

DECISÃO

PRC 2004/31

DATA DA DECISÃO: 29/05/2008

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:

NESTLÉ PORTUGAL, S.A.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Versão não confidencial

Decisão de Arquivamento

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as competências atribuídas pelos artigos 6.º n.º 1, alínea *a*) e 7.º, n.º 2 alínea *a*) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (adiante designada por Autoridade), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;

Considerando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho;

Visto o processo de contra-ordenação registado sob a classificação PRC-31/04, aberto nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em que é arguida a Nestlé Portugal, S.A. (doravante Nestlé), pessoa colectiva n.º 500 201 307, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Oeiras com o n.º 5375, e com sede na Rua Alexandre Herculano, n.º 8, 2799-554 Linda-a-Velha, freguesia de Carnaxide, no Concelho de Oeiras;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

I – DO PROCESSO

1.º

O presente processo teve origem numa denúncia apresentada pela empresa Café da Palha, Lda. (doravante Café da Palha) que celebrou com a Nestlé, em 02.06.1999, um Contrato de fornecimento exclusivo de café da marca “*Buondi*” (fls. 4 a 26). A Café da Palha, com o número de identificação de pessoa colectiva 504 364 936, tem sede na Rua do Bojadouro, módulo F-12,

Parque das Nações, 1800 Lisboa, e tem por objecto social a actividade de restauração, nomeadamente a exploração de cafetarias, restaurantes, bares e actividades hoteleiras similares.

2.º

Por Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 28.10.2004, foi mandado instruir o presente processo, autuado e registado como consta a fls. 2 e 3.

3.º

Após a abertura do presente processo, foram realizadas, entre outras, as seguintes diligências probatórias:

- Pedido de elementos à Nestlé;
- Pedido de elementos a 48 (quarenta e oito) empresas presumivelmente concorrentes da Nestlé;
- Pedido de elementos a 8 (oito) Associações representativas de empresas situadas no lado da oferta e da procura (canal HORECA¹);
- Pedido de elementos a 10 (dez) empresas situadas no lado da procura (canal HORECA);
- Inquirição do Representante legal de uma empresa situada no lado da procura (canal HORECA) (fls. 29 a 185; 9920 a 9943; 11761 a 11773; e 11798 e 11799).

4.º

A Autoridade enviou à Arguida a Nota de Ilícitude que consta de fls. 12369 a 12436 e que aqui se dá por integralmente reproduzida. A título de resumo, a Nota de Ilícitude notificava a Arguida da existência de indícios suficientes de um ilícito contra-ordenacional punível pelo n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

5.º

¹ O chamado "canal HORECA" abrange os estabelecimentos de hotelaria, restauração e cafetaria (fls. 14876).

A constatação da existência de tais indícios baseou-se fundamentalmente no facto de a Nestlé celebrar, manter e aplicar contratos de fornecimento de café no canal HORECA, contendo restrições verticais, correspondendo a uma matriz comum aos contratos tipo analisados nos presentes autos, constituindo esta prática uma contra-ordenação prevista no n.º 1 do artigo 4.º em conjugação com a alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei 18/2003.

6.º

A resposta da Arguida à Nota de Ilicitude consta de fls. 12471 a 12502 do processo, dando-se aqui por reproduzida. A Arguida requereu audição oral (cf. fls. 12565 a 12588).

7.º

Por Decisão de 20 de Abril de 2006 (que consta de fls. 12622 a 12741), regularmente notificada aos Mandatários da Arguida e comunicada ao seu representante legal (fls. 12742 e 12743), o Conselho da Autoridade da Concorrência decidiu, em síntese, que:

“Primeiro

A Arguida Nestlé Portugal, S.A., ao celebrar contratos de fornecimento de café com cláusulas de compra exclusiva, tendo por objecto e efeito restringir de forma sensível a concorrência, violou a proibição contida no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. Tal violação constitui uma contra-ordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º do mesmo diploma legal.

Segundo

Tendo em conta as considerações enunciadas na presente Decisão e o disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada, à Arguida, destinatária da presente Decisão, uma coima no valor de € 1.000.000,00 (um milhão de euros)

[...]

Quinto

Ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade ordena à Arguida que cesse a prática e adopte as providências enunciadas

no ponto III.3. [da Decisão] até sessenta dias úteis após a notificação da presente Decisão”.

8.º

As providências enunciadas no referido ponto III.3. da Decisão consistiam na alteração dos

“(…) seus contratos de distribuição de café em conformidade com a presente Decisão, de modo a eliminar as cláusulas contratuais que, isoladamente ou em conjunto com outras, impliquem, directa ou indirectamente, uma duração da obrigação de compra exclusiva por período superior a cinco anos ou a renovação para além dos cinco anos sem o consentimento expresso e livre de ambas as partes. Considera-se que o consentimento não será livre se a não prorrogação da vigência da cláusula de compra exclusiva der lugar ao pagamento de quantias pecuniárias ou outro tipo de consequências negativas para o adquirente” (fls. 12737).

9.º

De modo a assegurar o efeito útil da Decisão, a Autoridade da Concorrência decidiu ainda que:

“[A]s condições de vigência da cláusula de não concorrência previstas no artigo anterior desta Decisão aplicam-se às cláusulas contratuais que imponham que apenas o café fornecido pela Arguida pode ser utilizado no equipamento cedido a título gratuito ou oneroso, bem como às cláusulas contratuais relativas a publicidade” (fls. 12737).

10.º

Finalmente, foi ordenada à Arguida a apresentação dos modelos de contratos de distribuição revistos em conformidade com a Decisão (cf. artigo 435.º da Decisão, fls. 12737).

11.º

Da Decisão da Autoridade da Concorrência foi interposto recurso judicial pela Arguida (fls. 12765 e ss), tendo sido proferida correspondente Sentença pelo Tribunal de Comércio de Lisboa no processo 766/06.4TYLSB (fls. 14375 a 14447).

12.º

Em síntese, o Tribunal de Comércio de Lisboa julgou *“procedente a nulidade suscitada nas alegações de recurso de violação do direito de defesa da arguida, resultante de parte da acusação se fundamentar em elementos confidenciais a que a arguida não teve acesso”*, declarando o Tribunal *“a nulidade de todo o processo a partir da última diligência probatória encetada pela autoridade recorrida [a Autoridade da Concorrência], isto é, a partir da audição oral dos representantes da arguida (exclusive)”*, e determinando *“a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade de que padece a decisão em conformidade com o supra exposto”*.

