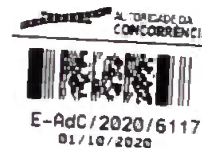




Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt



Proc. nº 322/17.1YUSTR

Recurso (Contraordenação)
274298

CONCLUSÃO - 30-09-2020

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Andreia Fernandes)

=CLS=

•

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

A Autoridade da Concorrência (de ora em diante, AdC) imputou às Visadas, aqui Recorrentes, *EDP – Energias de Portugal, S.A.*, *EDP Comercial – Comercialização de Energia S.A.*, *Sonae Investimentos, SGPS, S.A.*, *SONAE MC – Modelo Continente SGPS e Modelo Continente Hipermercados S.A. SGPS S.A.*, a prática de uma contraordenação (p. e p. pelo artigo 9.º, número 1 alínea c) e artigo 68.º, número 1, alínea a), ambos da Lei da Concorrência, na versão introduzida pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, *Novo regime da Concorrência, NRJC*), pelo estabelecimento, entre elas, de um «pacto de não concorrência», que vigorou entre 5 de Janeiro de 2012 e 31 de Dezembro de 2013 (fls. 5025).

Consequentemente, condenou-as no pagamento das seguintes coimas:

- i) *EDP – Energias de Portugal* coima no valor de 2 milhões e 900 mil euros;
- ii) *EDP Comercial – Comercialização de Energia S.A.* coima no valor de 25 milhões e 800 mil euros;
- iii) *Sonae Investimentos SGPS, S.A* coima no valor de 2 milhões e 800 mil euros;
- iv) à *SONAE MC – Modelo Continente SGPS, S.A.*, não fixou coima, em virtude da inexistência de volume de negócios;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- v) *Modelo Continente Hipermercados S.A., SGPS, S.A.* coima no valor de 6 milhões e 800 mil euros.

*

Mais condenou as Recorrentes na sanção acessória de publicação da decisão de condenação na II série do Diário da República e bem assim em jornal de expansão nacional, no prazo de 20 dias após o trânsito em julgado.

*

Conforme requerimento apresentado em juízo em Maio de 2020, *a visada sonae mc – modelo continente sgps s.a foi incorporada por fusão na visada sonae investimentos sgps s.a.* A sociedade incorporante alterou a sua designação para *SONAE MC SGPS S.A.*, pelo que, das três visadas subsistem duas.

Sem prejuízo, para efeitos de apuramento da responsabilidade contraordenacional manter-se-á a designação aquando da decisão administrativa proferida, retirando-se, do que antecede, as devidas consequências, após trânsito em julgado da sentença ora proferida.

*

Inconformadas, as Recorrentes apresentaram, cada uma delas, para este *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, douto articulado de recurso de impugnação judicial daquela decisão.

Para tanto, estribam o seu recurso, em síntese, no seguinte:

- I. Em douto articulado de recurso (fls. 5160 e seguintes, 15.º volume dos autos) a *EDP – Energias de Portugal, S.A.* (de ora em diante, EDP ou *EDP Energias*) alegou, a título de questão prévia, *a inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da LDC* na parte em que atribui efeito devolutivo ao recurso de impugnação judicial.

No mais, em síntese, argumenta que *não foi parte do Acordo* considerado pela AdC contrário à Lei da Concorrência, nem se encontrava abrangida pela cláusula 12.º visada pela AdC, nem tão pouco implementou ou executou o sobredito Acordo.

Finalmente, no que à coima respeita, argumenta que a decisão é nula, por falta de fundamentação da sanção aplicada, nos termos previstos nos artigos 58.º, número 1, alínea c) e 374.º, número 2 e 379.º, número 1, alínea a), todos do CPP, aplicável por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

remissão do artigo 41.º, número 1 do RGCO. Mais invoca que interpretação conjugada daqueles preceitos no sentido de dispensarem a indicação e fundamentação individualizada da sanção é inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 20.º, números 1 e 4 e 32.º, números 1,5 e 10.

II. Em douto articulado de recurso (fls. 5348 e seguintes, 16.º volume dos autos) a *EDP – Comercial, Comercialização de Energia, S.A.* (de ora em diante, *EDP Comercial*) invoca:

- a nulidade da decisão condenatória, por violação do princípio da boa fé, previsto no artigo 10.º do CPA, dado que, a Autoridade da Concorrência teve *notícia* da alegada infracção em 10 de Fevereiro de 2012 mas, apenas em 3 de Dezembro de 2014, abriu o inquérito que redundou na decisão condenatória objecto de recurso;

- *erro na forma do processo*, alegando que o mesmo não devia ter sido gizado à luz do Novo Regime Jurídico da Concorrência, em vigor desde 7 de Julho de 2012, mas norteado pela pretérita Lei n.º 18/2003. Segundo a Recorrente, a pretérita lei aplica-se, retroactivamente, ao abrigo do disposto no artigo 5.º do C.P.P., pois comporta um *agravamento sensível da posição processual do arguido* em matéria de recurso (a regra geral é agora o efeito meramente devolutivo), admite a *reformatio in pejus* e alarga os prazos prescricionais.

Além disso, alega, aquelas normas são *normas materiais*, a que se aplica o regime do tratamento mais favorável, previsto no artigo 2.º do Código Penal e nos números 1 e 3 do artigo 29.º da Constituição.

Donde, neste segmento, conclui o petitório pugnando pelo reconhecimento de que a decisão censurada padece do vício de nulidade, previsto no artigo 119.º, número 1, alínea f) do Código de Processo Penal.

- a título de *questões constitucionais*, suscitou a inconstitucionalidade do disposto nos números 4 e 5 do artigo 84.º do NRJC e bem assim do número 2, do artigo 69.º do mesmo diploma;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

III. Em douto articulado constante de fls. 6425 (19.º volume, conclusões de recurso a fls. 6613v a 6642), as Recorrentes *Modelo Continente Hipermercados, S.A.* e *Sonae MC – Modelo Continente SGPS, S.A.* argumentam:

- a existência de uma *questão prejudicial* relacionada com a lei aplicável aos autos, na medida em que, segundo alegam, importa determinar o momento da prática do facto típico concretamente imputado às Visadas (artigo 3.º, números 1 e 2 do RGCO) para, a partir daqui, apurar se o regime aplicável aos autos é o constante na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho ou, pelo contrário – como determinado pela douta decisão recorrida – pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Na *tese* das Visadas – aqui Recorrentes – os princípios de proibição de retroactividade da lei penal mais favorável e o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável demandam a aplicação do regime estatuído na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na medida em que a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, redundou – segundo as Recorrentes – *num agravamento da sanção aplicável* e bem assim *um agravamento da posição processual das Visadas*, por contemplar *um regime prescricional e recursório menos favorável*.

Sem prejuízo do que antecede, as Recorrentes reconhecem, de forma expressa, que *os pressupostos típicos da infração se mantêm inalterados na vigência de ambos os regimes legais* (cfr. ponto 10 das doutas conclusões de recurso, fls. 6614 v).

- a título de *questões prévias*: i) a inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência e, subsidiariamente, da prestação de caução em substituição da execução da decisão; ii) a inconstitucionalidade da norma constante do número 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência; iii) a nulidade, por falta de fundamentação, da decisão recorrida, por «*ininteligibilidade da determinação concreta da coima*»; iv) a nulidade, da decisão recorrida, por alteração de factos sem comunicação prévia.

IV. A Recorrente *SONAE INVESTIMENTOS SGPS, S.A.*, em douto articulado de recurso de impugnação judicial (fls. 6280, 18.º volume dos autos, conclusões de recurso a fls. 6302v), argumenta que o denominado *Pacto de não concorrência* não só não consubstancia qualquer ilegalidade, como a Recorrente «*não teve qualquer envolvimento na sua negociação, preparação e celebração*».



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

No mais, a Recorrente adere às «questões prévias, nulidade e inconstitucionalidade» suscitadas pelas demais Recorrentes (cfr. ponto 4 das conclusões de recurso).

Finalmente, propugna pela «revisão» do *quantum* da sanção aplicada, defendendo a sua redução substancial.

*

A AdC apresentou alegações (fls. 4836 a 5028, 22.º volume), propugnando pela inexistência de qualquer vício ou preterição de direitos das Recorrentes, concluindo pela improcedência dos recursos.

*

Procedeu-se à audiência de discussão e julgamento, nos termos constantes nas respectivas actas.

QUESTÕES *prejudiciais e prévias*

De acordo com a doutrina e jurisprudência, *questões prévias* são aquelas que, sendo *anteriores* ao *mérito da causa*, obstam à apreciação deste.

Neste conspecto, destriçam-se questões prévias de natureza substantiva (de que constituem paradigmáticos exemplos, a morte do arguido, a amnistia, a prescrição, a despenalização) e de natureza adjectiva (traduzidos na incompetência do Tribunal ou ilegitimidade).

Já as *questões prejudiciais* são usualmente definidas como aquelas *cujas soluções são necessárias para se decidir uma outra*, existindo *relação de prejudicialidade* quando o conhecimento do mérito da acção (no caso o apuramento da responsabilidade contraordenacional das Visadas) está dependente de prévia resolução de uma outra questão que, segundo a estrutura lógica ou o encadeamento da sentença, carece de prévia decisão.

Donde, preliminarmente, importa deixar assinalado que várias das *pretensas* «questões prévias» e/ou «prejudiciais» suscitadas pelos Recorrentes não consubstanciam, *verdadeiramente*, *questões prévias* ou *prejudiciais*, tal como definidas por Lei e preconizadas pela doutrina. Em rigor, estamos na presença de *chavões* - utilizados para expressar a *discordância* normativa das Visadas quanto ao



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

sentido da decisão condenatória - invocados, na estratégia de sistematização de defesa gizada pelas Recorrentes, de forma prematura e manifestamente infundada, na *esperança* da prolação de uma decisão formal ou de forma. Na verdade, o douto argumentário expendido, pelas Recorrentes, não raras vezes, projecta-se numa indesejável interferência com o mérito da causa, demonstrando, por isso e por si mesmo, que se arrima na pretensão de impugnar a decisão final mas denunciando a inidoneidade adjectiva da invocação de *questões prévias*, de natureza procedimental, para contraditar a decisão final proferida

Quer-se com isto significar que, se as discordâncias normativas das Recorrentes quanto ao *mérito* da decisão recorrida são perfeitamente legítimas, já as *putativas* e variadas questões suscitadas não têm aquela natureza nem, por conseguinte, idoneidade para obstar à apreciação do mérito da causa, conforme adiante, de forma individualizada, melhor se explicitará.

Em segundo lugar, cumpre recordar que, são as *conclusões* dos doutos articulados de recurso que balizam e delimitam o objecto do recurso, verificando-se, do cotejo daqueles, que várias das questões suscitadas são *comuns* aos argumentários explanados pelas Defesas, pelo que, em esforço de racionalização e economia de meios, proceder-se-á à sua apreciação conjunta (a partir do douto articulado da EDP Comercial, por ser aquele para a qual as Visadas remetem).

Vejamos, pois.

*

1. *Lei processual aplicável* («princípio da confiança e omissão de ato devido», ponto 33 das conclusões de recurso)

Segundo a Recorrente *EDP Comercial*, no que é acompanhada pelas demais, a decisão recorrida é inválida, por violação do *princípio da boa fé*, previsto no artigo 10.º do Código de Procedimento Administrativo.

Para tanto alega, a AdC teve conhecimento da cláusula constante do Plano *EDP Continente* (objecto dos autos) em 10 de Fevereiro de 2012, mas apenas abriu o competente inquérito em 3 de Dezembro de 2014, com o que inobservou o sobredito princípio.

Além disso, prossegue, em resultado dessa «omissão» foi aplicado, ao processo contraordenacional, a lei vigente à data da abertura do inquérito, isto é, o *Novo Regime da*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Concorrência (aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, em vigor desde 7 de Julho de 2012) e não a pretérita Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho).

Ainda neste trilho e, como corolário do que antecede, invocam as Recorrentes que a decisão recorrida padece de vício de *erro na forma do processo* (com a consequente nulidade).

Mais argumentam que, o inquérito deveria ter sido aberto ainda no decurso da vigência da pretérita Lei da Concorrência, sendo que, ao assim não proceder, a decisão recorrida postergou o disposto no artigo 5.º do Código de Processo Penal (aplicável por remissão do disposto no artigo 41.º, número 1 do RGCO), o que se traduziu num *agravamento sensível e evitável da situação processual do arguido*,

Porém, sem razão.

Com efeito, importa apreciar esta questão, na estrita medida em que a mesma assenta em factos estabilizados, comum e pacificamente *aceites* entre os vários intervenientes.

Nestes autos, a *notícia* de uma *eventual* infracção normativa chegou ao conhecimento da AdC em meados de Janeiro de 2012 e, apenas em Dezembro de 2014, foi instaurado o competente procedimento contraordenacional.

Contudo, contrariamente ao invocado pelas Recorrentes, deste *iter* não resulta qualquer vício ou desconformidade legal, pela simples razão de que o legislador não estabeleceu prazo para a abertura de um procedimento. Isto é, a Lei não estipula o hiato de tempo que deve mediar entre a obtenção da notícia da infracção e a abertura de um processo contraordenacional.

Por conseguinte, carece de fundamento legal a imputação, à decisão recorrida, de qualquer inobservância, ademais susceptível de se traduzir na verificação de um vício inultrapassável e obstaculizador de conhecimento do mérito da causa.

Na verdade, não se encontrando consignado o sobredito prazo, a consequência resultante do conhecimento da notícia da contraordenação, por parte do *supervisor* em momento mais distendido no tempo, cinge-se ao início do decurso do prazo geral de prescrição da (eventual) infracção.

Não existe, por isso, qualquer omissão ou a ausência da prática, num determinado prazo, de um acto prescrito por lei.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Razão porque improcede o peticionado.

*

2. Erro na forma de processo e lei processual aplicável (pontos 37 a 47 das doudas conclusões de recurso)

De acordo com as Recorrentes, «ao conformar todo o processo por referência à actual LdC, a AdC errou na forma de processo. Tal erro assume o exacto desvalor da nulidade insanável tipificada no artigo 119.º, al. f) do CPP, reconduzindo-se ao vício aí previsto e produzindo as correspondentes consequências».

Apreciando,

Em primeiro lugar, esta é, precisamente, umas das situações em que não está em causa qualquer *questão prejudicial ou prévia* mas apenas a *discordância normativa* das Recorrentes quanto ao *fundo* da decisão recorrida.

Desde logo, como bem sabem as Recorrentes, a determinação da lei processual aplicável depende da *estabilização* dos factos objecto da imputação, sendo que, a *irresignação* normativa que, por esta via, expressam não se reconduz a nenhum pressuposto, adjectivo ou material, da instância, mas ao mérito da questão, pelo que, não é este o momento adequado para a sua apreciação.

Sem prejuízo, não vá sem dizer-se que, não se alcança em que medida, mesmo que assim não fosse – e se considerasse a existência de uma *questão prévia* alusiva à um pretenso *erro na forma de processo* – tal «vício» seria susceptível de ser reconduzido à alínea f), do artigo 119.º do Código de Processo Penal.

De facto, não é – e as Recorrentes bem o sabem. Vejamos.

Por força do princípio da legalidade – insito no artigo 118.º do Código de Processo Penal – apenas as violações ou inobservâncias da lei do processo criminal expressamente cominadas como tal acarretam a nulidade do acto.

Aceitando – sem curar de maior ponderação e somente para efeitos de agilização de apreciação da questão suscitada – que a expressão *lei do processo criminal* se aplica ao processo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

contraordenacional, então, há que proceder à observância integral do sistema de nulidades taxativas ali consignado.

Por outras palavras, de acordo com o CPP, nulidades insanáveis são as previstas nas alíneas a) a f) do artigo 119.º, e apenas estas – sem prejuízo de outras que, como tal, se achem cominadas noutras disposições legais.

Ora, a invocada alínea f), dispõe que *o emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei constitui nulidade insanável*. Naturalmente – e nem outra *construção jurídica* vem desenvolvida nas doudas conclusões de recurso - que as formas de *processo especial* ali mencionadas respeitam ao *processo sumário* (artigos 381.º e seguintes), *abreviado* (artigos 391º-A e seguintes) e *sumaríssimo* (artigos 392.º e seguintes), cominando o legislador com o vício de nulidade insanável a sua utilização fora dos casos previstos na Lei.

Não tem, por isso, qualquer razão de ser a invocada nulidade, porquanto a situação em causa não consente subsunção à normatividade ali acolhida e o princípio da *taxatividade* inscrito no artigo 118.º do CPP interdita a *criação*, pelo intérprete e pelo Julgador, de outras nulidades insanáveis para além das especificamente consignadas no artigo 119.º daquele Diploma.

Termos em que improcede o requerido.

