, o distribuidor entregará na data da assinatura do presente contrato uma garantia bancária no montante a definir pela Centralcer, pela qual a entidade financeira garante se obrigue, como devedor e principal pagador e renunciando ao benefício da prévia excussão, a pagar à Centralcer, à primeira interpelação desta e sem discutir razões para o não fazer, todas as quantias que esta lhe solicitar.

5º

1. A Centralcer reserva o direito de definir os locais de produção das bebidas e entrega ao distribuidor.
2. Os preços a que se alude na cláusula anterior entendem-se como válidos para mercadoria entregue nos locais de entrega em cada caso definidos pela Centralcer.
3. Qualquer que seja o meio de transporte utilizado e o local de entrega das bebidas, fica desde já entendido, e expressamente aceite pelo distribuidor, que todos os riscos susceptíveis de ocorrerem ao produto se transferem para o distribuidor no momento do seu carregamento nas instalações da Centralcer.

6º

1. (...).
2. (...).
3. (...).

7º

1. (...).
2. (...).
3. (...).
4. (...).

8º

1. É da responsabilidade da Centralcer estabelecer uma rede eficiente de concessionários de distribuição, comercialização e assistência após venda de bebidas que corresponda às necessidades de consumo dos clientes actuais e potenciais.
2. Consequentemente, a Centralcer terá o poder discricionário exclusivo de determinação do número, dimensões e locais da concessão que serão necessários e convenientes para essa rede e as circunstâncias em que serão feitas alterações nesse número, dimensões e locais.

9º

MCM - LMA

RCO nº 419/00

S. P. R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

1. As actividades do distribuidor serão conduzidas a partir das suas instalações sitas em (indicação da localização geográfica) e a área da sua principal responsabilidade na distribuição, comercialização e assistência após venda das bebidas é do(s) concelho(s) de (indicação do concelho ou concelhos).
2. O distribuidor reconhece e aceita expressamente que outros distribuidores ou outros agentes económicos ou a própria Centralcer poderão ter uma responsabilidade idêntica ou semelhante à sua em toda ou em parte dessa área e relativamente a qualquer cliente ou tipo de cliente.
3. O distribuidor conduzirá as suas actividades emergentes do contrato unicamente a partir do local ou locais aprovados pela Centralcer para esse fim e não estabelecerá, directa ou indirectamente, sucursais, agências, armazéns ou outras instalações ou formas de representação para a condução de tais actividades fora do local aprovado.

10º

1. As instalações a que se alude no nº1 da cláusula anterior deverão harmonizar-se com as orientações definidas pela Centralcer com base nas perspectivas de planeamento e expansão, por ela estabelecidas e revistas periodicamente, para o distribuidor, por forma a que este possa executar ou conduzir eficientemente as suas actividades.
2. Designadamente, as mencionadas instalações deverão:
 - a) ter condições ambientais e de armazenagem que garantam o bom condicionamento e conservação das bebidas;
 - b) possuir adequadas condições de acesso, circulação e movimentação;
 - c) ter e ser mantidas em boas condições de higiene e limpeza;
 - d) apresentar publicidade às marcas sob que são comercializadas as bebidas, de acordo com os padrões definidos pela

11º

1. O distribuidor é responsável por:
 - a) activa e eficientemente, distribuir e comercializar as bebidas na área indicada no nº1 da cl. 9ª supra, por forma a prover às necessidades de consumo, a que não se verifiquem faltas de entrega oportuna dos produtos pedidos e a que seja assegurada a todos os clientes actuais e potenciais um regular e diligente abastecimento;
 - b) promover activa e eficientemente a compra das bebidas por forma a que as suas vendas aumentem progressivamente.
2. Para tanto o distribuidor obriga-se a:
 - a) manter uma equipa de vendas adequada e de pessoal experimentado, o qual se apresentará condignamente e fardado de acordo com os padrões a definir pela Centralcer;
 - b) dispor de viaturas de distribuição em número e de qualidade adequadas à sua actividade e decoradas com publicidade às marcas sob que são comercializadas as bebidas, de acordo com os padrões a definir pela Centralcer;

S

Vinc. 2 - 4311

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

8

- c) cumprir rotas de venda previamente estudadas e aprovadas pela Centralcer e perfeitamente adaptadas à especificidade dos produtos e da área em que é desenvolvida a actividade e às flutuações sazonais da procura das bebidas;
 - d) dotar a sua actividade dos meios técnicos e humanos necessários para uma correcta gestão administrativa e financeira e do apoio às vendas, observando rigorosamente os dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à sua actividade;
 - e) prestar aos clientes toda a assistência após venda que se revelar necessária;
 - f) retornar prontamente à Centralcer, em adequadas condições de reutilização, todo o vasilhame após o consumo, e providenciar junto dos clientes para que lho devolvam sem delongas;
 - g) manter em armazém as quantidades de bebidas necessárias ao abastecimento regular do mercado durante um período de 3 (três) dias;
 - h) colaborar nas acções de marketing definidas pela Centralcer e nos precisos termos em que esta lho solicitar;
3. O distribuidor obriga-se, ainda, a não vender bebidas a qualquer redistribuidor, revendedor ou agente, salvo prévia autorização por escrito, da Centralcer.

12º

- 1. A Centralcer é proprietária, ou está devidamente habilitada a usá-las, das marcas registadas sob que são comercializadas as bebidas (de ora em diante colectivamente designadas por marcas), bem assim como de todos os modelos, desenhos, símbolos e outros elementos figurativos e de suporte publicitário usados em ligação com tais marcas;
- 2. O distribuidor reconhece que os compradores e consumidores das bebidas fornecidas pelo distribuidor são mercearias, produtoras e comercializadas pela Centralcer, ou por empresa sua associada ou por entidade sua licenciadora. Consequentemente o distribuidor:
 - a) não usará as marcas senão nas bebidas e em relação ao material publicitário acordado para elas;
 - b) não utilizará as marcas como denominação social ou parte da denominação social sob que exerça a sua actividade;
 - c) não fabricará, comercializará ou distribuirá, directamente ou por interposta pessoa, produtos concorrentes com as bebidas, nem quaisquer outros produtos sob marca ou de tipo susceptíveis de confusão com as marcas ou com a Centralcer;

13º

- 1. A Centralcer efectuará a avaliação de vendas feitas pelo distribuidor e enviar-lhe-á, pelo menos uma vez por ano, relatórios de tal avaliação, por forma a que o distribuidor possa tomar iniciativas imediatas que sejam aconselháveis e/ou necessárias a uma realização de vendas satisfatória.