II – DOS FACTOS

13.º

A Nestlé Portugal, S.A., é uma sociedade anónima, com um capital social de € 30.000.000,00 (trinta milhões de euros), que integra um importante grupo económico, de dimensão mundial (fls. 2305 e ss, 2234 e ss, 12590 e ss e 14858 e ss). A Arguida tem por objecto social a produção, importação, exportação e o comércio em geral de produtos destinados à alimentação e ingestão, para seres humanos e animais domésticos, e de produtos destinados à aplicação a seres humanos. A Nestlé pode, ainda, fornecer e desenvolver, sob qualquer forma, todos os serviços e actividades, na área dos produtos mencionados, incluindo todos os equipamentos, acessórios e similares, considerados necessários para a preparação, distribuição e venda dos mesmos (fls. 2204 a 2211).

14.º

A Arguida exerce a actividade de fornecimento de café com as marcas *Sical, Tofa, Christina e Buondi* (fls. 2235 e 2325).

1. O Mercado

1.1 O Produto

15.º

O produto em causa consiste no café torrado ou torrefacto, a partir do qual é possível realizar misturas, podendo ser apresentado em grão ou moído e vendido em embalagens ou pastilhas.

1.2 Dimensão Geográfica

16.º

O produto café torrado é distribuído em todo o território nacional², sendo que, em 2002, do quantitativo global de importações de café (41.648 Tm), apenas 0,84% se refere a café torrado, sendo inexpressivos os montantes exportados do mesmo produto (5.500 Tm).

1.3 A Oferta

17.º

No mercado de fornecimento de café torrado ao canal HORECA, concorre um elevado número de empresas de mui díspar grandeza em termos de volume de vendas e em termos de volume de negócios.

18.º

Para efeitos de análise, tomou-se uma amostra de 34 empresas presentes no mercado de fornecimento de café ao canal HORECA, cujo volume de vendas total, nos anos de 2000 a 2003, foi o seguinte:

	2000	2001	2002	2003
Volume Total (kg)	18 754 716	19 131 318	19 709 203	19 795 512,8

² V. as listas de clientes fornecidas pela Arguida (fls. 2539 e ss), bem como a sua análise do sector a fls. 2201.

1.4 A Procura

19.º

A procura do café torrado pode ser segmentada em quatro grupos: supermercados e lojas, Horeca, *vending* e institucional ou *office*, sendo que a prática em causa incide sobre o fornecimento de café ao canal HORECA.

1.5 Contratos de Fornecimento de Café

20.º

Em geral, os contratos tipo de fornecimento de café no canal HORECA reconduzem-se a uma matriz comum, que se caracteriza pela possibilidade de inclusão das seguintes cláusulas contratuais:

- Obrigação de compra exclusiva para o adquirente de café (empresa no canal HORECA);
- Obrigação de aquisição de uma denominada "*quantidade mínima mensal*";
- Duração indeterminada do contrato, dependente da aquisição de uma quantidade total de café;
- Imposição da obrigação de publicitar apenas marcas do fornecedor exclusivo de café;
- Associação, ao fornecimento de café, de comodato de equipamentos, tais como máquinas e moinhos de café ou de material de ponto de venda, e de pagamentos a título de compensação por serviços de publicidade;
- Previsão de sanções no caso de violação da obrigação de exclusividade por parte do adquirente;
- Estipulação de um montante indemnizatório por cada quilograma (kg) de café não consumido.

2. O Comportamento da Arguida

21.º

CONFIDENCIAL

22.º

CONFIDENCIAL

23.º

CONFIDENCIAL

2.1 Características Gerais dos Contratos

24.º

Os contratos *sub judice* – que aqui se dão por integralmente reproduzidos – têm por objecto o fornecimento de café pela Arguida, CONFIDENCIAL

25.º

CONFIDENCIAL

26.º

CONFIDENCIAL

27.º

CONFIDENCIAL

28.º

CONFIDENCIAL

CONFIDENCIAL

29.º

CONFIDENCIAL

30.º

CONFIDENCIAL

31.º

CONFIDENCIAL

32.º

CONFIDENCIAL

33.º

CONFIDENCIAL

34.º

CONFIDENCIAL

35.º

CONFIDENCIAL

36.º

CONFIDENCIAL

2.2 Rede de Contratos

37.º

Com base no clausulado tipo descrito, resulta dos autos que a Arguida celebrou vários contratos de fornecimento de café, cuja representatividade, no seu universo de clientes no canal HORECA e no total de quilos de café por esta vendidos, pode ser expressa da seguinte forma⁵:

⁵ Fls. 11789 e 12017.

Anos	Com Contrato				Sem Contrato			
	N.º clientes	Quota %	Volume de Vendas (kg)	Quota %	N.º clientes	Quota %	Volume de Vendas (kg)	Quota %
2000								
2001				CONFIDENCIAL				
2002								
2003								

III. APRECIÇÃO JURÍDICA E ECONÓMICA

1. O Mercado Relevante

38.º

O mercado relevante é definido tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica.

1.1 O Mercado do Produto

39.º

O mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e utilização pretendida.

40.º

No caso concreto, entende-se que o mercado do produto relevante é o mercado do café torrado e torrefacto para consumo no canal HORECA.

1.2 O Mercado Geográfico

41.º

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

42.º

Na presente análise, considera-se que o mercado geográfico relevante coincide com o território nacional.

1.3 Quotas de Mercado

43.º

Para o período de 2000 a 2003, apresentam-se em seguida as quotas de mercado determinadas *i)* por uma empresa de estudos de mercado, a Nielsen, *ii)* pela própria Arguida (através da introdução de um factor de correcção estimado e denominado “taxa de cobertura”), e *iii)* pela AdC:

i) Quotas Nielsen⁶

	2000	2001	2002	2003
Nestlé	25,1%	24,1%	26,9%	26,1%

ii) Quotas Nestlé⁷

	2000	2001	2002	2003
Nestlé				

CONFIDENCIAL

⁶ Cf. fls. 12572.

⁷ Fls. 12574.

iii) Quotas AdC

	2000	2001	2002	2003
Nestlé	CONFIDENCIAL			

44.º

A existência de redes de distribuição assentes na celebração de contratos com inclusão de cláusulas de compra exclusiva, mantidas por diferentes empresas no mercado, pode originar um efeito cumulativo de exclusão.