No que concerne à pretensão das Recorrentes de ver aplicada aos autos a Lei n.º 18/2003, para efeitos de interdição de *proibição legal de reformatio in pejus*, aplicação dos prazos de prescrição da Lei n.º 18/2003, dosimetria da contraordenação (pontos 50 a 52 das conclusões de recurso do articulado da *EDP Comercial*) trata-se de matéria umbilicalmente ligada e dependente dos factos apurados em sede de audiência de discussão e julgamento. Donde, não constitui qualquer *questão prévia* mas o *normal* ulterior exercício hermenêutico de aplicação do direito aos factos, *iter* que apenas *mais à frente* nesta decisão poder ser empreendido.

*

3. Da inconstitucionalidade dos números 4 e 5 do artigo 84.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

Invocam as Recorrentes a inconstitucionalidade dos números 4 e 5 do artigo 84.º do NRJC, por violação do princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, número 2 da Constituição) e do princípio da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, números 1 e 4 da Constituição).

Para sustentar a sua pretensão, além do mais argumentário expendido, invocam a jurisprudência perfilhada no acórdão n.º 674/2016¹, do Tribunal Constitucional que julgou «inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraível dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio»

Apreciando e decidindo, dir-se-á que, supervenientemente, a controvérsia perdeu acuidade.

Com efeito, por meio do acórdão n.º 776/2019² (proferido pelo Plenário), o Tribunal Constitucional apreciou, em definitivo, a questão, arredando um juízo de inconstitucionalidade, ao decidir não julgar «inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito meramente devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.»

A fundamentação do aresto, abordou, em concreto, os parâmetros constitucionais invocados pelos Recorrentes – princípio da presunção de inocência e princípio da tutela jurisdicional efectiva – havendo, na senda do determinado, que concluir que a interpretação normativa em causa não acarreta a postergação de qualquer daqueles parâmetros.

Neste conspecto, considerando que a decisão prolatada o foi em sede de Plenário do Tribunal Constitucional e na sequência do procedimento a que alude o artigo 79.º-D da LTC, não resta senão considerar não inconstitucional as sobreditas normas, nos termos e com a fundamentação vertida no douto aresto, para o qual se remete.

¹ Disponível no site do Tribunal Constitucional. Publicado no Diário da República n.º 139/2017, Série II de 2017-07-20.

² Publicado no Diário da República n.º 28/2020, Série II de 2020-02-10.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Uma nota final para esclarecer que não se divisa na normatividade constante do artigo 84.º do NRJC qualquer violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na vertente de direito a um processo equitativo. Como é sabido, na jurisprudência do TEDH, afirma-se a abrangência normativa de direitos tutelados por aquele preceito, perspectivado como *condição necessária* de um Estado de Direito Democrático, enquanto mecanismo apto a impedir, de um lado e proteger, de outro, os cidadãos face a tratamentos arbitrários. Nesta medida, para o que aqui releva, o direito a um processo equitativo projecta-se e dele constituem corolários o princípio da igualdade de armas e do contraditório.

Ora, não se divisa, em nenhuma das suas múltiplas acepções, a inobservância de qualquer um destes ditames, na norma censurada. Com efeito, a norma censurada traduz uma ponderação de interesses conflitantes, tendo alcançado – segundo a jurisprudência jusfundamental – um equilíbrio, proporcional e adequado, na obtenção de uma concordância prática dos mesmos, não se descortinando que daqui resulte para as Visadas a *negação* de direito a um processo equitativo.

Por último, consigna-se que, conforme consta documentado nos autos, por meio de um procedimento impulsionado pelo Tribunal - ao abrigo dos deveres de gestão processual previsto no artigo 6.º do CPC, aplicável por remissão do artigo 4.º do CPP - foi possível, com a colaboração, boa fé e diligência das Recorrentes, *aceite* pela AdC e pelo Ministério Público, consensualizar a prestação de caução, para efeitos de obtenção de efeito suspensivo do recurso de impugnação judicial interposto. As referidas cauções foram prestadas (cfr. apensos), *depurando* os autos de *putativas* questões prévias que obstem ao seu prosseguimento e retardam, sem base legal para o efeito, a realização da audiência de discussão e julgamento e a prolação da sentença.

*

4. Da nulidade da decisão recorrida por «falta de fundamentação: ininteligibilidade da determinação concreta da coima» (pontos 72 e seguintes das conclusões de recurso das Recorrentes *Modelo Continente Hipermercados S.A.* e *SONAE Modelo Continente SGSPS S.A.*, vol. 19.º dos autos, fls. 6620v e seguintes)

Segundo as Recorrentes a decisão recorrida é nula «por falta de fundamentação da sanção aplicada», vício resultante da interpretação normativa conjugada do disposto nos artigos 58.º, número 1, alínea c) do RGCO e 374.º, número 2 e 379.º, número 1, alínea a), estes últimos, do Código de Processo Penal (ponto 86 das douts conclusões de recurso, fls. 6621, 19.º volume).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Mais argumentam que padece de inconstitucionalidade a interpretação normativa «no sentido de que não é obrigatório, na decisão final proferida em processo contraordenacional, indicar os fundamentos de forma individualizada da sanção aplicada» (ponto 87 das douras conclusões de recurso, fls. 6621, 19.º volume).

Apreciemos.

O dever de fundamentação da decisão condenatória funda-se no disposto no artigo 205.º da Constituição, enquanto corolário dos princípios da boa administração da Justiça, num Estado de Direito e do direito a um processo equitativo, assegurado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Contudo e sem prejuízo do que antecede, conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça, a «falta de fundamentação implica a inexistência dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão e só a falta absoluta de fundamentação determina a sua nulidade³».

Na verdade, esclarece o STJ que, «a falta de fundamentação não se confunde, ou não pode ter a mesma dimensão compreensiva, da falta de convencimento que essa fundamentação opera no destinatário. Para este a fundamentação pode não ser suficiente para os fins que prossegue e que anseia da decisão do órgão jurisdicional, mas esta perspectiva não pode obumbrar o fim constitucional do dever de fundamentação enquanto dever geral e comum de percepção do sentido das decisões por todos aqueles que delas tomem conhecimento ou que delas sejam destinatários.⁴»

Compulsada a decisão recorrida é manifesto que a mesma não padece da invocada nulidade. Com efeito, a fundamentação das coimas aplicadas obedeceu a um *iter* lógico, racional e perfeitamente inteligível: nos pontos 819 a 827, a decisão tece considerações, sobre as finalidades de prevenção - geral e especial - prosseguidas com a aplicação da coima; nos pontos 829 a 830, escarpeliza e concretiza que, para efeitos de concretização da dosimetria concreta da coima, estribou a ponderação que empreendeu no «volume de negócios relativo ao ano de 2016»,

³ Acórdão do STJ, de 24-01-2018, proferido no Proc. nº 3/12.2GAVVC-B.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.

⁴ Acórdão do STJ, de 11-01-2018 Proc. nº 111/02.8TAALQ.L1.S1 – 3.ª Secção, disponível no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

fixando, por isso, os correspondentes limites máximos; obtida a *dosimetria máxima*, nos pontos 832 a 837, a decisão individualiza os fatores de ponderação pertinentes; ulteriormente, nos pontos 840 a 844, tece referências às *Linhas de orientação* aprovadas para efeitos de cálculo da dosimetria da sanção, reiterando que as mesmas não consubstanciam um «cálculo aritmético tendente à fixação do montante das coimas a aplicar», fornecendo «apenas uma metodologia geral», explicitando, no ponto 747, a ponderação em matéria de *volume de negócios*; a decisão recorrida procede, depois, a uma apreciação autónoma e individualizada dos parâmetros tidos por relevantes para quantificação da dosimetria da coima, a saber, *gravidade da infração* (pontos 850 a 857); *natureza e dimensão do mercado afectado pela infração* (pontos 858 a 863); *duração da infração* (pontos 864 a 865); *grau de participação na infração* (pontos 866 a 876); *vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infração* (pontos 877 a 881); *comportamento das visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência*; *situação económica das Visadas*; *antecedentes contraordenacionais no âmbito das regras da concorrência*; *colaboração prestada à Autoridade*.

Donde, é manifestamente infundada a arguida nulidade. Efectivamente, a decisão recorrida explanou de forma detalhada, clara e perfeitamente inteligível o *iter* hermenêutico prosseguido em sede de definição da dosimetria da sanção, procedendo a uma ponderação conjunta da responsabilidade contraordenacional das Recorrentes dado que, de acordo com a decisão recorrida, é idêntico o seu nível de participação e envolvimento com a cláusula tida por desconforme à lei, pelo que, se tornava despropositado proceder individualmente à ponderação daqueles factores relativamente a cada uma das Visadas, o que foi feito apenas e só quando se justificava um *tratamento diferenciado*. Nestas circunstâncias, o raciocínio expendido é perfeitamente racional e apreensível, mostrando-se adequado e justificado o grau de fundamentação adoptado.

Uma vez mais, a putativa nulidade - assacada à decisão recorrida - mais não consubstancia do que a sua discordância quanto à concreta dosimetria da sanção aplicada, o que, sendo legítimo, não é sindicável por via da invocação de *pretensas* nulidades, por ausência de fundamentação.

Improcede, por isso, a invocada nulidade, nos termos e com os fundamentos supra expostos.

De igual sorte e pelas mesmas razões, inexistente qualquer inconstitucionalidade na interpretação normativa invocada (cfr. articulado de recurso da EDP Energias), desde logo porque, como se acabou de explanar, a decisão recorrida curou de fundamentar, de forma individualizada, a dosimetria



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

acolhida, explicitando os parâmetros tidos em conta, a ponderação global das necessidades de prevenção, a situação económica concreta das Visadas e o *iter* percorrido para delimitar o *quantum* máximo da coima a fixar. A decisão explicitou, quando assim se justificava, a razão de ser diferenciadora das coimas aplicadas a uma e outras Visadas, cuja actuação nos autos foi considerada conjunta.

Nada há, pois, nesta sede a censurar à decisão recorrida, improcedendo os invocados vícios.

*

5. Da alegada nulidade da decisão «por alteração dos factos sem comunicação prévia»

Alegam, agora, as Recorrentes *MCH S.A. e SONAE MC – SGPS, S.A* que, após a notificação da nota de ilicitude, a *decisão final* prolatada, pela Autoridade da Concorrência, *aditou* «dois novos argumentos que não constavam da nota de ilicitude», sobre os quais não pôde, por isso, ser exercido o competente contraditório. Donde, sustentam, a decisão final é nula por *violação do dever de defesa*, nos termos constantes na alínea b), do número 1, do artigo 379.º do Código de Processo Penal. Mais invocam a inconstitucionalidade da interpretação normativa que consente que «a decisão final se pode basear em factos, elementos de direito constitutivos da infração ou meios de prova que não tenham sido comunicados ao arguido em momento anterior à prolação da decisão final e sobre os quais o arguido não teve oportunidade de se pronunciar» (pontos 88 a 98 das douts conclusões de recurso de fls. 6622 a 6623, 19.º volume dos autos).

Sem curar de apurar, agora, se o regime da vinculação temática previsto no CPP, consente plena transposição para o domínio contraordenacional, a verdade é que a alegação não tem razão de ser, nem respaldo nos autos.

Desde logo, quanto ao primeiro alegado facto novo - a capacidade de o *Grupo Sonae* «entrar em novas áreas de negócio, de que é exemplo a entrada no mercado de seguros, em parceria com a MDS – Corretor de Seguros, S.A.» - o mesmo consta *ab initio* da nota de ilicitude, como aliás é reconhecido pelas Recorrentes no ponto 425 do douto articulado de recurso constante de fls. 6471v dos autos (19.º volume).

Quanto ao pretenso *segundo* facto novo - a «alegada proximidade directa que as sociedades do Grupo Sonae activas na distribuição a retalho têm com os clientes finais» - também não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

constitui um facto novo, sendo antes, conforme consta expressamente do ponto 356 da Decisão Final, decalcado das Actas do Conselho de Administração Executivo da Recorrente *EDP Energias*. Mais especificamente, a relação de alegada proximidade, entre as empresas retalhistas do Grupo Sonae ao cliente final, são um propósito assumido pelas próprias visadas, exarado, entre várias outras menções nesse sentido, na acta n.º 14/2011 do CE da EDP Comercial, de 21 de Dezembro de 2011:

«O Conselho de Administração analisou e aprovou a proposta de desenvolvimento do projecto Lux, campanha promocional EDP+Continente, com os objectivos principais de criar um modelo de parceria com uma marca líder do mercado de grande distribuição, criar um novo canal para angariação de clientes e de angariar entre 100 mil a 500 mil novos clientes». É, pois, facticidade decorrente da própria defesa, que, aceitando-se a sua *relevância* para o objecto da causa, sempre estaria sujeita ao regime constante no número 2 do artigo 358.º do Código de Processo Penal.

Verdadeiramente, o regime de *alteração substancial e não substancial de factos* funda a sua teleologia no ditame da lealdade processual, por meio do qual se procura obstaculizar a imputações *supervenientes* e de *surpresa*, as quais, por força daquelas características, são suscetíveis de comprimir e obstaculizar o exercício do contraditório por parte dos Visados⁵.

Por essa razão, e logicamente, a sua teleologia não contempla factos decorrentes da actuação das Visadas, expressa e assumidamente, reconhecidos em documentos escritos, juntos aos autos desde a sua génese⁶.

Inexiste, por isso, qualquer postergação do regime que disciplina a delimitação temática do objecto contraordenacional, não se divisando nulidade, nem inobservância de qualquer parâmetro legal ou jusfundamental. A invocada inconstitucionalidade normativa não tem razão de ser, dado que as normas convocadas não foram aplicadas com o sentido normativo que as Defesas lhes atribuem, desde logo, por manifesta inexistência de respaldo factual para o efeito.

⁵ A este respeito cfr., a título meramente exemplificativo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto 2015-12-09, proferido no Processo n.º 260/12.4PJPT.P1, disponível no site do itij, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2017, proferido no processo n.º 119/12.5SLLSB.L1-3.

⁶ Neste sentido, o ponto II do Acórdão do STJ de 20.12.2006, disponível no site do itij. Também o ponto III do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 5.06.2006. E Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 03.06.2014 e 10.07.2014, igualmente disponíveis no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Mas mais.

Os factos descritos na acusação foram objecto de integral e pleno exercício de contraditório em sede de audiência de discussão e julgamento, realizada por este Tribunal.

Na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional perfilha-se o entendimento de que o recurso de impugnação constitui um recurso pleno, não circunscrito a um mero controlo de legalidade, pelo que, mesmo tivesse havido – o que não se concluiu – qualquer postergação do princípio da violação temática – sempre o mesmo estaria, nesta fase, ultrapassado: (...) *a opção do legislador no que respeita à forma de impugnação das decisões de carácter sancionatório aplicadas em processo de contraordenação por entidades administrativas não foi no sentido de consagrar um recurso de mera legalidade ou de cassação, mas antes um recurso de plena jurisdição (cfr. a este respeito, Alexandra Vilela, ob. cit., pág. 386-387, e Joaquim Pedro Cardoso da Costa, «O Recurso para os tribunais judiciais da aplicação das coimas pelas autoridades administrativas», in Ciência e Técnica Fiscal, 366, 1992, p. 59). Com efeito, conforme resulta do regime geral das contraordenações, o processo contraordenacional tem uma fase administrativa e, no caso de impugnação da decisão aplicada nesta fase, segue-se uma fase jurisdicional em que o arguido dispõe não apenas da possibilidade de sindicar a legalidade da decisão, mas também de um conjunto de amplas faculdades de exercício do seu direito de defesa e de contraditório. A impugnação dá lugar, não a um recurso propriamente dito, mas a um novo processo de natureza jurisdicional, em que o tribunal não se limita a apreciar a decisão, mas todo o processado nos autos, podendo ser produzida prova neste processo judicial, quer pela autoridade administrativa recorrida, quer pelo arguido, sendo que o tribunal valoriza em conjunto toda a prova produzida nos autos, quer a já produzida na fase administrativa, quer a realizada na fase jurisdicional, particularmente a que venha a ter lugar em audiência. Ou seja, o tribunal, ao apreciar a impugnação da decisão administrativa, não está vinculado à qualificação efetuada pela entidade administrativa que proferiu a decisão, apreciando quer os factos (com base nas provas que são apresentadas no âmbito do recurso), quer a matéria de direito (qualificação jurídica dos factos e sanções aplicadas). Quando o processo é enviado para o Tribunal, na sequência da impugnação do arguido, tudo se passa, assim, como se tivesse lugar um novo julgamento, em que a decisão passa a ser tida como acusação e, como tal, passa a delimitar o objeto do processo (neste sentido, a título meramente exemplificativo, cfr. os arestos n.º TC 612/14 e 373/15).*

Termos em que, improcedem os invocados vícios.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

*

6. As demais putativas *questões prévias* – «aplicação da lei processual», pontos 47 a 50 das conclusões de recurso da Recorrente *EDP Comercial*, «dei material aplicável», pontos 51 A 58 daquelas conclusões de recurso (incluindo inconstitucionalidade do artigo 69.º, número 2 da LDC), não constituem *questões prévias* mas antes um argumentário alternativo de direito, isto é, uma solução de subsunção de direito a factos apurado sustentada pelas Recorrentes, pelo que, é *fictícia* a roupagem apresentada como se tratando de questões prévias, obstaculizadoras do conhecimento do mérito quando, na verdade, dele, indelevelmente, dependem.