9

Mpa 2 - 1901

Mpa 2

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

2. A avaliação terá como base os objectivos de vendas acordados entre a Centralcer e o distribuidor e atenderá, entre outros:
- a) à tendência geral do mercado;
 - b) ao nível de descontos praticados e às promoções levadas a efeito;
 - c) ao nível de vendas a clientes especiais e nacionais, na medida em que possam reflectir-se no mercado de retalho;
 - d) à forma como o distribuidor conduzir as actividades, incluindo publicidade e trato com os compradores;
 - e) a outras condições locais significativas que possam ter afectado a realização de vendas.
3. Os objectivos de vendas serão acordados pelas partes até ao final do mês de Dezembro do ano anterior àquele a que disserem respeito.

14º

1. (...)
2. (...)
3. (...)

15º

1. Em caso de incumprimento, por qualquer das partes, de alguma ou algumas das obrigações emergentes do contrato poderá a outra parte declarar resolvido o contrato, mediante notificação à contraparte faltosa, se esta não puser termo ao incumprimento ou não reparar as suas consequências no prazo que lhe tiver sido assinalado, o qual não poderá ser inferior a 15 (quinze) dias.
2. (...)

16º

A Centralcer poderá, ainda, declarar resolvido de imediato o contrato:

- a) se o distribuidor não atingir os objectivos previamente acordados;
- b) se a avaliação da realização de vendas mencionada na c) 13º supra, tiver sido negativa, ou se o distribuidor não tiver conseguido, no mercado das bebidas, designadamente por insuficiência ou inadequação dos meios humanos e materiais do distribuidor;
- c) no caso de o distribuidor entrar em liquidação (...);
- d) (...);
- e) (...);
- f) (...);
- g) (...);
- h) se o distribuidor não colaborar nas acções de marketing que a Centralcer lhe solicitar e/ou não repercutir sobre os seus clientes as promoções que, com essa finalidade, a Centralcer lhe tenha concedido;
- i) se ocorrerem quaisquer outras circunstâncias que tornem impossível ou incerto o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes ou a realização dos objectivos do contrato.

17º

1. (...)
2. (...)

18º

19

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

1. (...).

2. (...).

19º

1. (...).

2. (...).

3. (...).

20º

O contrato é válido pelo prazo de 5 (cinco) anos a contar de (data de celebração) podendo ser renovado por iguais e necessários períodos salvo denúncia por qualquer das partes, mediante carta registada e com aviso de recepção, com uma antecedência de pelo menos 180 (cento e oitenta) dias sobre o termo do prazo ou de qualquer das suas renovações.

21º

1. (...).

2. (...).

22º

1. (...).

2. (...).

3. (...).

23º

(...)."

2.1.9. No ano de 1996 a arguida vendeu um total de 2 876 805 hectolitros de cerveja, sendo 2 326 873 no mercado nacional e 549 922 para o mercado internacional.

2.1.10. No ano de 1996 a arguida vendeu um total de 170 719 137 litros de águas, sendo 149 759 108 no mercado nacional e 6 990 024 no mercado internacional.

2.1.11. No ano de 1996 a arguida vendeu um total de 13 192 935 litros de ... mercado internacional.

2.1.12. No ano de 1996 a arguida obteve os seguintes valores líquidos de vendas e prestações de serviços:

Mahe:

- mercado interno: 168 963 000\$00;
- mercado externo: 164 059 000\$00;
- total: 333 022 000\$00;

Cerveja:

- mercado interno: 24 340 724 000\$00;
- mercado externo: 4 607 176 000\$00;
- total: 28 947 900 000\$00;

Refrigerantes:

- mercado interno: 1 325 322 000\$00;
- mercado externo: 1 850 000\$00;
- total: 1 327 172 000\$00;

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Águas:

- mercado interno: 5 231 591 000\$00;
- mercado externo: 86 181 000\$00;
- total: 5 317 772 000\$00;

CO2:

- mercado interno: 186 788 000\$00;
- mercado externo: 90 000\$00;
- total: 186 878 000\$00;

Subprodutos:

- mercado interno: 323 359 000\$00;
- mercado externo: -----;
- total: 323 359 000\$00;

Outros:

- mercado interno: 892 205 000\$00;
- mercado externo: -----;
- total: 892 205 000\$00;

Prestações de Serviços:

- mercado interno: 21 572 000\$00;
- mercado externo: 570 002 000\$00;
- total: 591 574 000\$00.

2.1.13. No ano de 1996 a arguida efectuou vendas de cerveja no mercado nacional por marcas num total de 2 022 535,6 hectolitros, repartidas da seguinte forma:

- Sagres - 2 022 535,6 hectolitros;
- Europa - 365,9 hectolitros;
- Cergal - 15 842 hectolitros;
- Jansen - 75 956,4 hectolitros;
- Golden - 34 767,4 hectolitros;
- Topázio/Ónix - 21 494,6 hectolitros;
- Bud - 4 008,9 hectolitros;
- Imperial - 151 902,1 hectolitros.

2.1.14. O mesmo total repartido em vendas por tipo de embalagem foi, no mesmo ano:

- retornável - 1 250 601,9 hectolitros;
- O.W. - 270 787,4 hectolitros;
- latas - 79 231,5 hectolitros;
- barril - 726 252,2 hectolitros.

2.1.15. No ano de 1996 a arguida efectuou vendas de cerveja no mercado internacional por marcas num total de 549 932 hectolitros, repartidos da seguinte forma:

- Sagres - 426 852,7 hectolitros,

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9

- Europa - 2859,2 hectolitros;
- Cergal - 15 028,7 hectolitros;
- Jansen - 10 019,5 hectolitros;
- Golden - 3 690,7 hectolitros;
- Topázio/Ónix - 956,3 hectolitros;
- Outras marcas - 89 578,2 hectolitros;
- Imperial - 947 hectolitros.

2.1.14. O mesmo total repartido em vendas por tipo de embalagem foi, no mesmo ano:

- retornável - 768 hectolitros;
- O.W. - 404 980,6 hectolitros;
- latas - 140 187,2 hectolitros;
- barril - 3 996,6 hectolitros.