45.º

No mercado *sub judice*, verifica-se que as empresas nele presentes tendem a organizar redes de distribuição de café vinculando os seus clientes a cláusulas de compra exclusiva, existindo, assim, redes paralelas de acordos.

46.º

Para a determinação de um efeito cumulativo, tomaram-se as empresas com quotas de mercado superiores a 7%, no período em análise, ou seja, a Nestlé, a Delta, a Nutricafés e a Segafredo⁸.

47.º

Dos dados constantes do processo, verificou-se que as vendas objecto de contrato com cláusula de compra exclusiva das quatro maiores empresas no mercado apresentam, no período em análise de 2000 a 2003, uma tendência crescente, que atinge metade do mercado.

48.º

No que respeita à evolução do número de clientes com os quais foi celebrado um contrato contendo obrigações de compra exclusiva, verifica-se de igual modo um aumento dessa representatividade.

⁸ V. ainda a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º TCE (*de minimis*). J.O.C.E. C 368, de 22.12.2001, p. 13.

49.º

Deste modo, pode concluir-se que, pelo menos ao nível das quatro maiores empresas no mercado, a tendência é subordinar a sua clientela a uma obrigação de exclusividade.

2. Tipo objectivo

50.º

De acordo com o disposto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, *“são proibidos os acordos entre empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional.”*

51.º

No caso concreto, estamos perante contratos celebrados entre empresas situadas, para efeitos do acordo, em níveis diferentes da cadeia de distribuição: a Arguida actua enquanto fornecedora de café (produtora e grossista) a outras empresas que, depois de o transformarem em bebida, o vendem ao público.

52.º

Trata-se, pois, para efeitos de Direito da Concorrência, de acordos verticais entre empresas, ou seja, acordos em que participam empresas cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens (v. artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999).

2.1 A aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003

53.º

Os contratos tipo são elaborados pela Arguida, sem que as restantes partes contratantes tenham intervenção na redacção do clausulado que determina a qualificação jurídica do acordo.

54.º

Nos contratos tipo celebrados pela Arguida, estão incluídas cláusulas contendo obrigações de compra exclusiva, ou seja, o comprador obriga-se a adquirir, unicamente, uma marca de café do fornecedor ou de um distribuidor por este indicado (*“os produtos da produção e/ou comercialização da Nestlé”*, como consta dos contratos tipo) – cláusulas denominadas nos contratos como *“obrigação de exclusividade”*, enquadrando-se no conceito de obrigação de não concorrência, na medida em que impedem o adquirente de adquirir bens concorrentes ao bem contratual.

55.º

No que concerne à vigência da obrigação de não concorrência, esta vigora, inicialmente, tal como a totalidade do contrato, durante um período de tempo fixado em meses e estabelecido no mesmo (v. cláusula V, 1.º a) dos contratos tipo). A duração concreta de cada contrato não integra o conjunto de cláusulas tipo, pelo que é objecto de preenchimento casuístico.

56.º

No entanto, independentemente da duração concreta inicialmente fixada nos contratos, estes prevêem que *“o contrato terminará antes da duração referida (...), caso o 2.º Outorgante [o comprador] adquira a(s) quantidade(s) referida(s) (...) em menor período de tempo”* (cláusula V, 1.º b) dos contratos tipo). Por outro lado, *“o 1.º Outorgante [a Arguida] poderá prolongar o contrato, caso não se verifique a compra da quantidade fixada na cláusula I, alínea 3.ª [consumo mínimo mensal]”* (cláusula V, 1.º c) dos contratos tipo).

57.º

O contrato não prevê a possibilidade de prolongamento da sua vigência sem a denominada cláusula de exclusividade.

58.º

O prolongamento da duração do contrato pela Arguida não está sujeito a qualquer declaração prévia de concordância por parte do contratante adquirente.

59.º

O termo certo do contrato converte-se, assim, em condição resolutiva. Em vez de vigorar por um período temporal definido em meses (termo certo), o contrato e a obrigação de não concorrência continuarão em vigor até que o contratante adquirente realize todas as compras de café a que se vinculou (condição resolutiva). Não é, pois, possível prever a duração concreta do contrato após a sua prorrogação: só quando a quantidade total de café tiver sido adquirida se extinguirá o contrato e a obrigação de compra exclusiva.

60.º

A restrição vertical não está, pois, limitada no tempo, impedindo os adquirentes de café de procurarem outros fornecedores.

61.º

As cláusulas de obrigação de compra exclusiva, aliadas à imposição de compra de uma quantidade pré-definida e da possibilidade da Arguida poder prolongar a vigência do contrato por tempo indeterminado, têm um objecto e efeito anti-concorrencial.

62.º

Ao incluir estas cláusulas nos contratos tipo que celebra, a Arguida maximiza o período de vinculação dos seus compradores, impedindo-os, deste modo, de realizar aquisições a outros fornecedores de café durante um período de tempo de duração incerta.

63.º

Ao coarctar a liberdade de escolha de fontes alternativas de abastecimento dos seus clientes no canal HORECA, durante períodos indeterminados de tempo, a Arguida consegue aumentar,

artificialmente, as barreiras à entrada no mercado: não só se torna difícil para um novo concorrente estabelecer-se no mercado, como, para os concorrentes já presentes, conquistar uma maior quota de mercado, dado que o número de clientes *livres* fica reduzido.

64.º

Os contratos têm, deste modo, como objecto e efeito a redução da concorrência no mercado relevante, limitando, em última análise, a liberdade de escolha dos consumidores de café bebida, não só dentro de um estabelecimento, como no mercado HORECA em geral⁹.

2.2 Aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 (*ex vi* artigo 5.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho)

65.º

No que respeita à aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 (doravante denominado o Regulamento), relativo a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (abstractamente aplicável ao caso concreto, por força da remissão do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), verifica-se que, no caso concreto, a Arguida detém, em 2003, uma quota inferior ao limiar de 30% fixado no Regulamento.

66.º

De acordo com a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento, entende-se por obrigação de não concorrência "*qualquer obrigação directa ou indirecta que obrigue o comprador a não fabricar, adquirir, vender ou revender bens ou serviços que entrem em concorrência com os bens ou serviços contratuais, ou qualquer obrigação directa ou indirecta imposta ao comprador no sentido de adquirir ao fornecedor mais de 80% das compras totais do comprador em termos*

⁹ Cf., ainda, a Comunicação da Comissão "Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado". J.O. C 101, de 27.04.2004, página 97 e ss.

de bens ou serviços contratuais e respectivos substitutos no mercado relevante, calculadas com base no valor das suas compras do ano civil anterior”.