Por essa razão, proceder-se-á ao seu conhecimento e apreciação em ulterior momento, após determinação dos factos apurados e correspondente fundamentação da matéria de facto.

*

Não se verificam nulidades ou questões prévias que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) De facto

Produzida a prova e discutida a causa, resultou provada, com interesse para o objecto dos autos, a seguinte factualidade:

(O Acordo de Parceria, pontos 252 a 274 e conclusões quanto à matéria de facto da Decisão da AdC)

- I. Em 5 de janeiro de 2012, as Visadas *EDP Comercial* e *Modelo Continente* celebraram o Acordo de Parceria que determina os termos e condições relativos ao *Plano EDP Continente*⁷, assinado por Jorge Manuel Pragana da Cruz Morais, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da EDP Comercial, simultaneamente membro do Conselho de Administração Executivo da EDP Energias, Pedro Manuel Carreto Pires João, na qualidade de Administrador

⁷ Fls. 31 a 46 da PASTA 1 junta aos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

da EDP Comercial, José Manuel Cardoso Fortunato e Miguel Maria Bragança Cunha Osório Araújo, na qualidade de Administradores da Modelo Continente.

2. Na Cláusula 2.1., o Acordo de Parceria determinava que o seu objeto e âmbito era o de:

"[p]otenciar o desenvolvimento das atividades de comercialização de energia elétrica em regime livre, pela EDP Comercial, e de distribuição retalhista de bens alimentares e não alimentares, pela Modelo Continente, nos hipermercados e supermercados "Continente", "Continente Modelo" e "Continente Bom Dia", bem ainda como nos estabelecimentos comerciais, explorados por outras sociedades participadas pela Sonae Investimentos, SGPS, SA, para além da Modelo Continente, nomeadamente, os estabelecimentos Well's e Bom Bocado, e, eventualmente, em estabelecimentos comerciais de outras marcas (atuais e futuras), adiante apenas designados por Estabelecimentos"⁸.

3. O Plano EDP Continente, bem como o respetivo Acordo de Parceria, teve a duração de um ano, tendo vigorado até 31 de dezembro de 2012 (Cláusula 18 do Acordo de Parceria), embora o período de adesão dos consumidores ao Plano EDP Continente tenha decorrido apenas entre os dias 9 de janeiro de 2012 e 4 de março de 2012 (i.e. cerca de dois meses).
4. A subscrição do Plano EDP Continente esteve disponível nos espaços Modelo Continente, nas lojas e agentes EDP e nos respetivos *sites de Internet* (Cláusula 4.6 do Acordo de Parceria).
5. Do ponto de vista comercial, o Plano EDP Continente envolvia a atribuição de descontos exclusivamente aos titulares do "Cartão Continente", um cartão de descontos propriedade da Modelo Continente inserido no programa de fidelização criado pela Visada (Cláusula 2.2 do Acordo de Parceria).
6. Para além da titularidade do "Cartão Continente", os clientes que pretendessem aderir ao Plano EDP Continente teriam que celebrar com a EDP Comercial um contrato de fornecimento de energia elétrica em Baixa Tensão para o mercado liberalizado em Portugal continental, disponível apenas para potências contratadas entre 3,45 kVA e 20,7 kVA, com discriminação horária simples, implicando obrigatoriamente a subscrição de débito direto com faturação 2mensal ou bimestral e a aceitação das condições gerais e particulares praticadas pela EDP

⁸ Os estabelecimentos mencionados na presente cláusula serão, para os efeitos da presente decisão, doravante designados, conjuntamente, por "Estabelecimentos".



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1VUSTR

Comercial, incluindo o tarifário em vigor estabelecido pela ERSF para as tarifas de venda a clientes finais em Portugal continental (Cláusula 4 do Acordo de Parceria).

7. Ao aderir ao Plano EDP Conternte, o cliente beneficiava de um desconto de 10% do seu consumo de energia elétrica e da potência contratada no mês ou nos meses imediatamente anteriores ao da emissão do vale de desconto (consoante a opção do cliente quanto à periodicidade de faturação, mensal ou bimestral), referendo-se o último vale emitido para cada cliente ao consumo e potência contratada até 31 de dezembro de 2012 (Cláusulas 6.1 e 6.2 do Acordo de Parceria).

8. Os vales de desconto eram creditados no Cartão Conternte e eram ativados, por inteiro e numa única utilização, em compras efetuadas nos Estabelecimentos, sendo válidos a partir do dia seguinte ao da sua emissão e até ao último dia do mês seguinte ao da sua emissão (Cláusulas 6.4 e 6.5 do Acordo de Parceria).

9. Os descontos concedidos em Cartão Conternte só podiam ser utilizados em compras realizadas nos Estabelecimentos a partir do dia seguinte ao da sua ativação, não podendo ser convertidos em dinheiro (Cláusulas 6.4 e 6.6 do Acordo de Parceria).

10. O valor dos descontos seria, à partida, suportado na totalidade pela EDP Comercial (Cláusula 8.1 do Acordo de Parceria), devendo a Modelo Conternte, até ao décimo dia de cada mês, emitir à EDP Comercial uma nota de débito pelo valor dos vales emitidos e efetivamente ativados durante o mês anterior, a pagar até ao final do mês da emissão de cada fatura (Cláusula 8.2 do Acordo de Parceria).

11. No entanto, dependendo do acréscimo de tráfego nos Estabelecimentos e do aumento do volume de negócios induzido por esta iniciativa, a Modelo Conternte comparticiparia parte dos descontos concedidos, correspondente à parcela dos vales efetivamente ativados que excedesse 55% do valor total dos vales emitidos, devendo a EDP Comercial emitir mensalmente fatura à Modelo Conternte no montante que resultasse da diferença entre o valor a pagar pela Modelo Conternte e o total das notas de débito emitidas à EDP Comercial, a pagar até ao final do mês da emissão das faturas (Cláusula 8.3 do Acordo de Parceria).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

12. Quanto aos restantes custos com a parceria, aqueles incorridos com publicidade, *marketing*, comunicação e defesa em processos sancionatórios relacionados com as iniciativas da parceria, foram suportados em partes iguais pelas Visadas EDP Comercial e Modelo Continente (*vide* Cláusula 8.4 do Acordo de Parceria); aqueles incorridos com o processamento do formulário de adesão e dos contratos de fornecimento de energia e os relativos à relação entre a EDP Comercial e os seus clientes no âmbito dos referidos contratos, foram suportados integralmente pela EDP Comercial (*vide* Cláusula 8.5 do Acordo de Parceria); aqueles incorridos com a formação dos trabalhadores e com o desenvolvimento dos sistemas informáticos, foram suportados integralmente pela Modelo Continente (*vide* Cláusula 8.6 do Acordo de Parceria); os restantes custos foram suportados pela parte que neles incorreu ou a quem a respetiva contrapartida aproveitou (*vide* Cláusula 8.8 do Acordo de Parceria).
13. Findo o ano de 2012, o cliente ficou sujeito às tarifas praticadas pela EDP Comercial no mercado liberalizado de energia elétrica, embora o Plano EDP Continente não exigisse um período de fidelização nem impusesse qualquer barreira formal à mudança de fornecedor no mercado liberalizado de energia elétrica.
14. Embora o Acordo de Parceria pudesse ser renovado ou prorrogado nos termos da Cláusula 18.2, tal não chegou a acontecer, tendo a sua vigência cessado durante os primeiros meses de 2013, quando foram apresentados a compensação os últimos vales de desconto correspondentes ao consumo contratado até 31 de dezembro de 2012⁹.
15. Do Acordo de Parceria consta a cláusula 12, epígrafa *exclusividade*, nos termos da qual:
- “12.1 Durante a vigência do presente Acordo, e pelo prazo de 1 (um) ano após o seu termo, a Modelo Continente obriga-se a:
- a. não desenvolver, diretamente ou através de sociedade participada maioritariamente pela Sonae Investimentos, SGPS, SA, a atividade de comercialização de energia elétrica e de gás natural em Portugal continental;
 - b. não negociar ou estabelecer, com qualquer comercializador de energia elétrica ou de gás natural que não se encontre em relação de domínio ou de grupo com a EDP

⁹ Cfr. Cláusula 18.1 do Acordo de Parceria e resposta da Modelo Continente de 28 de janeiro de 2015 ao pedido de elementos da Autoridade (fls. 316 e 326v).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Comercial na aceção do artigo 21.º do Código de Valores Mobiliário, acordos de parceria, empresas comuns, acordos de princípio, campanhas publicitárias ou outros, que tenham por objeto ou como efeito a concessão de descontos ou outras vantagens patrimoniais relacionados com energia elétrica ou gás natural, quaisquer que sejam os seus termos.

12.2 Durante a vigência do presente Acordo, e pelo prazo de 1 (um) ano após o seu termo, a EDP Comercial obriga-se a:

a. não desenvolver, diretamente ou através de sociedade participada maioritariamente pela EDP Comercial, a atividade de distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental;

b. não negociar ou estabelecer, com qualquer distribuidor retalhista de bens alimentares, onde se inclui a atividade de retalho alimentar do "El Corte Inglés", que não se encontre em relação de domínio ou de grupo com a Modelo Continente na aceção do artigo 21.º do Código de Valores Mobiliário, acordos de parceria, empresas comuns, acordos de princípio, campanhas publicitárias ou outros, que tenham por objeto ou como efeito a concessão de descontos ou outras vantagens patrimoniais relacionados com energia elétrica ou gás natural, quaisquer que sejam os seus termos.

12.3 Na eventualidade de o presente Acordo ser renovado ou prorrogado, ou de as Partes virem a celebrar um outro acordo que tenha um objeto semelhante a este, as Partes comprometem-se a reavaliar os termos da exclusividade consagrada na presente Cláusula, por forma a acautelar a sua compatibilidade com as regras nacionais e europeias de concorrência aplicáveis".

16. Nos termos da alínea a) da Cláusula 12.1 e 12.2 do Acordo de Parceria, foi estabelecido um pacto de não-concorrência (doravante, "Pacto de não-concorrência"), visando os setores da comercialização de energia elétrica e de gás natural e da distribuição retalhista de bens alimentares, ambos em Portugal continental.

17. A sobredita cláusula foi estabelecida pelo período de dois anos, vigorando durante a vigência do Acordo de Parceria e pelo prazo de um ano após o seu termo (ou seja, entre 5 de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2013).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

18. A Alínea b), da cláusula 12.I e 12.2 do Acordo de Parceria estabelecia uma obrigação de exclusividade;
19. A cláusula 9.ª do Acordo de Parceria estabelecia uma obrigação de protecção de dados pessoais;
20. A cláusula 11.ª do Acordo de Parceria estabelecia uma obrigação de protecção de propriedade intelectual;
21. A cláusula 16.ª do Acordo de Parceria estabelecia uma obrigação de protecção de confidencialidade;
22. A redacção da alínea a), da cláusula 12.I e 12.2. do Acordo de Parceria expressa a vontade real das Visadas de incluir um pacto de não concorrência no acordo de parceria e de, consequentemente, a ele se vincular pelo período da sua vigência;
23. As visadas integram dois conglomerados societários portugueses, o Grupo EP e ao Grupo Sonae;
24. Foi no contexto de grupo societário a que pertencem que as Visadas actuam no mercado e decidiram realizar o acorde de Parceria e o pacto de não concorrência;
25. A documentação preparatória do Acordo de Parceria foi elaborada e discutida pela *direção legal* da *SONAE INVESTIMENTOS*, que assessorou a negociação do Plano EDP Continente¹⁰;
26. A comissão executiva da SONAE MC discutiu e aprovou, na sessão de 23 de Novembro de 2011, o PLANO EDP Continente¹¹;
27. A vigência do Pacto coincidiu com uma fase crucial do processo de liberalização do mercado da comercialização de energia eléctrica, extinguindo-se as tarifas reguladas para a baixa tensão normal até ao fim do ano de 2012;
28. A EDP procurava captar, neste contexto de liberalização, um número significativo de clientes no mercado nacional liberalizado da comercialização de energia eléctrica, a curto/médio prazo, aproveitando uma altura em que esse mercado ainda não havia sofrido o boom de transição de clientes de baixa tensão, o que só viria a acontecer a partir de 1 de Julho de 2012;

¹⁰ Fls. 24, 160, 161 e 805 e 806.

¹¹ Fls. 809.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

29. O grupo SONAE, através da parceria Modelo Continente, desenvolveu com a GALP a parceria *Vice-Versa* no sector da comercialização de combustíveis a parceria *energia ao cubo* no sector da comercialização de electricidade;
30. O Grupo SONAE através das holdings SONAE SGPS e SONAE CAPITAL desenvolveu entre 2002 e 2008 actividade no sector da comercialização de energia eléctrica em Portugal, através de uma parceria com a ENDESA, acumulando *know-how* nessa área, pelo menos do ponto de vista da gestão comercial dos clientes;
31. O Grupo Sonae, através das suas participadas Sonae Capital, Sonae Indústria e Sonae Sierra e algumas sociedades participadas pela SONAE Investimentos, está activo e em expansão no sector da produção de energia em regime especial em Portugal;
32. O quadro regulatório português aplicável à comercialização de energia eléctrica promove, desde 1995, um regime de livre concorrência nesse sector através da simplificação dos requisitos legais e condições de acesso e exercício da actividade, passando a actividade a estar sujeita apenas a registo em vez de licenciamento, favorecendo a entrada de operadores independentes;
33. Segundo um trecho da ata n.º 26/2011, o Conselho de Administração Executivo da EDP Energias deliberou, em 31 de maio de 2011¹²:

“Uma vez que o Memorandum of Understanding celebrado entre o Estado Português e a “Troika EU-BCE-FMI” prevê, entre outras medidas para o setor energético nacional, a liberalização total dos mercados de fornecimento de eletricidade e de gás natural, bem como o phase out das tarifas reguladas de eletricidade até ao final de 2012, considera-se oportuno desenvolver um projeto interno que possibilite: [...]

Repensar o macro-modelo organizativo do Grupo EDP para a área comercial, em particular o papel da EDP Comercial, da EDP Serviço Universal e da EDP Soluções Comerciais;

Definir a estratégia comercial e o plano de marketing da EDP para o novo paradigma de mercado; [...]

Face ao exposto, o Conselho de Administração Executivo deliberou por unanimidade aprovar:

¹² Cópia constante de fls. 1081 a 1021 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

A constituição do grupo de trabalho proposto no documento que se arquiva em anexo à presente ata;

O lançamento do pedido de proposta de consultoria externa, em regime de project office”.

34. Segundo um trecho da ata nº 27/2011, o Conselho de Administração Executivo da EDP Energias deliberou, em 7 de junho de 2011¹³:

“Considerando que:

No passado dia 31 de maio, o Conselho de Administração Executivo deliberou por unanimidade aprovar (i) a realização do projeto de preparação do Grupo EDP para a liberalização total do mercado de comercialização de eletricidade, [...] e (iii) a solicitação de um pedido de proposta de consultoria externa, em regime de project office; [...]

Foi solicitada [...] a apresentação de uma proposta, que assume, como premissas mais relevantes: [...]

Definição da estratégia comercial e do plano de marketing da EDP para o novo paradigma de mercado [...]

Na sequência, o Conselho de Administração deliberou por unanimidade dar o seu acordo à adjudicação, pela EDP Comercial, da proposta apresentada [...].”

35. Segundo um trecho da ata nº 50/2011, o Conselho de Administração Executivo da EDP Energias¹⁴ deliberou, em 15 de novembro de 2011:

“O Eng. Jorge Cruz Moraes, com a colaboração do Dr. Pedro Pires João e da Dra. Inês Lima, apresentou ao Conselho de Administração Executivo o ponto de situação do projeto “Preparação para a Liberalização Total do Mercado da Eletricidade e Gás”, conforme documento que se arquiva em anexo à presente ata, tendo salientado, como questões mais relevantes: [...]

¹³ Fls. 1022 a 1024 dos autos.

¹⁴ Fls. 510 a 511 e 1025 a 1028 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

A proposta de parceria a estabelecer com um grande distribuidor retalhista para a angariação de clientes BTN com início no primeiro trimestre de 2012.

Na sequência, e tendo em vista a angariação de clientes BTN, o Conselho de Administração Executivo deliberou por unanimidade dar o seu acordo a que a EDP Comercial:

Prossiga com uma estratégia “agressiva com parceria” [...]

Estabeleça negociações com o grupo Sonae, com o propósito de implementar uma parceria, a concretizar em 2012”.