2.1.15. A Centralcer utiliza os seguintes canais de distribuição: directo, ou seja, cerveja distribuída pela própria empresa e indirecto, ou seja, cerveja distribuída através de uma rede de distribuidores.

2.1.16. No ano de 1996 o valor percentual de vendas brutas de cerveja distribuída pela própria empresa foi de 34%.

2.1.17. No ano de 1996 o valor percentual de vendas brutas de cerveja encaminhada para os distribuidores foi de 66%.

2.1.18. Destes 66%, 13,6% terão sido realizados no âmbito de contratos de compra exclusiva.

2.1.19. Em 1997 a arguida praticava os preços constantes dos documentos de fls. 264 a 288 cujo teor se dá aqui por reproduzido, nos distritos ali referidos.

2.1.20. O mercado da cerveja registou, em 1996, a nível nacional, vendas cujo montante ascendeu a cerca de 68 milhões de contos.

2.1.21. As empresas produtoras de cerveja no território nacional, a arguida e a Unicer - União Cervejeira, SA venderam nesse ano, respectivamente, 24 340 mil contos de cerveja e 42 020 mil contos de cerveja.

2.1.22. A Centralcer produz as cervejas de marca Sagres e Imperial e distribui a cerveja de marca Budweiser.

2.1.23. A Unicer produz as cervejas de marca Super Bock e Cristal que representam perto de 90 % das suas vendas em cerveja e produz sob licença Carlsberg e Tuborg Royal Danish.

2.1.24. A cerveja de marca Superbock detém cerca de 50% de todo o mercado nacional de vendas de cerveja.

2.1.25. A distribuição de cerveja exige especial rápida rotação de stocks e parte significativa do consumo de cerveja é satisfeito por cerveja de barril.

RCO nº 419/00

S.  R

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

2.1.26. O consumo de cerveja é fortemente sazonal.

2.1.27. A procura de cerveja apresentou até 1996 uma evolução regressiva com variações médias na ordem dos 3%.

2.1.28. Em 1984 a política comercial da arguida foi objecto de apreciação por parte do Conselho da Concorrência, conforme doc. de fls. 875 a 879 dos autos, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, tendo sido decidido não aplicar à arguida qualquer coima e determinar que a mesma adoptasse, no prazo de 90 dias as providências necessárias à alteração dos contratos relativos à distribuição dos produtos visados na decisão com vista a eliminar as cláusulas e práticas referentes a concessão de abonos de frete e remuneração de agentes distribuidores e revendedores autónomos por desconto sobre o preço de venda a retalho directamente praticado pela Centralcer, porque os efeitos decorrentes se vêm configurando, pelo enquadramento, num objectivo de uniformização geral de preços, como restritivos da concorrência e proibição imposta aos distribuidores de venderem produtos concorrentes daqueles que são objecto dos referidos contratos.

2.1.29. A arguida quis agir da forma por que o fez ao inserir nos contratos tipo de distribuição celebrados com os seus distribuidores as cláusulas 12ª e 11ª nº2, als. a) e b) admitindo da sua inserção em contratos de distribuição exclusiva pudessem resultar dificuldades de penetração no mercado por parte de terceiros.

2.1.30. Bem sabendo ser a sua conduta punida por lei.

*

2.2. Matéria de facto não provada

factos:

2.2.1. Que a tabela de preços e condições de venda a praticar pela Centralcer prevista na cláusula 4ª incluía a referência pelo preço praticado pela arguida a retalho.

2.2.2. Que dessa forma a arguida induza os distribuidores a tomar a diferença daquele preço e o que com eles é praticado como a sua margem de remuneração.

2.2.3. Que para além da tabela os distribuidores recebam também da Centralcer uma tabela de preços recomendados, em regra seguidos por aqueles.

*

2.3. Motivação da decisão de facto

A convicção do tribunal relativamente à matéria de facto dada como provada, fundou-se no acordo das partes (no tocante aos factos relativos ao mercado e consumo da cerveja e volumes de vendas globais) e na análise

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

crítica de todos os documentos juntos aos autos, designadamente a fls. 890 a 903, fls. 122, fls. 125, fls. 48 a 73, fls. 77 a 114, fls. 126, fls. 127, fls. 129 a 130 e 133 a 157, fls. 158, 875 a 897 e 264 a 288.

*

Quanto à matéria de facto dada como não provada, a convicção do tribunal fundou-se na total ausência de qualquer elemento de prova convincente quanto à mesma, nomeadamente, quanto à matéria da recomendação de preços, não resulta claro dos autos que os documentos de fls. 187 e ss. e 514 e ss. dos autos constituam as tabelas de preços efectivamente enviadas aos distribuidores.

*

2.4. Enquadramento jurídico

Sendo estes os factos apurados com relevo para a decisão do presente recurso, há que proceder ora ao seu enquadramento jurídico.

No entanto, antes de proceder ao mesmo há que fazer uma prevenção.

O Conselho da Concorrência imputou à arguida a violação do art. 4º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, entendendo que ao fixar nas suas relações contratuais com distribuidores exclusivos uma reserva relativa às cadeias alimentares sem precisar quais os clientes abrangidos por esta ressalva dentro da cada área concessionada, a arguida explorou de forma abusiva a posição de dependência económica em que se encontram aqueles distribuidores.

Não condenou, porém, a arguida em qualquer coima por esta infracção (cfr. art. 37º nº2 do Decreto Lei nº 371/93), antes, e ao abrigo do disposto no art. 27º nº1, al. b) do Decreto Lei nº 371/93, ordenou à arguida que ponha

clientes directos nas áreas concessionadas em exclusivo.

O Tribunal da Relação de Lisboa declarou inválido e ineficaz o parágrafo 6º da decisão administrativa por violação do princípio da legalidade previsto no art. 2º do Regime Geral das Contra-Ordenações, em síntese por os factos imputados consubstanciadores da infracção não serem posteriores à entrada em vigor do Decreto Lei nº 371/93 que consagrou no ordenamento jurídico português a figura do abuso de dependência económica.

O respeito por tal decisão e seus fundamentos implica que, nos presentes autos, se não irá conhecer da impunada prática, pela arguida da contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 4º e 37º nº2 do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, ou seja, do impunado abuso pela arguida de dependência económica dos seus distribuidores.