67.º

As cláusulas que são denominadas, nos contratos tipo *sub judice*, como de “*obrigação de exclusividade*” enquadram-se no conceito de obrigação de não concorrência adoptado no Regulamento, na medida em que impedem o contratante comprador de adquirir bens concorrentes ao bem contratual.

68.º

Por outro lado, o artigo 5.º do Regulamento determina que a isenção prevista no artigo 2.º do Regulamento não é aplicável a nenhuma das obrigações que elenca. Entre essas obrigações, encontra-se prevista, na alínea a), “*qualquer obrigação de não concorrência directa ou indirecta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos. Uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovada por mais que um período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indefinida. Todavia, o prazo limite 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 a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação não ultrapasse o período de ocupação das instalações e terrenos pelo comprador.*”

69.º

No caso concreto, os contratos tipo prevêem a possibilidade de a Arguida, unilateralmente, prorrogar a vigência do contrato, no caso de não terem sido adquiridas as quantidades mínimas mensais nele fixadas. Por outro lado, não está prevista a possibilidade de o adquirente se poder opor a esta prorrogação unilateral.

70.º

Considera-se, assim, que a obrigação de não concorrência não está abrangida pela exceção do artigo 2.º do Regulamento, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 5.º do Regulamento, aplicável ao caso concreto *ex vi* n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

71.º

Os contratos celebrados pela Arguida incluem cláusulas que, pelo seu objecto e efeito, são susceptíveis de restringir a concorrência (restrições verticais), na acepção do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, pela imposição de uma obrigação de não concorrência, que se prolonga por tempo indeterminado, até que o adquirente realize a compra da totalidade de quilos de café prevista no contrato.

3. Do comportamento da Arguida após a Decisão da AdC

72.º

A partir de 14 de Dezembro de 2006, e na sequência da Decisão condenatória da Autoridade da Concorrência de 20 de Abril de 2006, o modelo de contrato tipo utilizado pela Arguida para a celebração de contratos de fornecimento de café no canal HORECA foi alterado, correspondendo às exigências expressas na Decisão da AdC.

73.º

Não obstante a anulação da citada Decisão da AdC pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, a Arguida absteve-se de *“reverter as alterações introduzidas no seu modelo de contrato de fornecimento de café”* e avançou no propósito *“de implementar, desde o início de 2007, o novo modelo de contrato”, “mante[ndo]-se fiel ao espírito de boa colaboração com [a] Autoridade”*. A Arguida comunicou à Autoridade da Concorrência que, apesar de estar

“juridicamente desobrigada do cumprimento da referida injunção (...) em espírito de colaboração com essa Autoridade e desejando ir ao encontro das preocupações

manifestadas na decisão impugnada, a Nestlé Portugal, S.A., expressamente comunica a V. Exas. que se absterá de reverter as alterações introduzidas no seu modelo de contrato de fornecimento de café, pelo que manterá todas as alterações, tal como comunicadas à AdC em 14 de Dezembro de 2006, apesar de, naturalmente, manter a sua discordância quanto ao entendimento da Autoridade a este respeito, expresso na decisão objecto de anulação” (fls. 14887 a 14902).

74.º

CONFIDENCIAL

75.º

CONFIDENCIAL

76.º

CONFIDENCIAL

77.º

Por outro lado, esta cláusula pode ser também entendida como uma “válvula de segurança” no que respeita à duração “excessiva” dos contratos. Ao permitir detectar antecipadamente desvios significativos na aquisição das quantidades de café acordadas, são diminuídos os casos de prolongamento da vigência do contrato, apesar de agora esse prolongamento não estar sujeito a obrigação de compra exclusiva, o que pode ser considerado um outro aspecto positivo do novo clausulado do contrato-tipo.

78.º

CONFIDENCIAL

CONFIDENCIAL

79.º

Por outro lado, a Arguida, não só alterou o contrato-tipo de fornecimento de café, como tomou a iniciativa de enviar um Comunicado a cada um dos seus clientes cujo contrato havia excedido 5 anos de vigência, no qual informa que:

CONFIDENCIAL

80.º

Acresce que, em 19 de Março de 2008, a Arguida veio introduzir um importante elemento tendente a restabelecer um equilíbrio entre possível ganho indevido por parte da Arguida aquando da existência dos anteriores contratos tipo, que se traduziu nos seguintes compromissos em relação aos contratos de fornecimento de café utilizados até à implementação do novo modelo de contrato de fornecimento:

CONFIDENCIAL

CONFIDENCIAL

81.º

Por todo o exposto, considera-se que a Arguida, ao alterar o seu contrato-tipo de fornecimento de café no canal HORECA da forma descrita, ao remeter aos seus clientes o Comunicado *supra* referido e ao responsabilizar-se nos termos já enumerados, colmatou inteiramente as insuficiências jusconcorrenciais assinaladas pela AdC no âmbito do presente processo. A actuação da Arguida é particularmente significativa uma vez que se pauta por um espírito de colaboração que não lhe era legalmente exigido.

82.º

Nestes termos, avaliados e devidamente ponderados todos os inconvenientes e benefícios para os objectivos desta Autoridade, que tem como fim o estabelecimento e defesa de uma livre e sã concorrência no mercado, considera-se que estes objectivos foram plenamente atingidos.

IV. CONCLUSÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

Tendo em conta os compromissos e as responsabilidades assumidas pela Arguida, cujo cumprimento a Autoridade da Concorrência se reserva a possibilidade de monitorizar, ordenar o arquivamento do presente processo ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Segundo

Manter, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão, um acompanhamento atento da actividade da Arguida no mercado de fornecimento de café no canal HORECA.

Terceiro

O presente processo poderá ser reaberto caso surjam novos elementos de prova que invalidem os fundamentos da presente Decisão de arquivamento ou ocorram alterações dos respectivos pressupostos.

Quarto

Comunicar a presente decisão de arquivamento à Arguida Nestlé Portugal, S.A..

Lisboa, de Maio de 2008.