36. Segundo um trecho da ata n.º 1/2012, o Conselho de Administração Executivo da EDP Energias deliberou, em 4 de janeiro de 2012¹⁵:

“O Eng. Jorge Cruz Morais, com a colaboração da Dra. Inês Lima, do Dr. Pedro Pires João [...], apresentou ao Conselho de Administração Executivo o ponto de situação do projeto de preparação para a Liberalização Total do Mercado de Eletricidade e Gás, conforme documento que se arquiva em anexo à presente ata, tendo destacado: [...]

O desenvolvimento da campanha para a angariação de clientes BTN, com início no presente mês de janeiro em parceria com o Continente (Grupo Sonae).

Na sequência, o Conselho de Administração Executivo deliberou por unanimidade dar o seu acordo a que a EDP Comercial: [...]

Não estabeleça qualquer cap no que respeita às angariações obtidas no âmbito da campanha a implementar em parceria com o Continente”.

37. Segundo um trecho da ata n.º 4/2012, o Conselho de Administração Executivo da EDP Energias deliberou, em 24 de janeiro de 2012¹⁶:

- a. *“O Eng. Jorge Cruz Morais, com a colaboração do Dr. Pedro Pires João e da Dra. Inês Lima, apresentou ao Conselho de Administração Executivo o ponto de situação da campanha desenvolvida conjuntamente com o Continente [...].”*

¹⁵ Fls. 1029 a 1032 dos autos.

¹⁶ Fls. 508 e 1033 a 1035 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

38. Jorge Cruz Morais, à data presidente do Conselho de Administração da EDP Comercial e vogal do Conselho de Administração da EDP Energias, que levou o Plano EDP Continente à apreciação, aprovação e supervisão do conselho de administração executivo da EDP Energias e, Pedro Pires João foram os signatários, em representação da EDP Comercial, do Acordo de Parceria, o qual analisaram e aprovaram simultaneamente em sede do conselho de administração da EDP Comercial, do qual à data eram membros, podendo ler-se nas respetivas atas n.º 14/2011 e n.º 1/2012, a fls. 784, 796 e 1052 a 1055 dos autos:

"O Conselho de Administração analisou e aprovou a proposta de desenvolvimento do Projeto Lux, campanha de oferta promocional EDP+Continente, com os objetivos principais de criar um modelo de parceria com uma marca líder do mercado da grande distribuição, criar um novo canal para angariação de clientes e de angariar entre 100 mil e 500 mil novos clientes" (ata n.º 14/2011 do Conselho de Administração da EDP Comercial, de 21 de dezembro de 2011).

"O Conselho de Administração analisou a minuta de acordo de parceria a celebrar com a Sonae com vista a potenciar o desenvolvimento de atividades de comercialização de energia elétrica em regime livre pela EDP e de distribuição retalhista de bens alimentares e não alimentares pela Modelo Continente" (ata n.º 1/2012 do Conselho de Administração da EDP Comercial, de 4 de janeiro de 2012);

O envolvimento da Sonae Investimentos e da SONAE MC (pontos 275 a 287)

39. A alínea a) da Cláusula 12.1 do Acordo de Parceria vincula expressamente a Visada Sonae Investimentos ao Pacto de não-concorrência, na medida em que proíbe, nos termos *supra* transcritos, durante a sua vigência, o desenvolvimento da atividade de comercialização de energia elétrica e de gás natural em Portugal continental por qualquer sociedade participada maioritariamente pela Sonae Investimentos.
40. Nos termos das Cláusulas 6.4 e 2.1 do Acordo de Parceria, os vales de desconto concedidos no âmbito do Plano EDP Continente só poderiam ser ativados e utilizados em estabelecimentos comerciais explorados por sociedades participadas pela Sonae Investimentos, para além dos estabelecimentos explorados pela Modelo Continente.
41. A documentação preparatória do Acordo de Parceria foi elaborada pela Direção Legal da Sonae Investimentos, enquanto advogados que assessoraram a negociação do Plano EDP Continente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

42. O Plano EDP Continente foi publicamente assumido como um projeto do Grupo Sonae, sendo referido, no Relatório Financeiro consolidado relativo a 2012 da Sonae SGPS, *holding* do Grupo para o setor da distribuição retalhista, como um dos principais eventos corporativos do Grupo no mês de janeiro, o “[A]núncio de parceria entre a EDP e a Sonae MC, que permite aos consumidores obter um desconto de 10% no consumo de energia elétrica, disponível no cartão Continente”¹⁷.
43. Em 25 de Novembro de 2011, José Pedro Breda, colaborador da Sonae MC, remeteu a seguinte mensagem de correio eletrónico para Nuno Sousa, colaborador da EDP Comercial, com o assunto “*Projecto Lux: status 24 Nov*”¹⁸

“Caro Nuno,

Queríamos partilhar formalmente convosco algumas boas notícias e um breve status dos progressos que realizamos entre a nossa reunião e o dia de hoje.

1. A Comissão Executiva da Sonae MC reuniu na passada 4.ª feira e deu luz verde para avançarmos com a parceria Continente – EDP Comercial. Internamente esta parceria foi batizada com o nome de código “Projecto Lux” ☺. Partilhamos, para estarmos em sintonia, os principais pontos da proposta de valor da parceria validados pela CE Sonae MC (ver anexo)

2. Na referida reunião, a CE Sonae MC expressou preocupação com um conjunto de temas críticos que deveremos endereçar em conjunto: [...]

e. Ênfase na urgência de assinarmos MoU que contemple, entre outros, os seguintes pontos:

- Compromisso da EDP que não fará campanhas com outros concorrentes nossos (nem em 2012 nem em anos futuros), sem dar preferência ao Continente [...].”

44. No documento anexo à mensagem de correio eletrónico *supra* transcrita, intitulado “Sonae MC – Projecto LUX - Kick-off do Projecto”, de 24 de novembro de 2011, pode ler-se expressamente “Projecto desenvolvido em estreita colaboração entre Sonae MC e EDP”, apresentando-se de seguida um organigrama das equipas responsáveis pela implementação do Plano EDP Continente,

¹⁷ Disponível em

https://www.sonae.pt/fotos/dados_fin/20130328_relatorio_gestao_pt_vf_1021427279571147a8c60ff6.pdf.

¹⁸ Fls. 166 dos autos, Anexo 3.2 à resposta de 7 de fevereiro de 2012 da Modelo Continente ao pedido de elementos da Autoridade.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

designadamente, em representação da Sonae MC, T. Ribeiro, J. Breda, F. Santos, P. Gonçalves, M. Florido, AS Lima, R. Oliveira, A. Vilaça, E. Moura, R. Mendonça, F. Silva, C. Silva, J. Melo, I. Guiomar, J. Reis, C. Rodrig., C. Ferreira, M. Silva e O. Sousa, e em representação da EDP Comercial, I. Lima, N. Sousa, B. Martins, C. Macedo e C. Rocha.

45. As Visadas trocaram entre si um conjunto de documentos que serviram de base aos pontos de situação que se foram sucedendo durante o processo de negociações que antecedeu a celebração do Acordo de Parceria e que foram sendo apresentados à Comissão Executiva da Sonae MC¹⁹;
46. Os referidos documentos, intitulados "*Sonae MC, Projeto LUX, Ponto de Situação*", incluem designadamente:

Os Anexos 3.I9 e 3.23 relativos à semana de 5 a 9 de dezembro de 2011, em que se lê:

"Formalização da Parceria
Status semana de 5 a 9 Dez [...]
Decisões chave fechadas
Exclusividade durante o prazo de vigência da parceria".

Os Anexos 3.I4, 3.33 e 3.36 relativos à semana de 12 a 16 de dezembro de 2011, em que se lê:

"Formalização da Parceria
Status semana de 12 a 16 Dez
Principais ações da última semana [...]
Aceite a exclusividade nos termos propostos pela Modelo Continente (referência expressa à Petrogal quanto ao programa em vigor)".

Os Anexos 3.26 e 3.41 relativos à semana de 19 a 23 de dezembro de 2011, em que se lê:

"Formalização da Parceria
Status semana de 19 a 23 Dez [...]
Temas críticos em aberto [...]
Acordo de Parceria [...]

3. *Exclusividade / Pacto de não-concorrência;*

4. *Definição de "concorrência da MCH".*

E o Anexo 3.45 relativo à semana de 26 a 30 de dezembro de 2011, em que se lê:

"Formalização da Parceria
Status semana de 26 a 30 Dez

¹⁹ Fls. 809.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

[...] Temas críticos em aberto

Acordo de Parceria [...]

Cláusula 12ª – Exclusividade – inclusão do “El Corte Inglés”, como concorrente alimentar da MCH [...]

47. Refira-se ainda que, nos termos da Cláusula 15.I do Acordo de Parceria, a pessoa de contacto em representação da Modelo Continente para efeitos das comunicações e notificações realizadas ao abrigo do Acordo de Parceria é um colaborador da MCH, usando todos eles a extensão *sonaeMC* (taribeiro@sonaemc.com).

O racional do Acordo de Parceria (pontos 288 a 293 da decisão da AdC)

48. A Cláusula 12.3 do Acordo de Parceria estipulava que as partes se comprometiam a reavaliar os seus termos à luz das regras nacionais e europeias de concorrência aplicáveis, caso o Acordo de Parceria fosse renovado ou prorrogado, ou as participantes viessem a celebrar outro acordo com um objeto semelhante.
49. Em 16 de dezembro de 2011, José Pedro Breda remeteu para Nuno Sousa, a seguinte mensagem de correio electrónico, com o assunto “Acordo de Parceria e Carta de Intenções”, em que se lê²⁰:

“Caro Nuno,

Relativamente aos pontos de desconforto que apresentaram ontem relativamente às versões enviadas do Acordo de Parceria e Carta de Intenções, permite-me clarificar os seguintes pontos:

- *Cláusula de exclusividade: a versão originalmente apresentada, da forma que estava redigida, pareceu-nos excluir a atual parceria da Sonae com a Galp, no âmbito da promoção Vice-Versa e de outros projetos anteriores, de integração dessa promoção no Programa de Fidelização Continente em desenvolvimento há vários meses, pelo facto da Galp poder, eventualmente, ser considerado como player comercializador de energia elétrica; Esta exclusão para nós não seria aceitável; Dito isto, obviamente, que excluímos a possibilidade de realizar qualquer projeto com a Galp relativo ao negócio de eletricidade; Neste contexto, a atual redação da cláusula de exclusividade poderá ser reformulada para uma solução com a qual estejam mais confortáveis, salvaguardando o ponto anteriormente referido”.*

50. Neste contexto, no documento intitulado “Sonae MC – Projecto LUX - Kick-off do Projecto”, de 24 de novembro de 2011 (fls. 166) consta:

²⁰ Esta mensagem de correio electrónico consta também do Anexo 6 à resposta de 7 de fevereiro de 2012 da EDP Comercial ao pedido de elementos da Autoridade (fls. 168).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

"Parceria com objetivos e benefícios claros para ambas as partes"

	EDP Comercial / Grupo EDP	Sonae MC
Objetivos	<i>Capturar a curto prazo um número significativo de clientes "comerciais" (i.e., não "regulados")</i>	<i>Aumentar volume de vendas (num ano especialmente difícil) reforçando a oferta de valor do cartão continente</i>
Principais benefícios	<ul style="list-style-type: none">• Tarifa competitiva face a outros concorrentes comerciais (não atingível de outra forma devido a margem reduzida)• Captura de clientes numa altura em que o mercado ainda não sofreu boom de movimentação de clientes (first mover)	<ul style="list-style-type: none">• Reforço da oferta de valor do cartão continente posicionando-se cada vez mais como cartão de descontos que extravasa o continente• Reforço da base de clientes e gasto médio pelo início ou reforço da fidelização dos clientes aderentes à campanha

*Efeito benéfico na **imagem corporativa** de ambos os parceiros pelo seu apoio ao cliente num contexto de dificuldades económicas*

51. É neste contexto económico e jurídico que as Visadas celebraram a parceria e o Pacto de não-concorrência: no quadro da liberalização da comercialização de energia elétrica (como se retira das atas da EDP Energias analisadas) as partes acordaram, de forma livre e expressa, restringir o modo como se poderiam estabelecer parcerias semelhantes e acordaram igualmente restringir a possibilidade de cada Visada de um grupo empresarial exercer atividade concorrente nos mercados em que atua o outro grupo empresarial.

52. O Grupo Sonae já teve parcerias no mercado da comercialização de energia elétrica (com a Endesa), abrangido pelo Pacto de não-concorrência, e tem presença também no mercado da produção de energia elétrica.

Identificação e caracterização das visadas – artigos 105 a 151.º da decisão recorrida)

53. A EDP Comercial é uma sociedade anónima, constituída em 1995, atualmente com o capital social de 20.824.695 euros, que tem por objeto "a produção e compra e venda de energia, sob a forma de eletricidade, gás natural e outras, resultante da exploração de instalações próprias ou alheias e da participação em mercados de energia; a prestação de serviços de energia, designadamente, de projetos para a qualidade e eficiência energética e de energias renováveis, o fornecimento de energia, o fornecimento e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

*montagem de equipamentos energéticos, a beneficiação de instalações de energia, a certificação energética e a manutenção e operação de equipamentos e sistemas de energia*²¹.

54. A EDP Comercial é detida a 100% pela EDP Energias.
55. A EDP Energias foi constituída em 1976 como empresa pública, em resultado da nacionalização e fusão das principais empresas portuguesas do setor da eletricidade em Portugal continental, tendo posteriormente, em 1991, sido transformada em sociedade anónima.
56. A EDP Energias com o capital social de 3.656.537.715 euros, no ano de 2015, tem por objeto *“a promoção, dinamização e gestão, por forma direta ou indireta, de empreendimentos e atividades na área do sector energético, tanto a nível nacional como internacional, com vista ao incremento e aperfeiçoamento do desempenho do conjunto das sociedades do seu grupo*”²².
57. A EDP Energias é uma sociedade aberta, emitente de ações que se encontram admitidas à negociação no mercado regulamentado da *NYSE Euronext Lisbon*.
58. Por referência a 27 de março de 2017, os titulares de participações qualificadas e direitos de voto na EDP Energias eram:

ACCIONISTA	Nº. Ações	% Capital	% Voto Exercitáveis
China Three Gorges	780.633.782	21,35%	21,35%
CNIC Co., Ltd	110.435.491	3,02%	3,02%
Capital Group Companies, Inc.	515.075.524	14,09%	14,09%
Oppidum	263.046.616	7,19%	7,19%
BlackRock, Inc.	182.733.180	5,00%	5,00%
Senfora BV	148.431.999	4,06%	4,06%
Grupo BCP + Fundo de Pensões do Grupo BCP	89.139.594	2,44%	2,44%
Sonatrach	87.007.433	2,38%	2,38%
Qatar Investment Authority	82.868.933	2,27%	2,27%
Norges Bank	74.124.779	2,03%	2,03%
EDP (Ações próprias)	22.056.438	0,60%	-
Restantes Acionistas	1.300.781.447	35,57%	-

²¹ Cfr. certidão de registo comercial com o código de acesso 4414-2772-0368.

²² Cfr. certidão de registo comercial com o código de acesso 8577-1018-3164.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Total	3.656.537.715	100,00%
--------------	----------------------	----------------

Fonte: Portal de internet da EDP, acessível em : <http://www.edp.pt/pt/investidores/accaoedp/estruturaaccionista/Pages/ShareholderStructure2.aspx>

59. O Grupo EDP foi constituído em 1994, reunindo um conjunto de empresas detidas a 100%, direta ou indiretamente, pela EDP Energias (doravante, "Grupo EDP").
60. Em função das áreas de negócio, as principais empresas do Grupo EDP são hoje:
- EDP – Energias de Portugal, S.A.
 - EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.
 - EDP Distribuição – Energia S.A.
 - EDP – Gestão de Produção de Energia, S.A.
 - EDP Serviço Universal, S.A.
 - EDP Gás – Serviço Universal, S.A.
 - EDP – Soluções Comerciais, S.A.
 - EDP Inovação, S.A.
 - EDP GÁS GPL – Comércio de Gás de Petróleo Liquefeito, S.A.
 - EDP – Imobiliária e Participações, S.A.²³
61. No que respeita às alterações societárias mais recentes no Grupo EDP, refira-se a cisão da sociedade EDP GÁS.COM – Comércio de Gás Natural, S.A., mediante destaque do seu património e subsequente fusão na EDP Comercial, bem como a fusão por incorporação do respetivo património da sociedade EDP Serviços – Sistemas Para a Qualidade e Eficiência Energética, S.A. na EDP Comercial.
62. As referidas operações de cisão-fusão e de fusão, registadas na conservatória do registo comercial competente em 22 de novembro de 2012 e 28 de maio de 2015, respetivamente, tiveram como objetivo concentrar na EDP Comercial as ofertas integradas de gás e eletricidade para os vários

²³ Para verificação de todas as participações sociais detidas pela EDP, a 31 de dezembro de 2015, cf. a listagem das empresas incluídas no perímetro de consolidação do Grupo EDP, disponível nas págs. 411 a 318 do Relatório e Contas Consolidadas do Grupo EDP de 2015, disponível em www.edp.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.superviso@tribunals.org.pt

Proc. nº 322/17.1VUSTR

escalões de consumo e toda a atividade de comercialização de energia e prestação de serviços energéticos”.