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

O objecto dos presentes autos fica, assim delimitado à imputada prática à arguida das contra-ordenações previstas e punidas pelo art. 2º nº1, alís. b), c), d) e f) do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10.

A defesa da concorrência, nas palavras de Alberto Xavier (*in* Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 136, pg. 87) é, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, uma das instituições em que assenta o sistema de livre economia de mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Daí a sua consagração ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [arts. 80º a) e 81º e)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3º nº1, al. g) e 4º nº1).

O direito de defesa da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado - José Mariano Pego *in* A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, pg. 11). Surge como uma garantia de igualdade de oportunidades que a todo o homem assiste e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, em que os particulares não possam, indevidamente, constranger, e o Estado permaneça imune ao domínio e influência de grupos de particulares - loc. e autor citados, pg. 12.

A defesa da concorrência é, portanto, uma função constitucional, resultando da defesa da concorrência da protecção de um dos direitos fundamentais económicos, previsto no art. 61º nº1 da Constituição da República Portuguesa¹.

É necessário instrumento legislativo logo após a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto Lei nº 422/83 de 03/12, que veio a ser revogado pelo actual Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, o qual visou adaptar a ordem jurídica portuguesa aos desenvolvimentos entretanto verificados na economia nacional e internacional e ainda prosseguir mais de perto o objectivo constitucional do melhor equilíbrio da concorrência (preâmbulo do Decreto Lei nº 371/93) e aproximar a ordem jurídica portuguesa aos grandes princípios comunitários do direito da concorrência - Adalberto Costa *in* Regime Geral da Concorrência, Legislação, 1996, pg. 27.

Pedra de toque do regime de defesa da concorrência é, na esteira do art. 85º do Tratado (actual art. 81º), a proibição das práticas restritivas da concorrência, previstas no art. 2º do referido diploma.

¹ A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

RCC n° 419/00

S.  R

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Estabelece o art. 2º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10:

«1. São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações empresariais, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham como objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo artificialmente, quer a sua alta, quer a sua baixa;

b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;

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

d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;

f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;

g) Subordinar a celebração de contratos à accitação de obrigações que, pela sua natureza ou exigência ou importância, não tenham ligação com o objecto desses contratos.

2. Excepto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do art. 5º, os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo serão nulos.»

por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contra-ordenacional) em branco.

Há apenas aqui que recordar que, nos termos do disposto no art. 32º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, actualizado pelo Decreto Lei nº 244/95 de 14/09, se aplicam subsidiariamente à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do direito penal.

A norma penal em branco será aquela que tem a particularidade de descrever de forma incompleta os pressupostos de punição de um crime remetendo parte da sua concretização para outras fontes normativas, denominado-se a primeira norma sancionadora e as segundas normas complementares ou integradoras.

Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto (*in* O Regime Penal do Luro e as Normas Penais em Branco, Almedina, 1999, pg. 31 e ss.) advertem que a

RGO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

norma penal em branco tem uma característica específica - a sua descrição é incompleta, sendo integrada por outros instrumentos que podem ou não ter natureza normativa, sendo que a integração pode ser feita por fontes normativas inferiores à lei penal, dando o exemplo das fontes de direito comunitário.

Há ainda que prevenir tratar-se de uma infracção de perigo concreto - não se exige a verificação do resultado (impedir, falsear ou restringir a concorrência), patente na expressão legal "que tenha por objecto ou por efeito", mas é exigível a adequação a produzir tal resultado.

Discordamos, assim de Eduardo Paz Ferreira (*in* Direito da Economia, AAFDL, 2001, pg. 495), que, talvez numa outra perspectiva, reduz a proibição às infracções que resultem em falsificação ou restrição da concorrência.

O legislador optou por consagrar a norma em branco e concretizá-la com alguns exemplos - as alíneas do nº1. Trata-se de uma opção legislativa frequentemente usada mas de contornos não isentos de crítica, como nos dão notícia Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto na obra citada, e como podemos verificar no caso concreto.

A fonte deste preceito é, claramente e de forma quase repetitiva o já citado art. 85º (actual art. 81º) do Tratado, que tem sido objecto de intenso labor por parte da Comissão e do TJG, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do art. 2º do presente regulamento de segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e do TJG que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e comunitário².

Há porém que ter em conta que no direito interno temos que considerar também princípios tão basilares como o *in dubio pro reo* e todas as suas consequências, processuais e substantivas, quando, como no caso, ponderamos a aplicação de uma coima a arguida a quem é imputada a prática de factos subsumíveis a esta previsão e puníveis nos termos do art. 37º nº2 do Decreto Lei nº 371/93.

Feitas estas advertências passemos à análise do tipo contra-ordenacional.

² Podemos, sem qualquer atropelo, aliás, assimilar a causa de justificação (exclusão da ilicitude) prevista no nº2 do art. 2º e no art. 5º do Decreto Lei nº 371/93 ao nº3 do actual art. 81º do Tratado e apelar, para interpretação da mesma, aos Regulamentos de Isenção por categoria e princípios que expressam nomeadamente no que toca às restrições verticais.

RCO nº 419/00

S.  R

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

No caso concreto, e face aos factos apurados, estamos perante um acordo, o que nos dispensa de considerar sequer a problemática das práticas concertadas ou de decisões de associações de empresas³

A noção de acordos é usada, quer no texto comunitário, quer na lei portuguesa, no seu sentido mais amplo, abrangendo os contratos, independentemente do seu conteúdo, de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes e os simples acordos, mesmo tácitos. Os acordos em causa tanto podem ser horizontais como verticais, ou seja, as partes envolvidas tanto podem situar-se no mesmo estágio da actividade económica como em diferentes estádios.

No caso concreto estamos ante contrato tipo de distribuição, de que derivam obrigações juridicamente vinculativas para ambas as partes, que a arguida celebra com os seus distribuidores. São acordos verticais, uma vez que estruturam juridicamente relações entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de produção e distribuição de bens e serviços.

Tratam-se de acordos celebrados entre duas empresas em cada caso em que é aplicado o contrato tipo – ou seja, entre a Centralcer e o distribuidor concreto, que constitui pessoa física ou jurídica distinta de si e que se coloca num diferente estágio da cadeia de produção e distribuição.

É este o acordo em causa que preenche a primeira parte do tipo contra-ordenacional em causa e não a colusão com a Unicer (que poderá ser um caso de colusão com a Unicer, mas não o caso em causa).