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Manuel Sebastião
Presidente

Jaime Andrez
Vogal

João Espírito Santo Noronha
Vogal

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Versão não confidencial

Decisão de Arquivamento

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as competências atribuídas pelos artigos 6.º n.º 1, alínea *a*) e 7.º, n.º 2 alínea *a*) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (adiante designada por Autoridade), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;

Considerando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho;

Visto o processo de contra-ordenação registado sob a classificação PRC-31/04, aberto nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em que é arguida a Nestlé Portugal, S.A. (doravante Nestlé), pessoa colectiva n.º 500 201 307, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Oeiras com o n.º 5375, e com sede na Rua Alexandre Herculano, n.º 8, 2799-554 Linda-a-Velha, freguesia de Carnaxide, no Concelho de Oeiras;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

I – DO PROCESSO

1.º

O presente processo teve origem numa denúncia apresentada pela empresa Café da Palha, Lda. (doravante Café da Palha) que celebrou com a Nestlé, em 02.06.1999, um Contrato de fornecimento exclusivo de café da marca “*Buondi*” (fls. 4 a 26). A Café da Palha, com o número de identificação de pessoa colectiva 504 364 936, tem sede na Rua do Bojadouro, módulo F-12,

Parque das Nações, 1800 Lisboa, e tem por objecto social a actividade de restauração, nomeadamente a exploração de cafetarias, restaurantes, bares e actividades hoteleiras similares.

2.º

Por Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 28.10.2004, foi mandado instruir o presente processo, autuado e registado como consta a fls. 2 e 3.

3.º

Após a abertura do presente processo, foram realizadas, entre outras, as seguintes diligências probatórias:

- Pedido de elementos à Nestlé;
- Pedido de elementos a 48 (quarenta e oito) empresas presumivelmente concorrentes da Nestlé;
- Pedido de elementos a 8 (oito) Associações representativas de empresas situadas no lado da oferta e da procura (canal HORECA¹);
- Pedido de elementos a 10 (dez) empresas situadas no lado da procura (canal HORECA);
- Inquirição do Representante legal de uma empresa situada no lado da procura (canal HORECA) (fls. 29 a 185; 9920 a 9943; 11761 a 11773; e 11798 e 11799).

4.º

A Autoridade enviou à Arguida a Nota de Ilícitude que consta de fls. 12369 a 12436 e que aqui se dá por integralmente reproduzida. A título de resumo, a Nota de Ilícitude notificava a Arguida da existência de indícios suficientes de um ilícito contra-ordenacional punível pelo n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

5.º

¹ O chamado "canal HORECA" abrange os estabelecimentos de hotelaria, restauração e cafetaria (fls. 14876).

A constatação da existência de tais indícios baseou-se fundamentalmente no facto de a Nestlé celebrar, manter e aplicar contratos de fornecimento de café no canal HORECA, contendo restrições verticais, correspondendo a uma matriz comum aos contratos tipo analisados nos presentes autos, constituindo esta prática uma contra-ordenação prevista no n.º 1 do artigo 4.º em conjugação com a alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei 18/2003.

6.º

A resposta da Arguida à Nota de Ilicitude consta de fls. 12471 a 12502 do processo, dando-se aqui por reproduzida. A Arguida requereu audição oral (cf. fls. 12565 a 12588).

7.º

Por Decisão de 20 de Abril de 2006 (que consta de fls. 12622 a 12741), regularmente notificada aos Mandatários da Arguida e comunicada ao seu representante legal (fls. 12742 e 12743), o Conselho da Autoridade da Concorrência decidiu, em síntese, que:

“Primeiro

A Arguida Nestlé Portugal, S.A., ao celebrar contratos de fornecimento de café com cláusulas de compra exclusiva, tendo por objecto e efeito restringir de forma sensível a concorrência, violou a proibição contida no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. Tal violação constitui uma contra-ordenação punível nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º do mesmo diploma legal.

Segundo

Tendo em conta as considerações enunciadas na presente Decisão e o disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada, à Arguida, destinatária da presente Decisão, uma coima no valor de € 1.000.000,00 (um milhão de euros)

[...]

Quinto

Ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade ordena à Arguida que cesse a prática e adopte as providências enunciadas

no ponto III.3. [da Decisão] até sessenta dias úteis após a notificação da presente Decisão”.

8.º

As providências enunciadas no referido ponto III.3. da Decisão consistiam na alteração dos

“(…) seus contratos de distribuição de café em conformidade com a presente Decisão, de modo a eliminar as cláusulas contratuais que, isoladamente ou em conjunto com outras, impliquem, directa ou indirectamente, uma duração da obrigação de compra exclusiva por período superior a cinco anos ou a renovação para além dos cinco anos sem o consentimento expreso e livre de ambas as partes. Considera-se que o consentimento não será livre se a não prorrogação da vigência da cláusula de compra exclusiva der lugar ao pagamento de quantias pecuniárias ou outro tipo de consequências negativas para o adquirente” (fls. 12737).

9.º

De modo a assegurar o efeito útil da Decisão, a Autoridade da Concorrência decidiu ainda que:

“[A]s condições de vigência da cláusula de não concorrência previstas no artigo anterior desta Decisão aplicam-se às cláusulas contratuais que imponham que apenas o café fornecido pela Arguida pode ser utilizado no equipamento cedido a título gratuito ou oneroso, bem como às cláusulas contratuais relativas a publicidade” (fls. 12737).

10.º

Finalmente, foi ordenada à Arguida a apresentação dos modelos de contratos de distribuição revistos em conformidade com a Decisão (cf. artigo 435.º da Decisão, fls. 12737).

11.º

Da Decisão da Autoridade da Concorrência foi interposto recurso judicial pela Arguida (fls. 12765 e ss), tendo sido proferida correspondente Sentença pelo Tribunal de Comércio de Lisboa no processo 766/06.4TYLSB (fls. 14375 a 14447).

12.º

Em síntese, o Tribunal de Comércio de Lisboa julgou *“procedente a nulidade suscitada nas alegações de recurso de violação do direito de defesa da arguida, resultante de parte da acusação se fundamentar em elementos confidenciais a que a arguida não teve acesso”*, declarando o Tribunal *“a nulidade de todo o processo a partir da última diligência probatória encetada pela autoridade recorrida [a Autoridade da Concorrência], isto é, a partir da audição oral dos representantes da arguida (exclusive)”*, e determinando *“a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade de que padece a decisão em conformidade com o supra exposto”*.