63. O Grupo EDP constitui, assim, uma *utility* verticalmente integrada, sendo a maior produtora, distribuidora e comercializadora de eletricidade em Portugal, a terceira maior empresa de produção de eletricidade e um dos maiores distribuidores de gás na Península Ibérica, estando a sua atividade essencialmente centrada nas áreas de produção, distribuição e comercialização de eletricidade e de distribuição e comercialização de gás natural.

64. Em termos geográficos, a presença mais significativa do Grupo EDP é em Portugal e Espanha, mas também está ativo internacionalmente em várias outras jurisdições, em particular, no setor da eletricidade no Brasil e no setor das energias renováveis em vários países do mundo”.

65. O volume de negócios consolidado da EDP Energias no quadrântio 2012-2015 foi, respetivamente, de 16.339.854.000 euros, 16.280.161.000 euros, 16.293.883.000 euros e de 15.516.799.000 euros”.

66. O volume de negócios realizado pela EDP Comercial no quadrântio 2012-2015 foi, respetivamente, de 1.136.355.000 euros, 1.955.056.000 euros, 2.416.770.000 euros e 2.966.375.000 euros”.

Modelo Contente, Sonae MC e Sonae Investimentos

67. As Visadas *Modelo Contente, Sonae MC e Sonae Investimentos* inserem-se num universo empresarial com presença em múltiplos setores de atividade, incluindo distribuição retalhista, telecomunicações e audiovisual, centros comerciais, produtos derivados da madeira, turismo e energia, com uma organização capilarizada sob a égide de *holdings* e *sub-holdings*, organizadas por setor de atividade e/ou áreas de negócio (doravante, “Grupo Sonae”)²⁴.

68. Este universo empresarial é controlado por três sociedades cotadas em bolsa:

a) Sonae SGPS, S.A. (doravante “Sonae SGPS”);

²⁴ Fts. 231 e 231v.

²⁵ Fts. 227v.

²⁶ Cfr. Relatório e Contas de 2013 e 2015, disponível em www.edp.pt.

²⁷ Fts. 796 e fts. 1136 a 1137

²⁸ Fts. 321.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- b) Sonae Indústria SGPS, S.A. (doravante “Sonae Indústria”); e
 - c) Sonae Capital SGPS, S.A. (doravante “Sonae Capital”).
69. Estas três sociedades, tendo diferentes acionistas e corpos sociais, têm em comum o facto de se encontrarem sob o controlo último, direto e indireto, da sociedade Efanor, que tem por objeto social a *“gestão de participações sociais, como forma indireta de exercício de atividades económicas”*.
70. Embora este vasto universo empresarial possa espelhar realidades díspares entre si, subsiste entre elas um conjunto de relações subsumíveis ao conceito de controlo para os efeitos do artigo 39.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, correspondendo à mesma unidade económica na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da referida Lei, integrando uma única empresa para os efeitos da mesma Lei²⁹.

Sonae SGPS

71. A Sonae SGPS é uma sociedade aberta, admitida à cotação da Bolsa *Euronext* de Lisboa, maioritariamente detida pela Efanor (52,65%), estando o resto do capital social repartido por BPI (8,9%), Bestinver (4,99%), Fundação Berardo (2,5%), Norges Bank (2,0%) e Outros (28,96%) (fls. 321v), e tendo por objeto social a *“gestão de participações sociais noutras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas”*.
72. A Sonae SGPS controla, por sua vez:
- a) a Visada Sonae Investimentos (a título exclusivo);
 - b) a sociedade Sonae Sierra SGPS, S.A. (conjuntamente);
 - c) a sociedade Sonaecom SGPS, S.A. (a título exclusivo); e
 - d) o Grupo NOS (por intermédio da Sonaecom SGPS, S.A., em conjunto, através da ZOPT, SGPS, S.A., com empresas controladas por Isabel dos Santos).
73. Cada uma das referidas *sub-holdings* exerce atividade em áreas de negócio distintas por intermédio de um universo vasto de participadas.
74. A Visada Sonae Investimentos é maioritariamente detida pela Sonae SGPS (76,8556%, correspondendo 25,029% a uma participação direta e 51,827% a uma participação indireta

²⁹ Fls. 321 a 329.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

através da subsidiária Sonaecenter Serviços, S.A., que por sua vez é detida a 100% pela Sonae SGPS), estando o resto do capital social repartido por Sonae Investments BV (13,1419%), Sonae MC (10%) e Libra Serviços, Sociedade Unipessoal, Lda. (0,0025%)³⁰, tendo por objeto *“a gestão de participações sociais, noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas”*³¹.

75. A Sonae Investimentos está ativa no negócio da distribuição a retalho através da Visada Sonae MC e da Sonae Specialized Retail – SGPS, S.A., sociedades que detém a 100% (fls. 802 e 814).
76. Pelo menos desde 5 de janeiro de 2012, a Sonae Investimentos detém 100% do capital da Modelo Continente, 99,71% através da Sonae MC e 0,29% através da Sonae Specialized Retail – SGPS, S.A.³².
77. A Sonae MC tem por objeto a *“gestão de participações sociais, noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas”*.
78. A Visada Modelo Continente é uma empresa operacional, que se dedica ao negócio de distribuição alimentar em Portugal, explorando, direta e indiretamente, através de participadas, um portfólio de lojas que operam sob as insígnias *Continente, Continente Modelo e Continente Bom Dia*³³.
79. A Modelo Continente tem por objeto o *“comércio retalhista e armazenista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, grandes armazéns, charcutarias, confeitarias, cafés, restaurantes, padarias, talhos, relojoarias e ourivesarias e, ainda as indústrias de confeitaria, padaria, charcutaria e outras pequenas indústrias e a distribuição em livre serviço, a importação de todos os bens destinados ao comércio retalhista, edição, produção e distribuição de livros e de outras publicações, a indústria de abate, transformação, preparação, processamento, refrigeração, conservação, embalagem, distribuição por grosso ou a retalho, de carnes, produtos à base de carnes, de todos os tipos de peixes e produtos à base de peixes e outros produtos alimentares, e ainda a importação e exportação. A sociedade pode ainda importar e comercializar medicamentos*

³⁰Cfr. Relatório e Contas relativo a 2015, disponível em https://www.sonae.pt/fotos/investimentos/sonae_investimentos_sgps_1_semestre_2015_port_330870673570bdac541dec.pdf.

³¹ Cfr. certidão de registo comercial que consta de fls. 802.

³² Cfr. parágrafo 675 da pronúncia das Visadas Sonae.

³³ Fls. 809.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

não sujeitos a receita médica, e a título acessório, prestar serviços na área de comércio retalhista e grossista a outros estabelecimentos de livre serviço, bem ainda como a promoção, desenvolvimento e gestão imobiliária, compra e venda de imóveis próprios ou alheios e revenda dos adquiridos para esse fim e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços na área do bem estar físico, nomeadamente, higiene e beleza”³⁴.

80. Entre outras, a Sonae Investimentos detém ainda uma participação social de 46,92% na MDS SGPS, S.A., sociedade ativa no negócio da mediação de seguros e resseguros, sendo o remanescente do capital social desta sociedade detido por uma sociedade do Grupo Suzano, um grupo industrial brasileiro com atividade ligada às indústrias de papel e energia renovável³⁵.

Sonae Indústria

81. A Sonae Indústria é uma sociedade cotada na *Euronext Lisbon*, maioritariamente detida pela Efanor (68,61%), com cerca de 31,39% do seu capital social disperso por acionistas particulares e institucionais, nacionais e estrangeiros³⁶.
82. A Sonae Indústria é a sociedade-mãe de um grupo industrial ativo no setor dos derivados da madeira, com 21 fábricas localizadas em 6 países (Portugal, Espanha, França, Alemanha, Canadá e África do Sul).

Sonae Capital

83. A Sonae Capital é uma sociedade aberta admitida à cotação na Bolsa *Euronext* de Lisboa, cujo capital social é maioritariamente detido pela Efanor (62,602%)³⁷.
84. A Sonae Capital atua, a título principal e por intermédio de *sub-holdings*, em três áreas de negócio distintas:
- a) Turismo, através de participadas da Sonae Turismo SGPS, S.A.;
 - b) Refrigeração, AVAC e Manutenção, através de participadas da Spred SGPS, S.A.;
 - c) Energia, através de participadas da Spred SGPS, S.A..

³⁴ Cfr. certidão de registo comercial que consta de fls. 809.

³⁵ Fls. 322v e 357.

³⁶ Cfr. Relatório e Contas de 2015, disponível em http://www.sonaeindustria.com/file_bank/reports/annual/SINDconsodez2015PT.pdf.

³⁷ Cfr. Relatório e Contas de 2015, disponível em <http://www.sonaecapital.pt/ResourcesUser/AG2016/SONCRC2015APROVPT.pdf>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

85. Na área da Energia, as participadas da Spred SGPS, S.A. dedicam-se ao desenvolvimento e exploração de centrais de produção energética, com recurso à cogeração e/ou à energia fotovoltaica.
86. O volume de negócios consolidado realizado pela Sonae Investimentos no quadriénio 2012-2015 foi, respetivamente, de 4.531.666.066 euros, 4.670.545.866 euros, 4.820.487.935 euros e 4.796.464.501 euros³⁸.
87. O volume de negócios realizado pela Modelo Continente no quadriénio 2012-2015 foi, respetivamente, de 3.100.188.068 euros, 3.312.350.378 euros, 3.357.898.182 euros e 3.406.263.101 euros³⁹.
88. A Sonae MC não apresenta volumes de negócios⁴⁰.

Titulares do órgão de administração das Visadas no período que antecedeu a celebração do Acordo de Parceria

89. O Acordo de Parceria foi celebrado em 5 de janeiro de 2012, entre a EDP Comercial e a Modelo Continente, tendo a negociação do mesmo, em consequência, ocorrido anteriormente a esta data.
90. Por referência ao triénio 2009-2011, o conselho de administração executivo da EDP Energias, designado em 15 e 20 de abril de 2009, era composto por⁴¹:
- António Luís Guerra Nunes Mexia
 - Ana Maria Machado Fernandes
 - António Fernando Melo Martins da Costa
 - António Manuel Barreto Pita de Abreu
 - João Manuel Manso Neto
 - Jorge Manuel Pragana da Cruz Morais

³⁸ Cfr. Relatório e Contas referente ao ano de 2015, disponível em www.sonae.pt/pt/sonaeinvestimentos, E fls. 802.

³⁹ Fls. 809 e 1147.

⁴⁰ Fls. 814.

⁴¹ Cfr. certidão de registo comercial com o código de acesso 8577-1018-3164, os membros do conselho de administração executivo em funções na data de assinatura do Acordo de Parceria eram os membros designados para o triénio 2009-2011. A nomeação dos membros do conselho de administração executivo para o triénio 2012-2014 ocorreu em 20 de fevereiro de 2012.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- Nuno Maria Pestana de Almeida Alves
91. Por referência ao triénio 2009-2011, o conselho de administração da EDP Comercial era composto por⁴²:
- Jorge Manuel Pragana da Cruz Morais
 - Vasco Manuel Castro Coucello
 - Paulo Manuel dos Santos Pinto de Almeida
 - Massimo Adelmo Lúcio Rossini (entre 25.08.2009 e 23.08.2011)
 - Pedro Manuel Carreto Pires João (designado em 23.03.2011)
 - Carlos Manuel Sola Pereira da Mata (designado em 19.09.2011)
92. De acordo com a respetiva certidão de registo comercial, a EDP Comercial obriga-se com a assinatura de: (a) dois administradores, ou (b) um administrador, com poderes delegados.
93. Por referência ao quadriénio 2010-2013, o conselho de administração da Sonae Investimentos era composto por⁴³:
- Duarte Paulo Teixeira de Azevedo
 - Ângelo Gabriel Ribeirinho dos Santos Paupério
 - Nuno Manuel Moniz Trigo Jordão (de 26.04.2010 até 09.05.2013)
94. De acordo com a certidão de registo comercial, a Sonae Investimentos obriga-se com a assinatura de: (a) dois administradores; (b) um administrador e um mandatário da sociedade; (c) um administrador ou mandatário, se para intervir no ato ou atos, tiver sido designado em ata pelo

⁴² Cfr. certidão de registo comercial com o código de acesso 4414-2772-0368. Os membros do conselho de administração em funções na data de assinatura do Acordo de Parceria eram os membros designados para o triénio 2009-2011. O conselho de administração da EDP Comercial para o triénio 2012-2014, designado em 12 de março de 2012, era composto por: Miguel Stilwell de Andrade, António José da Silva Coutinho, Carlos Manuel Sola Pereira da Mata, Paulo Manuel dos Santos Pinto de Almeida, Pedro Manuel Carreto Pires João e José Manuel Ferrari Bigares Careto (entre 02.04.2012 e 26.02.2014).

⁴³ Cfr. certidão do registo comercial com o código de acesso 0150-2771-0753.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

conselho de administração; (d) dois mandatários; (e) um administrador para designar mandatário judicial da sociedade.

95. Por referência ao quadriénio 2009-2012, o conselho de administração da Sonae MC era composto por⁴⁴:

- Duarte Paulo Teixeira de Azevedo
- Nuno Manuel Moniz Trigoso Jordão (até 31.03.2010)
- Ângelo Gabriel Ribeirinho dos Santos Paupério
- Álvaro Carmona e Costa Portela (até 31.03.2010)
- Luís Miguel Mesquita Soares Moutinho

96. Por referência ao quadriénio 2008-2011, o conselho de administração da Modelo Continente era composto por⁴⁵:

- Nuno Manuel Moniz Trigoso Jordão (até 31.03.2010)
- Manuel José Ferreira Fontoura
- Luis Miguel Vieira de Sá da Mota Freitas (até 31.03.2010)
- Luís António Vicente Dias
- José Fernando Oliveira de Almeida Corte-Real
- Diogo Manuel Vaz Pinto Mendes

⁴⁴ Cfr. certidão de registo comercial com o código de acesso 8748-5767-0432.

⁴⁵ Fls 809: Os membros do conselho de administração em funções na data de assinatura do Acordo de Parceria eram os membros designados para o triénio 2008-2011. Por referência ao quadriénio 2012-2015, o conselho de administração da Modelo Continente, designado em 23 de março de 2012, é composto por (fls.809): Luís Miguel Mesquita Soares Moutinho, Manuel José Ferreira Fontoura, José Fernando Oliveira de Almeida Corte-Real, Luís António Vicente Dias, Miguel Maria Bragança Cunha Osório Araújo (até 31.03.2014), Domingos Miguel Sequeira de Almeida, André Miguel de Carvalho e Sousa, Rui Manuel Teixeira Soares de Almeida, José Manuel Cardoso Fortunato, Mário Jorge Nogueira Pereira, Artur Carlos Gomes Loureiro (até 27.05.2014), Maria Inês Martins Valadas, David Pedro Oliveira Parente Ferreira Alves, Miguel Oliveira da Costa Seixas, Eunice Carla Pinto da Costa da Silva Correia de Lacerda (a partir de 27.05.2014), João Nonell Gunther Amaral (a partir de 27.05.2014), João António Palmeira Pereira Afonso (a partir de 15.01.2015), David Pedro de Oliveira Parente Ferreira Alves (a partir de 02.12.2013), Miguel Oliveira da Costa Seixas (a partir de 31.03.2014).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- Paulo Espregueira Pereira Dias de Magalhães (até 31.03.2011)
 - Isabel Maria Guimarães Dias da Costa (até 31.10.2010)
 - Luís Miguel Mesquita Soares Moutinho
 - José António Martins de Jesus (até 31.03.2009)
 - Adriano Virgílio Guimarães Ribeiro (até 31.03.2009)
 - Rui Manuel Teixeira Soares de Almeida
 - José Manuel Cardoso Fortunato
 - André Miguel de Carvalho e Sousa (a partir de 31.03.2009)
 - Domingos Miguel Sequeira de Almeida (a partir de 31.03.2009)
 - Mário Jorge Nogueira Pereira (a partir de 31.03.2009)
 - Miguel Maria Bragança Cunha Osório Araújo (a partir de 31.03.2011)
 - Artur Carlos Gomes Loureiro (a partir de 01.04.2011)
97. De acordo com a certidão de registo comercial, a Modelo Continente obriga-se com a assinatura de: (a) um Administrador e um mandatário da sociedade; (b) um Administrador ou mandatário se, para intervir no ato ou atos, tiver sido designado em ata pelo Conselho de Administração; (c) dois mandatários; (d) um Administrador para constituir mandatário judicial da sociedade e (e) dois Administradores.
98. Por referência ao quadriénio 2008-2011, o conselho de administração da Efanor era composto por⁴⁶:
- Belmiro Mendes de Azevedo
 - Maria Margarida Carvalhais Teixeira de Azevedo
 - Nuno Miguel Teixeira de Azevedo

⁴⁶ Cfr. certidão de registo comercial (fls. 534 a 537). Os membros do conselho de administração para o quadriénio 2012-2015 foram nomeados em 31 de maio de 2012.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- Duarte Paulo Teixeira de Azevedo
 - Maria Cláudia Teixeira de Azevedo
99. Por referência ao quadriénio 2011-2014, o conselho de administração da Sonae SGPS era composto por⁴⁷:
- Belmiro Mendes de Azevedo
 - Duarte Paulo Teixeira de Azevedo
 - Ângelo Gabriel Ribeirinho dos Santos Paupério
 - Nuno Manuel Moniz Trigoso Jordão (até 10.05.2013)
 - Álvaro Carmona e Costa Portela
 - Jose Alvaro Cuervo Garcia
 - Michel Marie Bom
 - Christine Cross
 - José Manuel Trindade Neves Adelino
 - Bernd Hubert Joachim Bothe

Identificação e caracterização dos mercados envolvidos (pontos 152 a 230 da decisão da ADC)

100. Atendendo aos contornos do Plano EDP Continente e à redação da Cláusula 12 do Acordo de Parceria, os mercados em causa correspondem à comercialização de energia elétrica, à comercialização de gás natural e à distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental.
101. Os mercados da comercialização de energia elétrica e da comercialização de gás natural constituem, em face da natureza dos serviços prestados, mercados naturalmente distintos do mercado da distribuição retalhista de bens alimentares.