Há aqui que esclarecer que a decisão não é fundada na actuação unilateral de uma única empresa, a Centralcer. A decisão é fundada nos contratos que esta celebrou com os seus distribuidores e nas cláusulas que

revelam dessa imposição. E são os acordos que celebrou com os distribuidores que podem ter efeitos restritivos da concorrência e foram esses os analisados e não quaisquer práticas unilaterais (cremos que na economia da tese da arguida isoladas seria uma melhor escolha de palavras) da arguida.

Não haveria que punir ambas as partes daqueles acordos (Centralcer e distribuidor) porque nitidamente a imposição parte da arguida, sendo os condutas entendidas como violadoras, obrigações da contra-parte, do distribuidor, para com a arguida e em seu benefício sendo ela que incorre na responsabilidade

Por outras palavras, no acervo de direitos e deveres contratualmente estipulados entre as partes nos acordos em causa, as cláusulas que foram entendidas como podendo provocar ou provocando efeitos restritivos da

³ No entanto não deixamos de referir que a problemática da distinção entre as práticas concertadas e os comportamentos paralelos será uma daquelas em que a questão do ónus da prova tal como a nossa lei impõe seja aplicada, se for sentir com grande acuidade

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

concorrência correspondem a direitos da Centralcer e obrigações dos distribuidores, por estes aceites. O efeito de "encerramento do mercado", por outro lado, beneficia a arguida, como produtora e fornecedora e não os distribuidores.

Tanto basta para afastar a responsabilidade destes, sendo certo que, mesmo assim não sucedesse, o facto de a responsabilidades destes não estar a ser objecto de apreciação não implica que a da arguida não pudesse estar, inexistindo, no direito contra-ordenacional e no direito processual penal a figura do "litisconsórcio necessário", perdoo-se a expressão, mesmo em caso de co-autoria, tendo em conta a natureza pública do ilícito.

Por outro lado, como já se aludiu, não há que confundir os acordos referidos no preâmbulo do nº1 do art. 2º com "conluio" ou colusão que são eventuais efeitos restritivos desses acordos, prática não apurada nestes autos, já que toda a perspectiva da decisão sob recurso é de análise de restrições verticais e não horizontais⁴.

Inexiste, pois, qualquer violação dos princípios da legalidade e da tipicidade previstos no art. 2º do Decreto Lei nº 433/82 de 27/10, no que toca às concretas condutas que estamos a analisar.

Os contratos de distribuição – porque, nas palavras de Pinto Monteiro (*in* Contratos de Distribuição Comercial, Almedina, pg. 51) a distribuição, o consumo e a concorrência andam de mãos dadas, têm sido alvo de grande atenção, quer por parte das autoridades comunitárias, quer por parte das autoridades nacionais. Isto porque muitos dos acordos de distribuição contém cláusulas limitativas da liberdade dos agentes económicos, contratualmente aceites, que, em si ou pelos seus efeitos, são restritivas da

acordos são instrumentos de execução de políticas de distribuição exclusiva ou selectiva, caso em que as restrições impostas à outra parte implicam limitações à liberdade comercial de estranhos – cfr. Isabel Marques da Silva *in* Os Acordos de Distribuição e o Direito da Concorrência, Direito e Justiça, Vol. X, 1996, Tomo 2, pgs. 167 a 235.

Teremos pois que tomar em linha de consideração, como supra referimos, as orientações das autoridades comunitárias em matéria de restrições verticais – a comunicação da Comissão de 13/10/00 – Orientações relativas às restrições verticais – JO C-291 de 13/10/00.

As condutas concretas em causa nestes autos e que o Conselho da Concorrência considerou violadoras do preceito em análise são:

- cláusula de não comercialização de produtos concorrentes, cujo efeito restritivo da concorrência deriva da posição por esta ocupada no

⁴ Se se apurasse uma efectiva prática concertada entre a Unicer e a Centralcer, montando-se ambos no mesmo estádio da actividade económica, ou seja, estorímoos no âmbito de eventuais restrições horizontais.

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

mercado e que sai reforçado pela cláusula que obriga os distribuidores a usarem apenas pessoal fardado de acordo com o modelo standard estabelecido pela arguida e veículos automóveis ostentando as cores e insígnias da mesma:

- recomendação de preços aos distribuidores; e
- concessão de abonos de frete.

*

Comecemos pela análise da questão do mercado relevante.

O conselho da Concorrência delimitou este como sendo o mercado nacional da cerveja considerando que esta não sofre concorrência de outros produtos, designadamente vinho e refrigerantes, pelas suas características endógenas, pelas suas propriedades alcoólicas, pela sua homogeneidade e pela sua capacidade específica de satisfazer as necessidades dos seus consumidores. Mais se considerou, na diferenciação, as matérias primas utilizadas e os padrões de consumo das bebidas em causa, fazendo ainda apelo à jurisprudência comunitária que tem considerado o mercado da cerveja como um mercado relevante.

A arguida considera que o mercado relevante é o mercado dos serviços de distribuição prestado pelos distribuidores, fundando a sua argumentação no facto de não ser necessário usar as redes de distribuição de cerveja mas outras já implantadas, exemplificando, com casos concretos. Entende que não se chegou a conhecer do mercado efectivamente relevante, alegando que existem numerosas redes de distribuição livres para serem usadas.

Teremos aqui que introduzir uma correcção que implicitamente a própria arguida acaba por fazer – não será o mercado dos serviços de distribuição que poderá ser considerado o mercado relevante porque os mercados são mercados de produtos e não de redes de distribuição de produtos (a prestação de serviços é uma outra problemática considerada como mercado em si e que aqui não tem qualquer relevância) porque o elemento chave é o consumidor e não o percurso do produto até ele e porque é ele que em última análise o direito da concorrência protege através da regulação dos mercados. É facilmente constatável que nunca poderemos falar genericamente em mercado de serviços de distribuição só por si – serviriam os serviços de distribuição de vestuário, de alimentos frescos, etc? Não! – é a própria arguida que acaba por referir que teriam que se considerar ao menos as redes de distribuição de outras bebidas que apresentem um grau de substituíbilidade do lado da oferta.

RCO nº 419/00

S. T. R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Ou seja, a questão acaba por ser precisamente a questão que o Conselho tratou e resolveu, a nosso ver de forma correcta² – se o mercado relevante é apenas o da cerveja ou deverão ser considerados nomeadamente os refrigerantes, águas e vinho.