II – DOS FACTOS

13.º

A Nestlé Portugal, S.A., é uma sociedade anónima, com um capital social de € 30.000.000,00 (trinta milhões de euros), que integra um importante grupo económico, de dimensão mundial (fls. 2305 e ss, 2234 e ss, 12590 e ss e 14858 e ss). A Arguida tem por objecto social a produção, importação, exportação e o comércio em geral de produtos destinados à alimentação e ingestão, para seres humanos e animais domésticos, e de produtos destinados à aplicação a seres humanos. A Nestlé pode, ainda, fornecer e desenvolver, sob qualquer forma, todos os serviços e actividades, na área dos produtos mencionados, incluindo todos os equipamentos, acessórios e similares, considerados necessários para a preparação, distribuição e venda dos mesmos (fls. 2204 a 2211).

14.º

A Arguida exerce a actividade de fornecimento de café com as marcas *Sical, Tofa, Christina e Buondi* (fls. 2235 e 2325).

1. O Mercado

1.1 O Produto

15.º

O produto em causa consiste no café torrado ou torrefacto, a partir do qual é possível realizar misturas, podendo ser apresentado em grão ou moído e vendido em embalagens ou pastilhas.

1.2 Dimensão Geográfica

16.º

O produto café torrado é distribuído em todo o território nacional², sendo que, em 2002, do quantitativo global de importações de café (41.648 Tm), apenas 0,84% se refere a café torrado, sendo inexpressivos os montantes exportados do mesmo produto (5.500 Tm).

1.3 A Oferta

17.º

No mercado de fornecimento de café torrado ao canal HORECA, concorre um elevado número de empresas de mui díspar grandeza em termos de volume de vendas e em termos de volume de negócios.

18.º

Para efeitos de análise, tomou-se uma amostra de 34 empresas presentes no mercado de fornecimento de café ao canal HORECA, cujo volume de vendas total, nos anos de 2000 a 2003, foi o seguinte:

	2000	2001	2002	2003
Volume Total (kg)	18 754 716	19 131 318	19 709 203	19 795 512,8

² V. as listas de clientes fornecidas pela Arguida (fls. 2539 e ss), bem como a sua análise do sector a fls. 2201.

1.4 A Procura

19.º

A procura do café torrado pode ser segmentada em quatro grupos: supermercados e lojas, Horeca, *vending* e institucional ou *office*, sendo que a prática em causa incide sobre o fornecimento de café ao canal HORECA.

1.5 Contratos de Fornecimento de Café

20.º

Em geral, os contratos tipo de fornecimento de café no canal HORECA reconduzem-se a uma matriz comum, que se caracteriza pela possibilidade de inclusão das seguintes cláusulas contratuais:

- Obrigação de compra exclusiva para o adquirente de café (empresa no canal HORECA);
- Obrigação de aquisição de uma denominada "*quantidade mínima mensal*";
- Duração indeterminada do contrato, dependente da aquisição de uma quantidade total de café;
- Imposição da obrigação de publicitar apenas marcas do fornecedor exclusivo de café;
- Associação, ao fornecimento de café, de comodato de equipamentos, tais como máquinas e moinhos de café ou de material de ponto de venda, e de pagamentos a título de compensação por serviços de publicidade;
- Previsão de sanções no caso de violação da obrigação de exclusividade por parte do adquirente;
- Estipulação de um montante indemnizatório por cada quilograma (kg) de café não consumido.

2. O Comportamento da Arguida

21.º

CONFIDENCIAL

22.º

CONFIDENCIAL

23.º

CONFIDENCIAL

2.1 Características Gerais dos Contratos

24.º

Os contratos *sub judice* – que aqui se dão por integralmente reproduzidos – têm por objecto o fornecimento de café pela Arguida, CONFIDENCIAL

25.º

CONFIDENCIAL

26.º

CONFIDENCIAL

27.º

CONFIDENCIAL

28.º

CONFIDENCIAL

12.07-25.04.04

CONFIDENCIAL

29.º

CONFIDENCIAL

30.º

CONFIDENCIAL

31.º

CONFIDENCIAL

32.º

CONFIDENCIAL

33.º

CONFIDENCIAL

34.º

CONFIDENCIAL

35.º

CONFIDENCIAL

36.º

CONFIDENCIAL

2.2 Rede de Contratos

37.º

Com base no clausulado tipo descrito, resulta dos autos que a Arguida celebrou vários contratos de fornecimento de café, cuja representatividade, no seu universo de clientes no canal HORECA e no total de quilos de café por esta vendidos, pode ser expressa da seguinte forma⁵:

⁵ Fls. 11789 e 12017.

Anos	Com Contrato				Sem Contrato			
	N.º clientes	Quota %	Volume de Vendas (kg)	Quota %	N.º clientes	Quota %	Volume de Vendas (kg)	Quota %
2000								
2001				CONFIDENCIAL				
2002								
2003								

III. APRECIÇÃO JURÍDICA E ECONÓMICA

1. O Mercado Relevante

38.º

O mercado relevante é definido tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica.

1.1 O Mercado do Produto

39.º

O mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e utilização pretendida.

40.º

No caso concreto, entende-se que o mercado do produto relevante é o mercado do café torrado e torrefacto para consumo no canal HORECA.

1.2 O Mercado Geográfico

41.º

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

42.º

Na presente análise, considera-se que o mercado geográfico relevante coincide com o território nacional.

1.3 Quotas de Mercado

43.º

Para o período de 2000 a 2003, apresentam-se em seguida as quotas de mercado determinadas *i)* por uma empresa de estudos de mercado, a Nielsen, *ii)* pela própria Arguida (através da introdução de um factor de correcção estimado e denominado “taxa de cobertura”), e *iii)* pela AdC:

i) Quotas Nielsen⁶

	2000	2001	2002	2003
Nestlé	25,1%	24,1%	26,9%	26,1%

ii) Quotas Nestlé⁷

	2000	2001	2002	2003
Nestlé				

CONFIDENCIAL

⁶ Cf. fls. 12572.

⁷ Fls. 12574.

iii) Quotas AdC

	2000	2001	2002	2003
Nestlé	CONFIDENCIAL			

44.º

A existência de redes de distribuição assentes na celebração de contratos com inclusão de cláusulas de compra exclusiva, mantidas por diferentes empresas no mercado, pode originar um efeito cumulativo de exclusão.