⁴⁷ Cfr. certidão de registo comercial (fls. 493 a 503).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santana

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1VUSTR

102. Os serviços da comercialização de energia elétrica e da comercialização de gás natural, embora estando em causa duas fontes de energia, correspondem igualmente a mercados distintos^{48,49}.

103. Sem prejuízo da existência de alguma substituíbilidade técnica entre eletricidade e gás natural, para determinadas utilizações domésticas, terciárias e industriais, a substituíbilidade do lado da procura é apenas possível a longo-prazo, ou *ex-ante* aquando da escolha de equipamento pelos utilizadores das duas formas de energia.

104. Já a curto prazo, o grau dessa mesma substituíbilidade do lado da procura entre as duas fontes de energia é condicionado pelo tipo de equipamento já instalado e a respetiva amortização, dado que o custo de conversão entre os vários tipos de equipamento pode ser elevado.

105. Em face da inexistência de substituíbilidade do lado da procura, os serviços da comercialização de energia elétrica e da comercialização de gás natural não pertencem ao mesmo mercado;

Mercados da produção e da comercialização de Eletricidade em Portugal continental

O Sistema Elétrico Nacional

106. O Sistema Elétrico Nacional (SEN) distingue, de acordo com a prática decisória da AdC⁵⁰ e da Comissão Europeia⁵¹ as seguintes atividades, considerando-as mercados de produto autónomos, ainda que verticalmente relacionados: (i) produção; (ii) serviços de sistema; (iii) transporte; (iv) distribuição; e (v) comercialização.

107. Os comercializadores de eletricidade ativos no mercado livre têm assegurado o direito de acesso às redes de transporte e de distribuição, mediante o pagamento de tarifas de acesso reguladas pela ERSE. Esta regulação baseia-se num regime de acesso obrigatório a terceiros, assente nos princípios de independência, transparência, não discriminação e imparcialidade.

⁴⁸ Cfr. decisão da AdC de 20 setembro de 2004, processo AC-I-48/2003-NQuntas/CGD/EDP.
⁴⁹ Cfr. decisões da Comissão Europeia de 1 de setembro de 1994, processo IV/M.493 – Tractebel/Disringaz II, de 8 de junho de 1995, processo IV/M.568 – EF/Edison-ISE, de 2 de junho de 1998, processo IV/M.931-Neste/IVO, e de 11 de agosto de 1998, processo IV/M.1190 – Amoco / Repsol / Iberdrola / Entre Vasco de la Energia. Cfr. ainda decisão da AdC de 20 setembro de 2004, no processo AC-I-48/2003, NQUNTAS/CGD/EDP.
⁵⁰ Cfr. decisões da AdC relativas aos processos Ccent n.º 02/2008 – EDP/Rebble Hydro*H. Janeiro de Baixo e Ccent n.º 6/2008 – EDP/Activos EDIA (Pedrogão*Alqueva), ambas de 25 de junho de 2008, Ccent n.º 23/2010 – EDP/Greenvough, de 13 de dezembro de 2010, e Ccent n.º 9/2015, EDP Renovables/Activos ENEOP, de 14 de agosto de 2015.
⁵¹ Cfr. por exemplo, decisões da Comissão nos processos COMP. IV/M.1346 – EDF/London Electricity, de 27 de janeiro de 1999; COMP. IV/M.1606 – EDF/South Western Electricity, de 19 de julho de 1999, e COMP/M.2801 – RWE/INNOCY, de 17 de maio de 2002.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- I08. Os serviços de sistema correspondem à prestação de serviços relacionados com a segurança e a fiabilidade da operação do sistema elétrico destacada da atividade de produção de energia elétrica, através de ofertas submetidas por agentes de mercado qualificados ao Gestor do Sistema (neste momento, o Gestor de Sistema é a REN – Redes Energéticas Nacionais (REN)).
- I09. Os produtores ligam-se às redes de transporte ou de distribuição, no caso da produção de menor dimensão, podendo os mesmos prestar serviços de sistema requeridos pelo operador da rede de transporte para equilibrar a produção total face à procura de energia elétrica.
- I10. Estas cinco atividades requerem ativos distintos e as estruturas de oferta são heterogéneas, uma vez que se trata de monopólios regulados nas redes de transporte e distribuição e atividades liberalizadas no que respeita à produção, aos serviços de sistema e à comercialização.
- I11. A prática decisória da AdC, bem como da Comissão Europeia já referida, em face da inexistência de substituíbilidade entre as atividades identificadas, é no sentido da autonomização em mercados distintos, sem prejuízo da aplicação de delimitações mais finas em algumas atividades.

O mercado da produção

- I12. A produção de energia elétrica engloba a produção em regime ordinário (PRO) e a produção em regime especial (PRE).
- I13. A produção em regime ordinário, em que o Grupo EDP está presente através da EDP – Gestão de Produção de Energia, S.A., rege-se pelo princípio da liberdade do exercício de atividade, sendo a energia produzida vendida em mercados organizados ou através de contratos bilaterais.
- I14. A produção em regime especial, em que o Grupo EDP está presente através da EDP – Gestão de Produção de Energia, S.A. e da EDP Renováveis Portugal, S.A., entre outras participadas, permite aos produtores efetuarem entregas à rede, através de contratos bilaterais celebrados com o Comercializador de Último Recurso (CUR), estando sujeita a regimes jurídicos específicos, designadamente para incentivar a utilização de recursos endógenos renováveis, de cogeração ou de microgeração⁵².

⁵² No regime especial, a venda da produção pode beneficiar de um modelo diferente do regime ordinário, prevendo-se um regime de compra garantida pelo Comercializador de Último Recurso (CUR), com condições de venda determinadas em tarifários definidos pelo Estado em legislação específica. Findos os contratos de compra garantida, os produtores em regime especial passam a vender a energia em condições de mercado. Cfr. artigo 33.º-G.º, do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- II5. De acordo com a prática decisória da AdC⁵³, a produção de energia elétrica em PRE e em PRO integram um único mercado, o mercado da produção de energia elétrica, uma vez que estas formas de produção são consideradas substitutas na satisfação da procura grossista de eletricidade e que a eletricidade se apresenta, do ponto de vista da utilização, como um bem homogéneo.
- II6. No que se refere à dimensão geográfica, e atenta a análise de substituíbilidades e, em particular, a existência de restrições ao nível da oferta, a AdC tem entendido definir o mercado da produção da eletricidade como correspondendo ao território de Portugal continental, pelo menos nas horas em que existe congestionamento na interligação com Espanha⁵⁴.

O mercado da comercialização. Mercado regulado e mercado liberalizado

- II7. O processo de liberalização da comercialização de eletricidade decorre em Portugal de uma forma progressiva desde 1995. Em 2006, iniciou-se o período de transição voluntária em que os consumidores passaram a poder optar entre o mercado regulado e o mercado liberalizado apenas com base no incentivo e atratividade comercial das ofertas, sem qualquer encargo ou constrangimento do ponto de vista regulamentar.
- II8. A partir de 1 de janeiro de 2011, extinguiram-se as tarifas reguladas aplicáveis a clientes finais para a Muito Alta, Alta, Média e Baixa Tensão Especial (grandes clientes/industriais), e a partir de 1 de julho de 2012 e 1 de janeiro de 2013, extinguiram-se as tarifas reguladas aplicáveis à Baixa Tensão Normal (pequenos negócios/domésticos), para clientes finais com potência contratada superior ou igual a 10,35 kVA e para clientes com potência contratada inferior a 10,35 kVA, respetivamente.
- II9. Após estas datas, a celebração de novos contratos passou a ser possível apenas no mercado livre. No entanto, foram estabelecidos regimes tarifários transitórios em que, aos consumidores que ainda não escolheram o seu comercializador no mercado liberalizado, são aplicáveis tarifas

Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.º 237-B/2006, de 18 de dezembro, n.º 199/2007, de 18 de maio, n.º 264/2007, de 24 de julho, n.º 23/2009, de 20 de janeiro, e n.º 104/2010, de 29 de setembro, e Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro.

⁵³ A esse respeito destaca-se a decisão da AdC nos processos Ccent n.º 23/2010 – EDP/Greenvoug e Ccent.53/2012 Portucel/Soporgen.

⁵⁴ Cfr. processos Ccent n.º 11/2011 – Finerge/TP, Ccent n.º 3/2013- EDP Renewables/Ativos Gravitangle, Ccent 38/2013 – Sonae Capital, SGPS, S.A./Ativos de cogeração da Enel Green Power, Ccent n.º 9/2015 – EDP Renewables/Ativos ENEOP, Ccent n.º 52/2015 – EDP Renewables/Stirlingpower e Ccent n.º 55/2015 - EDP Renewables/Sociedades Venininveste.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

definidas pela ERSE com preços agravados, para motivar a transição para o mercado liberalizado. O último destes regimes transitórios termina a 31 de dezembro de 2017⁵⁵.

120. Os regimes transitórios pretendem igualmente servir de garante ao fornecimento de eletricidade aos consumidores, em condições de qualidade e continuidade do serviço, estando sujeita à atribuição de licença e sendo assegurada pela EDP Serviço Universal, S.A. (doravante “EDP SU”).
121. Neste sentido, atualmente a comercialização de eletricidade no mercado liberalizado coexiste com a comercialização de eletricidade no mercado regulado, sendo que neste último as tarifas e preços de venda ao consumidor final são definidos pela ERSE.
122. Já no mercado livre, o consumidor tem ao seu dispor um conjunto de fornecedores de energia elétrica a concorrerem entre si em preços e condições comerciais.
123. Do ponto de vista da oferta, o acesso à atividade de comercialização é aberto a todos os agentes de mercado que cumpram os requisitos de acesso à atividade estabelecidos pelo Decreto-lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro, estando sujeito a um procedimento de registo.
124. De acordo com a prática decisória da AdC⁵⁶ e da Comissão Europeia⁵⁷, e atento o facto da atuação do CUR se revestir de carácter transitório, considera-se que o mercado de comercialização de energia elétrica ao cliente final engloba todos os consumidores, independentemente de estes serem fornecidos pelo CUR ou por comercializadores em regime livre, e apesar de, com o processo de extinção das tarifas reguladas e com a sua substituição por tarifas transitórias⁵⁸, os clientes perderam o direito de regresso ao mercado regulado.

Os consumidores de Muito Alta, Alta e Média Tensão e os consumidores de Baixa Tensão

⁵⁵ Cfr. Portaria n.º 97/2015, de 30 de março.

⁵⁶ Cfr. decisão da AdC no processo Ccent. n.º 6/2008 - EDP/Activos EDIA (Pedrógão-Alqueva), de 25 de junho de 2008 e Ccent. 9/2015, EDP Renewables/Ativos ENEOP, de 14 de agosto de 2015.

⁵⁷ Cfr. decisão da Comissão relativa ao processo COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, de 9 de dezembro de 2004.

⁵⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 75/2012, de 26 de março, n.º 256/2012, de 29 de novembro, n.º 13/2014, de 22 de janeiro, e n.º 15/2015, de 30 de janeiro.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

125. No que se refere a consumidores de diferentes dimensões, os consumidores industriais ligados em Muito Alta, Alta e Média Tensão distinguem-se dos restantes consumidores quanto aos respetivos perfis de consumo, tarifação e contagem da energia⁵⁹.
126. Os consumidores de Muito Alta, Alta e Média Tensão são maioritariamente grandes empresas industriais em que a fatura elétrica tem um grande peso nas suas estruturas de custos. Por essa razão, estes consumidores são mais sensíveis ao preço e têm uma grande apetência para mudarem de fornecedor.
127. Neste segmento, os consumidores detêm poder negocial e normalmente negociam o preço e as condições comerciais, incluindo produtos e serviços personalizados, com a equipa de vendas do fornecedor de energia elétrica.
128. Os consumidores de Baixa Tensão são sobretudo pequenos clientes domésticos ou pequenas atividades industriais, comércio e serviços cujo consumo de eletricidade é relativamente limitado. Este perfil de consumidor é menos sensível ao preço e revela uma menor apetência para mudar de fornecedor.
129. A comercialização de energia elétrica ao cliente final compreende todos os consumidores elegíveis, subdividindo-se em dois mercados de produto: (i) o dos consumidores de Muito Alta, Alta e Média Tensão, e (ii) o dos consumidores de Baixa Tensão⁶⁰.

Dimensão geográfica

130. No que se refere à dimensão geográfica deste mercado, em decisões anteriores da AdC⁶¹ e da Comissão Europeia⁶², o mercado de comercialização de eletricidade foi considerado como correspondendo a Portugal continental.

⁵⁹ Cfr. decisão da Comissão Europeia relativa ao processo COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, de 9 de dezembro de 2004.

⁶⁰ Cfr. decisão da AdC nos processos Ccent. n.º 6/2008 - EDP/Activos EDIA (Pedrógão*Alqueva), de 25 de junho de 2008 e Ccent. 9/2015, EDP Renewables/Ativos ENEOP, de 14 de agosto de 2015.

⁶¹ Cfr. decisão da AdC no processo Ccent. 9/2015, EDP Renewables/Ativos ENEOP, de 14 de agosto de 2015, e Ccent.40/2015 Axpo*Dourogás/Goldenergy, de 15 de outubro de 2015.

⁶² Cfr. decisão da Comissão Europeia relativa ao processo COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, de 9 de dezembro de 2004.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

131. As condições para a concorrência na comercialização retalhista de eletricidade são consideradas como substancialmente diferentes entre Portugal e Espanha nos fornecimentos de eletricidade em todos os níveis de tensão.
132. Apesar dos mecanismos de integração de mercados grossistas entre os dois países, parte importante dos custos relacionados com o fornecimento a clientes finais em Portugal forma-se em mercados de dimensão nacional.
133. Os custos com serviços de sistema e a estrutura de custos relacionados com acesso às redes, que integra tanto os custos de redes como os custos de interesse económico geral, são definidas autonomamente entre países.
134. Por outro lado, a estrutura da oferta, em particular nos clientes em Baixa Tensão, revela ainda uma preponderância do operador histórico nacional – o Grupo EDP.
135. Neste sentido, atenta a ausência de substituíbilidade do lado da oferta, o mercado define-se por referência ao território de Portugal continental.
136. A AdC considera que o mercado de comercialização de energia elétrica ao cliente final, que inclui a comercialização no mercado regulado e no mercado liberalizado, subdivide-se em (i) Muito Alta, Alta e Média Tensão e em (ii) Baixa Tensão, tendo um âmbito restrito a Portugal continental.

Mercado do Gás Natural em Portugal continental. O gás natural, o gás propano canalizado e o GPL em garrafa

137. O gás natural e o gás propano canalizado são, em teoria, fontes de energia alternativas. Contudo, após a substituição de tubagens de gás propano para gás natural, e dada a necessária substituição de outros equipamentos, um regresso ao consumo de gás propano implicaria um custo significativo. O grau de substituíbilidade do lado da procura entre gás natural e gás propano canalizado é, deste modo, condicionado pelo tipo de equipamento já instalado.
138. Por razões de natureza estrutural, relativas à política de introdução e expansão do gás natural como fonte de energia em Portugal, o gás propano não é considerado como um produto substituto do gás natural, para a maioria dos clientes deste, pelo que o gás natural constitui um mercado de produto autónomo do gás propano.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Biblioteca Pública de Cavalaria

2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisoao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

139. No que se refere à substituíbilidade entre gás natural e o gás de petróleo liquefeito (GPL), que engloba os produtos butano e propano e que é comercializado em garrafas para utilização dos consumidores finais, estes cobrem a mesma gama de utilizações domésticas e são intersubstituíveis.