E os factores a considerar são todos os enumerados pela decisão do Conselho e não apenas os factores relevantes para o fornecedor que a arguida enumera.

O mercado relevante é pois o mercado da cerveja.

A questão da existência de outros canais de distribuição – nomeadamente os grandes distribuidores –, não se insere no passo determinação do mercado relevante, antes sendo de verificar uma vez delimitado este.

Entende também a arguida que o mercado geográfico a ser considerado é o mercado ibérico, uma vez que as decisões comunitárias que se reportam ao âmbito nacional do mercado da cerveja pressupõem a existência de distâncias consideráveis entre um país e outro, o que não sucede no caso particular do espaço ibérico.

No entanto, como se verifica facilmente dos factos provados (cfr. 2.1.7.9) os contratos que analisamos regem transacções no território nacional, tão só. E a fraca penetração de marcas estrangeiras, entre as quais as espanholas, no mercado nacional, é facto incontestado e incontestável, sendo perfeitamente identificável a preferência do público consumidor português, entre as quais algumas das produzidas pela arguida.

Concluimos, pois, que o mercado relevante é o mercado nacional de cerveja.

uma cerveja que os consumidores portugueses preferem – mas pode ser condenada por adoptar práticas que reforcem a manutenção dessa preferência através do barramento de entrada de outras marcas no mercado que possam ameaçar os seus fiéis clientes.

Aliás, o factor notoriedade da marca é um dos factores a ter em conta ao avaliar os efeitos restritivos concorrenciais. O que a arguida denomina fidelidade à marca pode ser usado para além da sua função distintiva normal – junto do consumidor – e, precisamente por causa dessa fidelidade ser usado como uma “arma” anti-concorrencial. E se for esse o caso, a arguida pode sim, ser condenada não por comercializar uma marca da preferência dos consumidores mas por comercializando uma marca notória (classificação

² Vide pontos 88 e 89 da Comunicação da Comissão de 15/10/00 e Comunicação da Comissão relativa a definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência – JO C 172 de 09/12/97, pg. 5.

RCO nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

sem dúvida merecida pela marca "sagres"), usar esse facto para afastar a concorrência em terreno diverso.

O exemplo dos produtos brancos não traduz qualquer aspecto de fidelização a marcas concretas — trata-se de uma questão de marketing e de hábitos de consumo arraigados — o consumidor gosta de ver uma marca, seja de que produto for — daí que, aliás, os grandes distribuidores tenham abandonado as linhas brancas e adoptado marcas próprias para apor nesses mesmos produtos. Tanto ficavam na prateleira a cerveja como os guardanapos de papel e os cereais, só para citar alguns produtos.

*

Passando à análise do primeiro acervo de factos respeitantes à obrigação de não concorrência, começaremos por dizer que, aceitando a arguida estar civilmente obrigada pelos contratos em questão e que os mesmos estão em vigor, apesar de, no seu entender terem sido celebrados por pessoas que juridicamente não a vinculavam — não alega que o tivessem feito contra as suas instruções — torna-se inútil qualquer questão à volta desta temática. Os acordos existem, estão em vigor e há que analisar os seus eventuais efeitos restritivos.

A arguida interpreta a al. c) da cláusula 12ª como uma cláusula de não concorrência industrial. Fazendo apeio ao disposto no art. 237º do Código Civil, entende que o sentido menos desfavorável ao distribuidor será o de que ele não poderá produzir, comercializar ou distribuir produtos que pelas suas características se afigurem susceptíveis de confusão com as marcas da Centralcer ou cuja comercialização possa caracterizar um acto de concorrência desleal na acepção do art. 260º do Código da Propriedade

violação de direitos privativos de propriedade industrial (agora em sentido técnico jurídico, sendo que a interpretação que o conselho refatou foi outra, ou seja a de que a cláusula apenas proibia a produção, não havendo qualquer falta de fundamentação na não demonstração do bem fundado de uma interpretação não invocada) e de actos de concorrências desleal.

A cláusula em causa também contém estas proibições, de facto.

Mas atentemos na cláusula em causa:

"12º

1. A Centralcer é proprietária, ou está devidamente habilitada a usá-las, das marcas registadas sob que são comercializadas as bebidas (de ora em diante colectivamente designadas por marcas), bem assim como de todos os modelos, desenhos, símbolos e outros elementos figurativos e do suporte publicitário usados em ligação com tais marcas.

2. O distribuidor reconhece que os compradores e consumidores das bebidas podem, razoavelmente, supor que as mercadorias que lhe são fornecidas pelo distribuidor são mercadorias produzidas e comercializadas

RCC nº 419/00



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

pela Centralcer, ou por empresa sua associada, ou por entidade sua licenciadora. Consequentemente o distribuidor:

- a) não usará as marcas senão nas bebidas e em relação ao material publicitário acordado para elas;
- b) não utilizará as marcas como denominação social ou parte da denominação social sob que exerça a sua actividade;
- c) não fabricará, comercializará ou distribuirá, directamente ou por interposta pessoa, produtos concorrentes com as bebidas, nem quaisquer outros produtos sob marca ou de tipo susceptíveis de confusão com as marcas ou com a Centralcer." (sublinhado nosso)

É recordemos ainda que supra, na cláusula 1ª se estabeleceu:

"1º

1. Pelo presente contrato a Centralcer confere ao distribuidor um direito, não em exclusivo, de comprar bebidas e de se identificar, no local aprovado pela Centralcer, como um concessionário autorizado de distribuição, comercialização e assistência após venda das bebidas indicadas em Anexo I (Cervejas, branca e preta, comercializada sob as marcas comerciais Sagres, Europa, Golden Beer, Jansen Light, Jansen sem Álcool, Topázio, Ónix e Cergal; Refrigerantes com e sem gás, de sumos de frutos e de extractos, comercializados sob as marcas comerciais Joi e Star; Águas minero-medicinais e de mesa, com e sem gás, comercializadas sob as marcas comerciais Luso e Cruzeiro).