45.º

No mercado *sub judice*, verifica-se que as empresas nele presentes tendem a organizar redes de distribuição de café vinculando os seus clientes a cláusulas de compra exclusiva, existindo, assim, redes paralelas de acordos.

46.º

Para a determinação de um efeito cumulativo, tomaram-se as empresas com quotas de mercado superiores a 7%, no período em análise, ou seja, a Nestlé, a Delta, a Nutricafés e a Segafredo⁸.

47.º

Dos dados constantes do processo, verificou-se que as vendas objecto de contrato com cláusula de compra exclusiva das quatro maiores empresas no mercado apresentam, no período em análise de 2000 a 2003, uma tendência crescente, que atinge metade do mercado.

48.º

No que respeita à evolução do número de clientes com os quais foi celebrado um contrato contendo obrigações de compra exclusiva, verifica-se de igual modo um aumento dessa representatividade.

⁸ V. ainda a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º TCE (*de minimis*). J.O.C.E. C 368, de 22.12.2001, p. 13.

49.º

Deste modo, pode concluir-se que, pelo menos ao nível das quatro maiores empresas no mercado, a tendência é subordinar a sua clientela a uma obrigação de exclusividade.

2. Tipo objectivo

50.º

De acordo com o disposto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, *“são proibidos os acordos entre empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional.”*

51.º

No caso concreto, estamos perante contratos celebrados entre empresas situadas, para efeitos do acordo, em níveis diferentes da cadeia de distribuição: a Arguida actua enquanto fornecedora de café (produtora e grossista) a outras empresas que, depois de o transformarem em bebida, o vendem ao público.

52.º

Trata-se, pois, para efeitos de Direito da Concorrência, de acordos verticais entre empresas, ou seja, acordos em que participam empresas cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens (v. artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999).

2.1 A aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003

53.º

Os contratos tipo são elaborados pela Arguida, sem que as restantes partes contratantes tenham intervenção na redacção do clausulado que determina a qualificação jurídica do acordo.

54.º

Nos contratos tipo celebrados pela Arguida, estão incluídas cláusulas contendo obrigações de compra exclusiva; ou seja, o comprador obriga-se a adquirir, unicamente, uma marca de café do fornecedor ou de um distribuidor por este indicado (*“os produtos da produção e/ou comercialização da Nestlé”*, como consta dos contratos tipo) – cláusulas denominadas nos contratos como *“obrigação de exclusividade”*, enquadrando-se no conceito de obrigação de não concorrência, na medida em que impedem o adquirente de adquirir bens concorrentes ao bem contratual.

55.º

No que concerne à vigência da obrigação de não concorrência, esta vigora, inicialmente, tal como a totalidade do contrato, durante um período de tempo fixado em meses e estabelecido no mesmo (v. cláusula V, 1.º a) dos contratos tipo). A duração concreta de cada contrato não integra o conjunto de cláusulas tipo, pelo que é objecto de preenchimento casuístico.

56.º

No entanto, independentemente da duração concreta inicialmente fixada nos contratos, estes prevêem que *“o contrato terminará antes da duração referida (...), caso o 2.º Outorgante [o comprador] adquira a(s) quantidade(s) referida(s) (...) em menor período de tempo”* (cláusula V, 1.º b) dos contratos tipo). Por outro lado, *“o 1.º Outorgante [a Arguida] poderá prolongar o contrato, caso não se verifique a compra da quantidade fixada na cláusula I, alínea 3.ª [consumo mínimo mensal]”* (cláusula V, 1.º c) dos contratos tipo).

57.º

O contrato não prevê a possibilidade de prolongamento da sua vigência sem a denominada cláusula de exclusividade.

58.º

O prolongamento da duração do contrato pela Arguida não está sujeito a qualquer declaração prévia de concordância por parte do contratante adquirente.

59.º

O termo certo do contrato converte-se, assim, em condição resolutiva. Em vez de vigorar por um período temporal definido em meses (termo certo), o contrato e a obrigação de não concorrência continuarão em vigor até que o contratante adquirente realize todas as compras de café a que se vinculou (condição resolutiva). Não é, pois, possível prever a duração concreta do contrato após a sua prorrogação: só quando a quantidade total de café tiver sido adquirida se extinguirá o contrato e a obrigação de compra exclusiva.

60.º

A restrição vertical não está, pois, limitada no tempo, impedindo os adquirentes de café de procurarem outros fornecedores.

61.º

As cláusulas de obrigação de compra exclusiva, aliadas à imposição de compra de uma quantidade pré-definida e da possibilidade da Arguida poder prolongar a vigência do contrato por tempo indeterminado, têm um objecto e efeito anti-concorrencial.

62.º

Ao incluir estas cláusulas nos contratos tipo que celebra, a Arguida maximiza o período de vinculação dos seus compradores, impedindo-os, deste modo, de realizar aquisições a outros fornecedores de café durante um período de tempo de duração incerta.

63.º

Ao coarctar a liberdade de escolha de fontes alternativas de abastecimento dos seus clientes no canal HORECA, durante períodos indeterminados de tempo, a Arguida consegue aumentar,

artificialmente, as barreiras à entrada no mercado: não só se torna difícil para um novo concorrente estabelecer-se no mercado, como, para os concorrentes já presentes, conquistar uma maior quota de mercado, dado que o número de clientes *livres* fica reduzido.

64.º

Os contratos têm, deste modo, como objecto e efeito a redução da concorrência no mercado relevante, limitando, em última análise, a liberdade de escolha dos consumidores de café bebida, não só dentro de um estabelecimento, como no mercado HORECA em geral⁹.

2.2 Aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 (ex vi artigo 5.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho)

65.º

No que respeita à aplicação do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 (doravante denominado o Regulamento), relativo a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (abstractamente aplicável ao caso concreto, por força da remissão do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), verifica-se que, no caso concreto, a Arguida detém, em 2003, uma quota inferior ao limiar de 30% fixado no Regulamento.

66.º

De acordo com a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento, entende-se por obrigação de não concorrência "*qualquer obrigação directa ou indirecta que obrigue o comprador a não fabricar, adquirir, vender ou revender bens ou serviços que entrem em concorrência com os bens ou serviços contratuais, ou qualquer obrigação directa ou indirecta imposta ao comprador no sentido de adquirir ao fornecedor mais de 80% das compras totais do comprador em termos*

⁹ Cf., ainda, a Comunicação da Comissão "Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado". J.O. C 101, de 27.04.2004, página 97 e ss.

de bens ou serviços contratuais e respectivos substitutos no mercado relevante, calculadas com base no valor das suas compras do ano civil anterior”.