140. O gás natural é distribuído numa estrutura de rede territorialmente limitada. Há regiões onde, não havendo rede de gás natural, a substituição de GPL em garrafa por gás natural não é possível.

141. Do lado da oferta, a produção, armazenamento e transporte do gás natural e do GPL em garrafa são distintos. Para concorrer no mercado do GPL em garrafa, um produtor de gás natural teria de incorrer em custos ou riscos significativos na criação de uma rede de infraestruturas de produção, armazenamento, enchimento e distribuição de GPL em garrafa.

142. Atenta a inexistência de substituíbilidade, o mercado do gás natural constitui um mercado autónomo de outros tipos de gases, nomeadamente gás propano canalizado e GPL em garrafa⁶³.

O Sistema Nacional de Gás natural

143. O Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN)⁶⁴ compreende as seguintes atividades: i) receção, armazenamento e regaseificação de gás natural na forma liquefeita (GNL); ii) distribuição de gás natural; iii) transporte de gás natural; iv) distribuição de gás natural; v) subterrâneo de gás natural; vii) operação de mercados do gás natural; e viii) operação logística de mudança de comercializador de gás natural⁶⁵.

144. Portugal não tem jazidas de gás natural, pelo que a organização do SNGN assenta fundamentalmente na exploração da rede pública de gás natural, constituída pela Rede Nacional de Transporte, Instalações de Armazenamento e Terminais de GNL, e pela Rede Nacional de Distribuição de Gás Natural.

⁶³ Cfr. decisão da AdC nos processos Ccent. 48/2003, EDP Renováveis/Álvos ENEOP, de 14 de agosto de 2015, e Ccent. 40/2015 Axpo*Dourogás/Goldenergy, de 15 de outubro de 2015.

⁶⁴ As bases gerais da organização e funcionamento do Sistema Nacional do Gás Natural (SNGN) foram instituídas pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro, e complementadas pelo Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho. Posteriormente, o referido Decreto-Lei foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 65/2008, de 9 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de outubro, concluindo este último diploma legal a transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural.

⁶⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- I45. O transporte de gás natural é exercido mediante a exploração da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural, que corresponde a uma única concessão do Estado.
- I46. O operador da rede de transporte é também responsável pela Gestão Técnica Global do SNGN, reunindo as competências para assegurar a gestão eficiente do SNGN, a coordenação do funcionamento das infraestruturas do sistema e a cooperação com o operador da rede de transporte interligada.
- I47. A distribuição de gás natural processa-se através da exploração da Rede Nacional de Distribuição de Gás Natural, mediante atribuição pelo Estado de concessões de serviço público, exercidas em exclusivo, bem como por licenças de distribuição em redes locais autónomas, não ligadas ao sistema interligado de gasodutos e redes, igualmente exercidas em exclusivo e em regime de serviço público.
- I48. A comercialização de gás natural em Portugal foi sujeita a liberalização, continuando sujeitas a regulação a receção, armazenamento e regaseificação de GNL, o armazenamento subterrâneo, o transporte, a distribuição e a comercialização de último recurso de gás natural⁶⁶.
- I49. No exercício da sua atividade, os comercializadores podem livremente comprar e vender gás natural, dispondo, para o efeito, do direito de acesso às instalações de armazenamento e terminais de GNL, às redes de transporte e às redes de distribuição, mediante o pagamento de uma tarifa regulada.
- I50. A AdC tem considerado, na sua prática decisória⁶⁷, que a atividade de comercialização do gás natural constitui um mercado autónomo face às restantes atividades do SNGN, atenta a inexistência de substituíbilidade entre as mesmas.

Mercado de comercialização de Gás natural. Mercado regulado e mercado liberalizado

- I51. Desde janeiro de 2010 que os consumidores de gás natural portugueses passaram a poder optar entre o mercado regulado e o mercado liberalizado apenas com base no incentivo e atratividade comercial das ofertas, sem qualquer encargo ou constrangimento do ponto de vista regulamentar.

⁶⁶ A comercialização de último recurso (CUR) foi segmentada por regiões, que, por sua vez, sob licença, foram atribuídas a diversas empresas.

⁶⁷ Cfr. decisão da AdC no processo Ccent. 24/2013 – ECS/Gásriba, de 9 de setembro de 2013 e no processo Ccent. 46/2010 – GDP/Setgás CUR, de 10 de dezembro de 2010.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

152. O processo de liberalização da comercialização de gás natural decorre em Portugal de forma progressiva tendo a extinção das tarifas reguladas, na comercialização, sido realizada de uma forma gradual:
- ii)* Em 1 de julho de 2012 iniciou-se a extinção das tarifas reguladas de venda de gás natural para os consumidores com consumos anuais superiores a 500 m³ e a contratação do fornecimento de gás natural para este tipo de consumidores passou apenas a ser possível com um comercializador em regime de mercado;
 - iii)* Em 1 de janeiro de 2013 iniciou-se a extinção das tarifas reguladas de venda de gás natural aos consumidores com consumos anuais inferiores ou iguais a 500 m³.
153. Desde 1 de janeiro de 2013 que apenas é possível celebrar contratos no mercado livre e que as tarifas de venda a clientes finais publicadas pela ERSE passaram a ter um caráter transitório, sendo suscetíveis de revisão trimestral⁶⁸.
154. Este período transitório terminava a: *(i)* 30 de junho de 2014, para clientes com consumos anuais superiores a 10.000 m³; *(ii)* 31 de dezembro de 2014, para os clientes com consumos anuais superiores a 500 m³ e inferiores ou iguais a 10.000 m³; e *(iii)* 31 de dezembro de 2015, para clientes com consumos anuais inferiores ou iguais a 500 m³. No entanto, o período transitório foi prorrogado, passando a terminar em 31 de dezembro de 2017⁶⁹.
155. Neste sentido, atualmente a comercialização do gás natural no mercado liberalizado coexiste com a comercialização de gás natural no mercado regulado, sendo que neste último as tarifas e preços de venda ao consumidor final são definidos pela ERSE.
156. Já no mercado livre, o consumidor tem ao seu dispor um conjunto de fornecedores de gás natural a concorrerem entre si em preços e condições comerciais.

⁶⁸ Cfr. Decreto-lei n.º 74/2012, de 26 de março.

⁶⁹ Cfr. Portaria n.º 97/2015, de 30 de março.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

157. Do ponto de vista da oferta, o acesso à atividade de comercialização de gás natural deixou de estar sujeito à obtenção de licença e passou a depender de um procedimento específico de registo, sendo aberto a todos os agentes de mercado que cumpram os respetivos requisitos de acesso⁷⁰.
158. Existe ainda a figura do CUR, que é assegurada, entre outras, pelas empresas do grupo Galp e pela EDP SU, cuja finalidade é servir de garante do fornecimento de gás natural aos consumidores, em condições de qualidade e continuidade do serviço, estando sujeita à atribuição de licença.
159. A AdC, em decisões anteriores⁷¹ analisou o setor da comercialização de gás natural, concluindo que não se justifica uma segmentação entre comercialização livre e a comercialização de último recurso, uma vez que tanto a figura do CUR como a fixação de tarifas reguladas de venda de gás a clientes finais assumem um carácter restrito e provisório.
- Os consumidores com necessidades de consumo até 10.000 m³/ano e com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano*
160. No que se refere a consumidores de diferentes dimensões, os consumidores com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³ distinguem-se dos restantes consumidores quanto aos respetivos perfis de consumo e tarifação⁷².
161. Os consumidores com consumos anuais superiores a 10.000 m³ são maioritariamente grandes empresas industriais em que a fatura do gás tem um grande peso nas suas estruturas de custos.
162. Estes consumidores são por isso muito sensíveis ao preço e têm uma grande apetência para mudarem de fornecedor. Neste segmento, os consumidores detêm poder negocial e normalmente negociam o preço e as condições comerciais.
163. Pelo contrário, os consumidores com consumos inferiores ou igual a 10.000 m³ são sobretudo pequenos clientes domésticos cujo consumo de gás é relativamente limitado, sendo menos sensíveis ao preço e revelando uma menor apetência para mudar de fornecedor.

⁷⁰ Cfr. capítulo IX do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, como resulta do Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de outubro.

⁷¹ Cfr. decisão da AdC no processo Ccent. 46/2010 – GDP/Setgás CUR, de 10 de dezembro de 2010.

⁷² Cfr. decisão da AdC no processo Ccent. 24/2013 – ECS/Gásriba, de 9 de setembro de 2013.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Tel/f: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

I 64. Em face da inexistência de substituíbilidade do lado da procura, identificam-se dois mercados de produto relativos aos: (i) consumidores com necessidades de consumo até 10.000 m³/ano, e (ii) consumidores com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano.

Dimensão geográfica

I 65. No que respeita à dimensão geográfica do mercado da comercialização de gás natural, a AdC, na sua decisão no processo Ccent. 46/2010 – GDP/Setgas CUR, não obstante ter decidido deixar em aberto a exata delimitação do mercado relevante, considerou não ser de excluir que, no âmbito do novo cenário regulamentar, a concorrência entre as empresas ativas no mercado deixe de se confinar às regiões de exclusividade e passe a ser mais lata, correspondendo ao território nacional⁷³.

I 66. A AdC considera que o mercado de comercialização de gás natural ao cliente final, que inclui tanto a comercialização no mercado regulado como no mercado liberalizado, e que se subdivide em (i) clientes com necessidades até 10.000 m³/ano e em (ii) clientes com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano, tem âmbito restrito a Portugal continental.

Mercado da distribuição retalhista de bens alimentares em Portugal

I 67. A atividade de distribuição a retalho de base alimentar consiste na disponibilização, junto do consumidor, de um conjunto mais ou menos amplo de produtos alimentares e artigos para o lar, destinados à satisfação das necessidades de consumo corrente dos agregados familiares⁷⁴.

I 68. Do lado da oferta, os estabelecimentos de retalho alimentar apresentam formatos diversos, distinguindo-se, designadamente, ao nível da respetiva dimensão, serviços e gama de produtos oferecidos.

I 69. Nestes termos, os estabelecimentos de retalho alimentar são, normalmente, classificados nos seguintes formatos: hipermercados, supermercados, lojas *discount*, mini-mercados, lojas de conveniência, lojas especializadas, comércio tradicional, e vendas à distância (comércio eletrónico ou por catálogo), entre outros⁷⁵.

⁷³ Não existe fornecimento de gás natural em rede nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.
⁷⁴ Cfr. decisão da AdC no processo CCENT. N.º 51/2007 – SONAE/Carrefour.
⁷⁵ Cfr. decisão da AdC no processo CCENT. N.º 51/2007 – SONAE/Carrefour.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

170. De acordo com a prática decisória da AdC⁷⁶, os formatos hipermercado, supermercado e lojas *discount* integram o mesmo mercado do produto relevante, isto é, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar.
171. Apesar dos referidos formatos se distinguirem em função do preço, da qualidade, da gama de produtos, do nível de serviços e da localização, a AdC tem concluído que, em resposta a um pequeno mas significativo aumento de preços, uma parte expressiva dos clientes passaria a fazer as suas compras noutra formato de retalho alimentar. Deste modo, entende-se que os vários formatos de estabelecimento são substituíveis entre si na perspetiva da procura.
172. A atividade de distribuição retalhista de bens alimentares, no caso em análise, foi considerada como um todo, independentemente do tipo de formato de estabelecimentos, definindo-se como um mercado de produto autónomo.
173. No que respeita à dimensão geográfica, a AdC tem considerado que, do lado da procura (consumidores), o mercado geográfico do retalho alimentar tem dimensão local, uma vez que a sua extensão será determinada por referência à distância que os consumidores estão dispostos a percorrer para adquirir os produtos/bens pretendidos. Do lado da oferta, a Sonae exerce a sua atividade de retalho alimentar em todo o país.
174. No caso concreto verifica-se que, nos termos do Pacto de não-concorrência em causa, as Visadas do Grupo EDP se obrigam a não exercer qualquer atividade de retalho alimentar em Portugal Continental, abrangendo assim toda a oferta da Modelo Continente Hipermercados, da SONAE INVESTIMENTOS SGPS e das sociedades por esta maioritariamente participadas, no retalho alimentar neste território.
175. O Pacto de não-concorrência abrange o mercado da distribuição retalhista de bens alimentares em diferentes formatos e em Portugal Continental.

A posição das Visadas nos mercados identificados no acordo de parceria (pontos 231 a 252 da decisão da AdC)

176. O mercado liberalizado representava, a 31 de dezembro de 2014, cerca de 83% do mercado total em volume (relatório e contas da EDP Comercial para o exercício de 2014⁷⁷).

⁷⁶ Cfr. decisão da AdC nos processos Ccent. 51/2007, SONAE/Carrefour, e Ccent 01/2008 – Pingo Doce/Plus, de 29 de abril de 2008.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

177. Em termos de número de clientes, no final de 2014, encontravam-se no mercado livre mais de 52 mil instalações relativas ao segmento empresarial e 3.511 mil instalações relativas ao segmento doméstico (relatório e contas da EDP Comercial para o exercício de 2014).

O Grupo EDP

178. O grupo EDP é o operador histórico neste mercado, estando presente no mercado regulado na qualidade de CUR, através da EDP SU, e no mercado liberalizado, através da EDP Comercial, fornecendo energia elétrica a clientes finais⁷⁸.

179. A EDP Comercial é o maior comercializador em regime livre em Portugal continental, com uma posição destacada no segmento de clientes domésticos.

180. Em dezembro de 2014, conforme a tabela infra relativa aos consumidores de Baixa Tensão, somadas as posições da EDP Comercial e da EDP SU, o Grupo EDP fornecia cerca de 88% do consumo doméstico e aproximadamente 50% do consumo dos pequenos negócios em Portugal continental.

181. De acordo com a ERSE, os clientes domésticos representam os clientes cujas instalações de consumo estão ligadas às redes em Baixa Tensão com potência contratada inferior ou igual a 41,4 kW (BTN) e os pequenos negócios representam os clientes cujas instalações de consumo estão ligadas às redes em Baixa Tensão com potência contratada superior a 41,4 kW (BTE).

Tabela 1 – Estrutura da oferta do fornecimento a consumidores de Baixa Tensão: pequenos negócios e a clientes domésticos, em Portugal continental

	Pequenos Negócios			Domésticos		
	dez-12	dez-13	dez-14	dez-12	dez-13	dez-14
CUR (inclui EDP SU)	23,1%	15,7%	9,1%	82,3%	59,5%	37,9%
EDP Comercial	32,4%	39,1%	40,8%	14,6%	33,1%	50,5%
Endesa	15,6%	14,3%	17,4%	1,9%	2,5%	2,4%
Iberdola	17,5%	18,6%	13,5%	0,4%	2,2%	2,9%
GN Fenosa	7,5%	6,5%	6,4%	0,0%	0,9%	2,2%
Gafp	3,8%	5,8%	8,8%	0,8%	1,7%	3,0%

⁷⁷ Fls. 796.

⁷⁸ Fls. 307.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Fortia	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Outros	0,0%	0,0%	4,0%	0,0%	0,0%	1,0%

Fonte: ERSE, tratamento AdC in Ccent.9/2015 – EDP Renewables/ Ativos ENEOP

182. O Grupo EDP detém ainda uma posição preponderante nos consumidores de Muito Alta, Alta e Média Tensão, apesar da tendência decrescente, conforme tabela *infra*.

183. De acordo com a ERSE, os grandes consumidores representam os clientes cujas instalações de consumo estão ligadas às redes de Muito Alta Tensão e de Alta Tensão e os industriais representam os clientes cujas instalações de consumo estão ligadas às redes de Média Tensão.

Tabela 2 - Estrutura da oferta do fornecimento a consumidores de Muito Alta, Alta e Média Tensão: grandes consumidores e clientes industriais, em Portugal continental

	Grandes consumidores			Industriais		
	dez-12	dez-13	dez-14	dez-12	dez-13	dez-14
CUR (inclui EDP SU)	2,8%	0,1%	0,0%	8,3%	5,1%	2,6%
EDP Comercial	39,2%	35,1%	30,1%	29,9%	27,1%	26,9%
Endesa	20,8%	19,5%	25,3%	26,7%	27,3%	26,2%
Iberdola	15,1%	18,2%	17,7%	27,1%	30,5%	27,4%
GN Fenosa	5,7%	6,6%	6,4%	3,5%	2,7%	3,0%
Galp	1,4%	6,1%	5,5%	4,2%	6,3%	8,0%
Fortia	15,0%	14,5%	14,6%	0,0%	0,0%	0,0%
Outros	0,0%	0,0%	0,5%	0,4%	1,0%	5,9%

Fonte: ERSE, tratamento AdC in Ccent.9/2015 – EDP Renewables/ Ativos ENEOP

Mercado da comercialização do Gás Natural em Portugal continental

184. O mercado livre do gás natural representava, em setembro de 2014, 95,9% do consumo total, correspondendo ao abastecimento de 743,9 mil instalações.