Ou seja, estão identificadas as marcas e as bebidas e se é certo que o distribuidor se obriga a não fabricar, comercializar ou distribuir, directa ou indirectamente, produtos concorrentes com as bebidas, de tipo susceptível de confusão com as marcas ou com a Centralcer, não é menos certo que, quanto às bebidas não é feita qualquer restrição, nomeadamente que sejam comercializadas sob marcas susceptíveis de confusão. A cláusula obriga literalmente o distribuidor a não fabricar, comercializar ou distribuir, directa ou indirectamente produtos concorrentes com as bebidas.

Não há outra interpretação possível, até porque se não trata de caso duvidoso temos aqui consagrada uma verdadeira obrigação de não concorrência.

Aqui chegados estamos em condições de analisar os efeitos da mesma.

Seguindo as orientações da Comissão nesta matéria verificamos que estamos ante um mercado concentrado (oligopólio) em que a arguida detinha à data uma quota de 36% e um outro produtor 61%, que temos uma combinação de acordo de distribuição exclusiva com obrigação de não concorrência, versamos a distribuição de produtos finais com marca, sendo

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

que uma das marcas em causa (Sagres) é responsável por 87% das vendas da arguida, sendo que o outro produtor usa um sistema de distribuição semelhante ao da arguida.

⇒ [Mostram-se preenchidos todos os pressupostos que levam à conclusão de um efeito vertical restritivo consubstanciado no encerramento do mercado, prejudicando a elasticidade do mesmo e propiciando a colusão (que volta-se a frisar, não foi apurada e não está em causa, mas tem que ser considerada porque nos movemos no âmbito de um tipo de contra-ordenação de perigo concreto).

Verifica-se, pois, a prática pela arguida da contra-ordenação prevista na alínea c) do nº1 do art. 2º do Decreto Lei nº 371/93.

○ O Conselho entendeu ainda que os efeitos desta cláusula se mostram reforçados com recurso a outras dos acordos, nomeadamente a cláusula 11ª nº2, als. a) e b) onde se estabelece:

"2. Para tanto o distribuidor obriga-se a:

- a) manter uma equipa de vendas adequada e de pessoal experimentado, o qual se apresentará condignamente e fardado de acordo com os padrões a definir pela Centralcer;
- b) dispor de viaturas de distribuição em número e de qualidade adequadas à sua actividade e decoradas com publicidade às marcas sob que são comercializadas as bebidas, de acordo com os padrões a definir pela Centralcer;"

Fundou-se nos seguintes argumentos: restringe a liberdade dos distribuidores de privilegiar na sua actividade a promoção de outras marcas ou mesmo de estabelecer a sua identidade empresarial autónoma, ficando a sua imagem fortemente associada à Centralcer e às suas marcas, mais uma

○ A arguida defende que os padrões a que obedecerá o fardamento não importam necessariamente que ostentem os seus sinais distintivos pretendendo-se apenas evitar desmazelo ou desleixo, sendo que se o distribuidor pretender desenvolver uma imagem própria não se oporá e, ainda, que a cláusula em causa não proíbe os distribuidores de fazer publicidade a outras marcas que não as das bebidas comercializadas pela Centralcer.

Relativamente à questão da publicidade nas viaturas, não se proíbe efectivamente a publicidade a outras marcas de bebidas. Mas quem, em razoabilidade, iria fazer publicidade a marcas que, como vimos supra, não pode vender sem violar o seu acordo com a arguida?

No que toca ao fardamento, a questão passa obviamente por uma imagem comum que todos os distribuidores terão que apresentar (os respectivos funcionários). Se a questão fosse apenas (e com toda a legitimidade) evitar o desleixo e o desmazelo bastava consagrar-se que

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTERIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

teriam que se apresentar condignamente. Se têm que se apresentar fardados e de acordo com padrões pré-definidos é a imagem da arguida que estão a passar e a representar, de acordo com a estratégia desta.

Se a imagem que um distribuidor passa e granjeia é a da arguida, irá resistir a uma mudança que implique e.g. um esforço de reconquista de circuitos e clientes com outra imagem. Se em vez de ser identificado com a arguida puder passar uma imagem própria, essa transição é feita com muito mais facilidade – é mais uma vez a elasticidade do mercado que está em causa.

Temos, assim, apurada uma prática restritiva da concorrência prevista pela al. c) do nº1 do art. 2º sendo que, uma vez que no mesmo contrato o efeito é trazido por uma cláusula e reforçado por outra, a infracção é única, apenas se reflectindo tal circunstância na determinação da medida concreta da coima.

À objecção posta pela arguida de que se não executou a “obrigação de não concorrência” não lhe é imputável a correspondente restrição da concorrência já supra se respondeu – trata-se de uma infracção de perigo concreto e não de resultado. Se se houvesse apurado que haviam sido rescindidos contratos com base nesta cláusula, tal não seria sequer relevante para o efeito jurídico que aqui se analisa – não tratamos de proteger os distribuidores e as suas posições, antes de analisar os efeitos do normal e regular cumprimento dos acordos estabelecidos entre eles e a arguida.

Finalmente, tratando-se de distribuição de produtos finais, num mercado já em segmentação, amadurecido e bem enraizado nos hábitos dos consumidores entende-se que as restrições impostas se não mostram

encerramento de parte substancial do mercado da cerveja, dada a quota detida pela arguida, pelo que não é possível justificar a conduta da mesma nos termos do disposto no art. 5º do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10.

*

Analisemos ora a questão dos métodos de remuneração: recomendação de preços e abonos de frete.

No que toca à indicação, por parte da arguida, dos preços por si praticados a retalho, não se tendo provado tal prática por parte da arguida, não se tem por verificada a infracção imputada.

No que toca aos abonos de frete, ou seja, a variação do preço praticado pela arguida em função da distância da área geográfica do distribuidor, de molde a não fazer repercutir os preços do transporte no custo final, embora ela contribua para a uniformização de preços, não se mostram imputados

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

factos suficientes⁶ para concluir com o Conselho, que tal prática reduza a concorrência intra marca, já que outros factores, que não o custo do transporte, são susceptíveis de influir no preço a praticar pelo distribuidor, para tanto não bastando a alegada violação de decisão anterior.

Não se poderá, assim ter tal infracção por verificada.

*

Conclui-se, assim, que a arguida incorreu, com a prática dos factos analisados no âmbito do proc. de contra-ordenação nº 3/98, uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 2º nº1, al. c) e 37º nº2 do Decreto-Lei nº 371/93.

*

2.5. Da escolha e medida da sanção a aplicar

Determinada a prática da contra-ordenação resta apenas apurar a sanção a aplicar.