67.º

As cláusulas que são denominadas, nos contratos tipo *sub judice*, como de “*obrigação de exclusividade*” enquadram-se no conceito de obrigação de não concorrência adoptado no Regulamento, na medida em que impedem o contratante comprador de adquirir bens concorrentes ao bem contratual.

68.º

Por outro lado, o artigo 5.º do Regulamento determina que a isenção prevista no artigo 2.º do Regulamento não é aplicável a nenhuma das obrigações que elenca. Entre essas obrigações, encontra-se prevista, na alínea a), “*qualquer obrigação de não concorrência directa ou indirecta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos. Uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovada por mais que um período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indefinida. Todavia, o prazo limite 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 a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação não ultrapasse o período de ocupação das instalações e terrenos pelo comprador.*”

69.º

No caso concreto, os contratos tipo prevêem a possibilidade de a Arguida, unilateralmente, prorrogar a vigência do contrato, no caso de não terem sido adquiridas as quantidades mínimas mensais nele fixadas. Por outro lado, não está prevista a possibilidade de o adquirente se poder opor a esta prorrogação unilateral.

70.º

Considera-se, assim, que a obrigação de não concorrência não está abrangida pela excepção do artigo 2.º do Regulamento, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 5.º do Regulamento, aplicável ao caso concreto *ex vi* n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

71.º

Os contratos celebrados pela Arguida incluem cláusulas que, pelo seu objecto e efeito, são susceptíveis de restringir a concorrência (restrições verticais), na acepção do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, pela imposição de uma obrigação de não concorrência, que se prolonga por tempo indeterminado, até que o adquirente realize a compra da totalidade de quilos de café prevista no contrato.

3. Do comportamento da Arguida após a Decisão da AdC

72.º

A partir de 14 de Dezembro de 2006, e na sequência da Decisão condenatória da Autoridade da Concorrência de 20 de Abril de 2006, o modelo de contrato tipo utilizado pela Arguida para a celebração de contratos de fornecimento de café no canal HORECA foi alterado, correspondendo às exigências expressas na Decisão da AdC.

73.º

Não obstante a anulação da citada Decisão da AdC pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, a Arguida absteve-se de *“reverter as alterações introduzidas no seu modelo de contrato de fornecimento de café”* e avançou no propósito *“de implementar, desde o início de 2007, o novo modelo de contrato”*, *“mante[ndo]-se fiel ao espírito de boa colaboração com [a] Autoridade”*. A Arguida comunicou à Autoridade da Concorrência que, apesar de estar

“juridicamente desobrigada do cumprimento da referida injunção (...) em espírito de colaboração com essa Autoridade e desejando ir ao encontro das preocupações

manifestadas na decisão impugnada, a Nestlé Portugal, S.A., expressamente comunica a V. Exas. que se absterá de reverter as alterações introduzidas no seu modelo de contrato de fornecimento de café, pelo que manterá todas as alterações, tal como comunicadas à AdC em 14 de Dezembro de 2006, apesar de, naturalmente, manter a sua discordância quanto ao entendimento da Autoridade a este respeito, expresso na decisão objecto de anulação” (fls. 14887 a 14902).

74.º

CONFIDENCIAL

75.º

CONFIDENCIAL

76.º

CONFIDENCIAL

77.º

Por outro lado, esta cláusula pode ser também entendida como uma “*válvula de segurança*” no que respeita à duração “excessiva” dos contratos. Ao permitir detectar antecipadamente desvios significativos na aquisição das quantidades de café acordadas, são diminuídos os casos de prolongamento da vigência do contrato, apesar de agora esse prolongamento não estar sujeito a obrigação de compra exclusiva, o que pode ser considerado um outro aspecto positivo do novo clausulado do contrato-tipo.

78.º

CONFIDENCIAL

CONFIDENCIAL

79.º

Por outro lado, a Arguida, não só alterou o contrato-tipo de fornecimento de café, como tomou a iniciativa de enviar um Comunicado a cada um dos seus clientes cujo contrato havia excedido 5 anos de vigência, no qual informa que:

CONFIDENCIAL

80.º

Acresce que, em 19 de Março de 2008, a Arguida veio introduzir um importante elemento tendente a restabelecer um equilíbrio entre possível ganho indevido por parte da Arguida aquando da existência dos anteriores contratos tipo, que se traduziu nos seguintes compromissos em relação aos contratos de fornecimento de café utilizados até à implementação do novo modelo de contrato de fornecimento:

CONFIDENCIAL

CONFIDENCIAL

81.º

Por todo o exposto, considera-se que a Arguida, ao alterar o seu contrato-tipo de fornecimento de café no canal HORECA da forma descrita, ao remeter aos seus clientes o Comunicado *supra* referido e ao responsabilizar-se nos termos já enumerados, colmatou inteiramente as insuficiências jusconcorrenciais assinaladas pela AdC no âmbito do presente processo. A actuação da Arguida é particularmente significativa uma vez que se pauta por um espírito de colaboração que não lhe era legalmente exigido.

82.º

Nestes termos, avaliados e devidamente ponderados todos os inconvenientes e benefícios para os objectivos desta Autoridade, que tem como fim o estabelecimento e defesa de uma livre e sã concorrência no mercado, considera-se que estes objectivos foram plenamente atingidos.

IV. CONCLUSÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

Tendo em conta os compromissos e as responsabilidades assumidas pela Arguida, cujo cumprimento a Autoridade da Concorrência se reserva a possibilidade de monitorizar, ordenar o arquivamento do presente processo ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Segundo

Manter, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão, um acompanhamento atento da actividade da Arguida no mercado de fornecimento de café no canal HORECA.

Terceiro

O presente processo poderá ser reaberto caso surjam novos elementos de prova que invalidem os fundamentos da presente Decisão de arquivamento ou ocorram alterações dos respectivos pressupostos.

Quarto

Comunicar a presente decisão de arquivamento à Arguida Nestlé Portugal, S.A..

Lisboa, de Maio de 2008.

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Manuel Sebastião
Presidente

Jaime Andrez
Vogal

João Espírito Santo Noronha
Vogal