A contra-ordenação praticada pela arguida é punida com uma coima de Esc: 100 000\$00 a Esc: 200 000 000\$00 (art. 86º nº2, al. a) do Decreto-Lei nº 46/94 de 22/02), ou seja, € 498,80 a € 995 595,79.

«A determinação da medida da coima faz-se em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.» (art. 18º nº 1, do Decreto-Lei nº 433/82 de 27/10).

A contra-ordenação assume alguma gravidade atentos os fins subjacentes à protecção da livre concorrência e às consequências nefastas que da violação podem resultar para os intervenientes, distribuidores, retalhistas e consumidores.

cláusula de não concorrência e cláusulas relativas ao fardamento e decorações dos veículos nas condições em que o fez, admitindo como possíveis as consequências restritivas da sua conduta.

Embora não tenha sido quantificado o benefício económico retirado da prática das infracções, ele existiu, como se pode concluir pelos valores e volumes de vendas apresentados pela arguida.

Tudo visto e atendendo à situação económica da arguida, à dimensão do mercado nacional e peso que nele representa a arguida e ponderando ainda a decisão anterior – de 1984, embora não como antecedente contra-ordenacional, já que não foi imposta qualquer coima, o Tribunal entende adequado fixar a medida da coima em € 100 000.

Ponderando ainda os mesmos factores e o peso no mercado das vendas da arguida o tribunal decide ainda ordenar, ao abrigo do disposto no art. 27º

⁶ E não estando imputados na decisão, não poderão ser objecto de prova sob pena de alteração substancial dos factos e respectivas consequências

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTERIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

nº do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10, a publicação integral da presente decisão no Diário da República (IIIª série), e por extracto num jornal diário de circulação nacional.

A arguida deverá ainda, em 90 dias, alterar os contratos de distribuição analisados na presente decisão com vista a eliminar da cláusula 12ª, nº2, al. c) a obrigação imposta aos seus distribuidores de não comercializar ou distribuir produtos concorrentes com as bebidas e da cláusula 11ª nº2, al. a) a obrigação de fardamento da equipa de vendas de acordo com os padrões a definir pela Centralcer - art. 27º nº1, al. b) do Decreto Lei nº 371/93 de 29/10.

Entende-se desnecessária a introdução de qualquer alteração na al. b) do nº2 da cláusula 11ª, uma vez que, alterada no sentido ordenado a cláusula 12ª esta deixa de conter qualquer obrigação com efeito restritivo.

Finalmente, e em obediência ao disposto no art. 2º nº2 do Decreto Lei nº 371/93 de 20/10, há que declarar a nulidade das cláusulas referidas com o alcance supra enunciado.

*

3. Decisão

Nestes termos e pelos fundamentos expostos, dando parcial provimento ao recurso interposto o tribunal decide:

a) Absolver a arguida **Centralcer - Central de Cervejas, SA**, pessoa colectiva nº 500 825 815, com sede na Av. Almirante Reis, nº 115, S. Jorge de Arroios, Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o nº 1631 da prática de duas contra-ordenações previstas e punidas pelos arts. 2º nº1, als. b), c), d) e f) e 37º nº2 do Decreto-Lei nº 371/93 de 29/10;

b) Condenar a arguida **Centralcer - Central de Cervejas, SA**, pessoa colectiva nº 500 825 815, com sede na Av. Almirante Reis, nº 115, S. Jorge de Arroios, Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o nº 1631 pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida no art. 2º nº1, al. c) e 37º nº2 do Decreto-Lei nº 371/93 de 29/10 na coima de € 100 000;

c) Declarar nulas a cláusula 12ª, nº2, al. c) na parte em que impõe aos distribuidores a obrigação de não comercializar ou distribuir produtos concorrentes com as bebidas e a cláusula 11ª nº2, al. a) na parte em que impõe aos distribuidores a obrigação de fardamento da equipa de vendas de acordo com os padrões a definir pela Centralcer;

d) Determinar a alteração por parte da arguida, em 90 dias, dos contratos de distribuição analisados na presente decisão com vista a eliminar da cláusula 12ª, nº2, al. c) a obrigação imposta aos seus distribuidores de não comercializar ou distribuir produtos concorrentes com as bebidas e da

RCO nº 419/00

S.  R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

cláusula 11ª nº2, al. a) a obrigação de fardamento da equipa de vendas de acordo com os padrões a definir pela Centralcer, devendo, para o efeito, apresentar ao Conselho da Concorrência, decorrido tal prazo os modelos de contrato de distribuição revistos em conformidade e identificação dos distribuidores abrangidos;

e) Determinar a publicação, a expensas da arguida, da presente decisão em texto integral na IIIª série do Diário da República e por extracto num jornal diário de circulação nacional;

f) Condenar a arguida nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em € 250 (arts. 93º nº 3 e nº4, do Decreto Lei nº 433/82 de 27 de Outubro, na redacção do art. 9º do Decreto Lei nº 323/01 de 17/12 e 87º nº 1, al. c) do Código das Custas Judiciais).

*

Proceda-se ao depósito desta sentença.

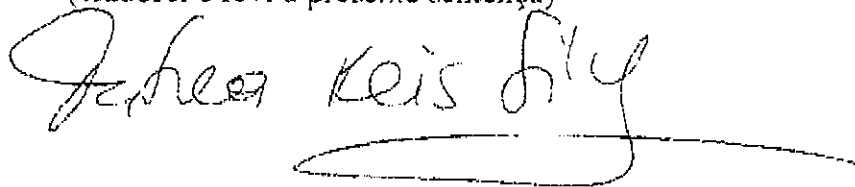
*

Oportunamente remeta cópia (art. 70º nº 4, do Decreto-Lei nº 433/82 de 27/10).

*

Lisboa, 13 de Dezembro de 2002 (ac. serv.)

(elaborei e revi a presente sentença)



TEL:351-21-7971910

07 JAN'03

12:21 No.003 P.24

TEL:351-21-7971910

ENVIAR RELATORIO DE CONFIRMAÇÃO

Nº. RECEPTOR
ORIGEM

DATA
DURAÇÃO

MODOS

PÁGS.

RESULT.

: 002
: +351 213178920
: 351-21-7971910
: 07 JAN'03 10:59
: 18'50
: STAND
: 31
: OK