O Grupo EDP

185. O Grupo EDP está presente na comercialização de gás natural em regime regulado, através da EDP Gás Serviço Universal, e em regime livre, através da EDP Comercial⁷⁹.

⁷⁹ Fls. 307.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

186. As quotas no mercado do gás natural para os consumidores com necessidades de consumo até 10.000 m³/ano e com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano são as que se apresentam na tabela *infra*.

Tabela 3 – Estrutura da oferta do fornecimento a consumidores com necessidades de consumo até 10.000 m³/ano e com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano: grandes clientes, clientes industriais e a clientes residenciais, em Portugal continental

	Grandes clientes			Clientes Industriais			Clientes residenciais		
	dez-12	dez-13	dez-14	dez-12	dez-13	dez-14	dez-12	dez-13	dez-14
EDP	16,0%	9,2%	6,5%	17,7%	15,5%	15,0%	46,5%	42,8%	48,8%
Endesa	4,4%	2,9%	3,6%	1,8%	2,5%	5,5%	0,0%	0,0%	0,0%
Galp	68,4%	72,4%	58,7%	71,8%	68,8%	62,5%	47,8%	30,1%	26,4%
GNFenosa	10,9%	14,8%	20,4%	3,7%	6,2%	7,4%	0,0%	0,0%	0,0%
Goldenergy	0,3%	0,7%	1,5%	4,4%	6,9%	9,4%	5,6%	27,1%	24,8%
Iberdola	0,0%	0,0%	0,0%	0,4%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Incygas	0,0%	0,0%	0,0%	0,2%	0,1%	0,2%	0,0%	0,0%	0,0%
Outros	0,0%	0,0%	9,3%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%	0,0%

Fonte: ERSE, www.erse.pt

187. De acordo com a ERSE, os grandes clientes correspondem ao conjunto de clientes com consumo anual superior a 1 milhão de m³, os clientes industriais correspondem ao conjunto de clientes com consumo anual superior a 10.000 m³, e os clientes residenciais correspondem ao conjunto de clientes com consumo anual de gás natural inferior ou igual a 10.000 m³⁸⁰.

188. A posição do Grupo EDP tem vindo a decrescer, no período que decorreu entre 2012 e 2014, no que se refere aos grandes clientes e aos clientes industriais.

189. No entanto, no que se refere aos clientes residenciais, o Grupo EDP revela um crescimento de 6 pontos percentuais no ano de 2014, apresentando-se como o operador com a maior quota de mercado neste segmento.

⁸⁰ Fonte: ERSE.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Distribuição retalhista de bens alimentares em Portugal

190. O Grupo Sonae está presente no mercado de distribuição retalhista de bens alimentares em Portugal continental através da sua participada Sonae MC, e da participada desta, Modelo Continente⁸¹.
191. A Modelo Continente engloba um conjunto de insígnias e formatos distintos: Continente, Continente Modelo (hipermercados) e Continente Bom Dia (lojas de conveniência).
192. A insígnia Continente foi a primeira cadeia de hipermercados em Portugal, e permanece como a referência no setor de retalho alimentar do país.
193. A insígnia Continente Modelo, também de referência, compreende mini-hipermercados e supermercados localizados em centros populacionais de média dimensão, por todo o país.
194. A insígnia Continente Bom Dia é essencialmente alimentar com uma forte presença em zonas habitacionais nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto. São lojas de conveniência vocacionados para as compras mais frequentes do dia-a-dia.
195. De acordo com os elementos enviados pela Modelo Continente, as quotas de mercado detidas, quer pela Visada Modelo Continente, quer pelos 4 maiores *players* no mercado da distribuição retalhista de bens alimentares, são as que se encontram no quadro *infra*⁸².

Tabela 4 – Estrutura da oferta da distribuição retalhista de bens alimentares em Portugal continental

	<i>Modelo Continente</i>	<i>Jerónimo Martins/Pingo Doce</i>	<i>ITMI/portugal/I ntermarché</i>	<i>LIDL</i>	<i>Dia/Minipreço</i>	<i>Outros</i>
2012	[10-20]%	[10-20]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%	[50-60]%
2013	[10-20]%	[10-20]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%	[50-60]%
2014	[10-20]%	[10-20]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%	[50-60]%

⁸¹ Fls. 346.

⁸² Fls. 841.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Fonte: Elementos fornecidos pela Modelo Continente (fls. 841).

196. O Grupo Sonae e o Grupo Jerónimo Martins/Pingo Doce são os *players* no mercado que apresentam quotas de mercado mais elevadas, situando-se a quota de cada um entre [10-20]-[10-20]%.⁸³

Parceria Endesa e Sonae para comercialização de energia eléctrica em Portugal e ss (pontos 294 a 319 da decisão)

197. A Endesa Energia, S.A.U. foi a primeira empresa a fornecer clientes no mercado liberalizado de comercialização de energia eléctrica em Portugal, em abril de 2000.
198. Em 1 de maio de 2002, a Endesa constituiu a Sodesa – Comercialização de Energia, S.A. (doravante “Sodesa”), uma *joint-venture* em parceria com o Grupo Sonae, através de sociedade controlada diretamente pela Sonae SGPS, detida a 50% por cada uma das empresas participantes⁸³, com o objetivo de comercializar eletricidade e serviços no mercado liberalizado português⁸⁴.
199. No comunicado de imprensa que anunciava a criação da Sodesa, o Grupo Sonae referia que, “*o objetivo da Sodesa é estabelecer uma posição significativa no mercado potencial elegível em Portugal, que, desde Janeiro deste ano, está aberto a 20 mil clientes com 17.000 GW/h de consumo anual, utilizando a infraestrutura tecnológica da Endesa e a forte presença da Sonae em Portugal*”⁸⁵.
200. Em março de 2003, a Sodesa referia em comunicado que, “*acaba[va] de ultrapassar os 1.000 GW/h/ano de vendas, em Portugal, em apenas dez meses de atividade, representando um volume de negócio superior a 70 milhões de euros*”⁸⁶.
201. Em finais de 2006, anunciava-se que a carteira de clientes da Sodesa totalizava 3.648 pontos de fornecimento, traduzindo-se num volume de energia de 2.900 GWh de energia, convertendo-a na primeira comercializadora de eletricidade em regime livre do país⁸⁷.

⁸³ A constituição da *joint-venture* entre a Endesa e a Sonae SGPS foi objeto de decisão da Comissão Europeia de não oposição a uma operação de concentração notificada em 24 de janeiro de 2002 (cfr. Processo COMP/M.2668 Endesa Energia/Spininvest/Endesa-Energia, disponível em http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2668_es.pdf.

O documento intitulado «protocolo de colaboracion entre sonae y endesa para establecer una cooperacion en áreas de interes comum» consta de fls. 8974 a 8976, 24.º volume dos autos.

⁸⁴ Cfr. <https://www.endesa.pt/lares/assessoria/mercado-liberalizado.html>.

⁸⁵ Cfr. <http://www.tsf.pt/arquivo/2002/economia/interior/sonae-e-endesa-criam-empresa-para-portugal-883770.html>.

⁸⁶ Cfr. <http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/electrica-da-sonae-e-endesa-com-volume-de-negocios-de-70-milhoes.html>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

202. Em maio de 2007, anunciava-se que a EDP perdia quota no mercado liberalizado da venda de eletricidade em Portugal e que os seus concorrentes, com destaque para a Sodesa e a Unión Fenosa, conseguiam uma quota superior a 50% no abastecimento aos clientes que optaram por mudar de fornecedor, apesar de a perda para a EDP se circunscrever ao segmento industrial, uma vez que continuava a ser a única com oferta para os domésticos⁸⁸.
203. Não obstante, em 2008, a Sodesa suspendia a sua atividade, referindo-se nos meios de comunicação que a referida suspensão se devia ao facto de os preços da produção disponível em Portugal serem demasiado altos face às tarifas reguladas do sistema público⁸⁹, tendo os seus acionistas votado a dissolução da sociedade em 21 de julho de 2008 e a liquidação sido encerrada em 20 de setembro de 2011 (fls. 318v e 331-B a 331-D).
204. No entanto, em janeiro de 2009, a Endesa entrava, através de sociedade por si detida a 100%, no segmento do mercado nacional doméstico de comercialização de eletricidade, consolidando a sua aposta no mercado português em que passou a concorrer com a EDP⁹⁰.
205. Num passado recente, o Grupo Sonae, através de uma sociedade controlada directamente pela SONAE SGPS, exerceu a atividade de comercialização de energia elétrica em Portugal.

Presença do Grupo Sonae no mercado da produção de eletricidade em Portugal. Projeto de co-geração

206. Em 2013, a Sonae Capital adquiriu, através de uma operação de concentração sujeita ao controlo prévio da Autoridade da Concorrência, um conjunto de participações sociais em empresas e posições contratuais em agrupamentos complementares de empresas com atividades de cogeração de energia⁹¹.
207. No Relatório e Contas de 2014 da Sonae Capital pode ler-se:

“No primeiro trimestre de 2014 foi anunciada a aquisição de um conjunto de participações e interesses detidos por subsidiárias da Enel Green Power, SpA em centrais de cogeração localizadas em Portugal. Esta aquisição de 44MW (10 unidades, 8 detidas maioritariamente) faz parte integrante do plano de expansão do segmento Energia, um dos pilares estratégicos de crescimento e desenvolvimento do portfólio do

⁸⁷ Cfr. <https://sites.google.com/site/energiasec/endesa>.

⁸⁸ Cfr. <http://www.dn.pt/arquivo/2007/interior/edp-perdeu-a-maioria-do-mercado-para-os-concorrentes-656942.html>.

⁸⁹ Cfr. <http://www.dn.pt/arquivo/2008/interior/edp-esta-cada-vez-mais-sozinha-no-mercado-1129442.html>.

⁹⁰ Cfr. <https://www.endesa.pt/lares/assessoria/mercado-liberalizado.html>.

⁹¹ Cfr. Decisão de Não Oposição da AdC de 21 de janeiro de 2014, processo Ccent. N.º 38/2013 (Sonae Capital SGPS S.A. / Ativos de cogeração da Enel Green Power).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17. 1YUSTR

grupo e enquadra-se no racional de: (i) acelerar o crescimento planeado do portfolio em Portugal; (ii) internalizar uma carteira de projetos em Portugal passíveis de repowering; e (iii) reforçar a equipa do segmento Energia com elementos experientes e de grande valia, necessários à implementação da estratégia de desenvolvimento delineada” (vide pág. 14).

208. Esta operação reflete e decorre do plano de expansão do Grupo Sonae, por intermédio do ramo encimado pela *holding* Sonae Capital, na área da Energia, lendo-se no *website* do Grupo Sonae⁹² que:

“Os negócios relacionados com a Energia representam o compromisso da Sonae Capital em crescer nestas áreas de atividade. Neste sentido, a Sonae Capital adquiriu em Setembro de 2009, a totalidade do capital social da sociedade Ecociclo II – Energias, SA, uma empresa que detém e explora (desde Junho de 2009) uma central de cogeração em ciclo combinado com base em turbina a gás natural com 6,3 MW de capacidade elétrica instalada, situada no Parque de Negócios das Empresas Sonae na Maia, que produz simultaneamente energia elétrica (para venda ao Sistema Elétrico Público ao abrigo da legislação em vigor) e energia térmica”.

Projeto de minigeração fotovoltaica

209. O Decreto-Lei n.º 34/2011, de 8 de março, estabeleceu o regime jurídico aplicável à produção de eletricidade a partir de recursos renováveis, por intermédio de unidades de miniprodução, entendendo-se como tal as instalações de produção de eletricidade que utilizem energias renováveis e sejam baseadas numa só tecnologia de geração com uma potência máxima de ligação à rede de 250 kW⁹³.
210. Este regime veio permitir ao produtor vender a totalidade da eletricidade gerada na sua instalação à rede elétrica de serviço público através de um regime de remuneração geral ou bonificado.
211. Como condição para o acesso a este regime, só poderia exercer a atividade de minigeração quem detivesse um contrato de fornecimento de eletricidade com consumos relevantes na sua instalação de consumo e instalasse a unidade de miniprodução no mesmo local servido por esta.
212. Sem prejuízo, o Decreto-Lei n.º 34/2011, de 8 de março, admitia que entidades terceiras (como, por exemplo, prestadores de serviços energéticos), quando para tal autorizadas pelo titular da instalação de consumo, pudessem instalar uma unidade de miniprodução nesse

⁹² Cfr. <http://www.sonaeturismo.com/PresentationLayer/contendo01.aspx?menuid=678&exmenuid=680>.

⁹³ Este diploma foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 25/2013, de 19 de fevereiro, e revogado pelo Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro, que, no entanto, manteve em vigor os regimes remuneratórios aplicáveis às unidades de microprodução ou miniprodução.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

local, mediante contrato a celebrar entre o titular da instalação de consumo e o terceiro autorizado.

213. Neste contexto, em 2009, foram licenciadas e instaladas mediante investimento direto da Sonae MC, as primeiras centrais de produção fotovoltaica, ascendendo o parque de instalações de microgeração e minigeração detidas e exploradas pela Sonae MC a 43 unidades, com uma potência instalada de, respetivamente, 92 kWn e 705 kWn⁹⁴.
214. Posteriormente, em 2011, na sequência da atribuição de um conjunto de registos de unidades de miniprodução de energia elétrica, o Grupo Sonae, através da Sonae MC, abordou um conjunto de entidades para avaliar a oportunidade de desenvolver um projeto de instalação e exploração de unidades de miniprodução com recurso à tecnologia fotovoltaica nos respetivos estabelecimentos comerciais, com base numa tarifa bonificada.
215. Em resultado, o Grupo Sonae optou por: (i) adquirir, em modelo “chave-na-mão”, centrais de menor capacidade (com uma potência de ligação entre 0 e 50 kW), suportando o investimento e assegurando a respetiva exploração, e (ii) adjudicar à EDP Serviços (entretanto fundida na EDP Comercial) a instalação e exploração de unidades de miniprodução, na modalidade de *energy manager*⁹⁵.
216. Por via desta adjudicação, a EDP Serviços foi autorizada a utilizar, pelo período de 15 anos, a cobertura e os espaços necessários em estabelecimentos do Grupo Sonae, para neles proceder à instalação e exploração de 51 unidades de miniprodução de energia elétrica de origem fotovoltaica e respetivas infraestruturas de ligação à rede elétrica, bem como a vender a eletricidade produzida por essas unidades⁹⁶.
217. A modalidade de *energy manager* assenta nos seguintes aspetos essenciais⁹⁷:
- a) A EDP Serviços instala as unidades de produção e respetivas infraestruturas de ligação à rede elétrica de serviço público na cobertura dos imóveis;

⁹⁴ Fls. 232 e 327.

⁹⁵ As respetivas ligações à rede aconteceram nos anos de 2012 e 2013 (fls.250 e 251 e fls 232 e 233).

⁹⁶ Fls. 249v.

⁹⁷ Fls. 328.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- b) As unidades de produção são propriedade da EDP Serviços e são por esta operadas por um prazo fixado contratualmente em 15 anos;
- c) A energia produzida nas unidades de produção é vendida pela EDP Serviços à rede elétrica de serviço público;
- d) A EDP paga uma remuneração à Sonae MC pela utilização dos imóveis, em função das receitas provenientes da energia produzida;
- e) No termo dos contratos, a propriedade das unidades instaladas transfere-se para o Grupo Sonae.

Pronúncia da ERSE sobre os comportamentos das Visadas (pontos 315 a 319 da decisão da AdC)

218. Nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, “[s]empre que a Autoridade da Concorrência tome conhecimento, nos termos do artigo 17.º, de factos ocorridos num domínio submetido a regulação setorial e suscetíveis de ser qualificados como práticas restritivas, dá imediato conhecimento dos mesmos à autoridade reguladora setorial competente em razão da matéria, para que esta se pronuncie, em prazo fixado pela Autoridade da Concorrência”.
219. Na sua pronúncia⁹⁸, submetida à Autoridade da Concorrência em 14 de julho de 2015, a ERSE começa por apresentar o enquadramento legal e regulamentar da comercialização de eletricidade e gás natural em Portugal, tecendo depois considerações específicas relativas a parcerias comerciais.
220. A este respeito, a ERSE distingue dois planos: (i) o plano do acordo de não-concorrência entre operadores económicos que, a existir, consubstanciará um eventual incumprimento da Lei n.º 19/2012, e (ii) o plano do estabelecimento de acordos de exclusividade para a exploração cruzada de redes comerciais, o qual poderá ter efeitos no desenvolvimento da referida concorrência em cada setor económico.
221. Quanto ao Plano EDP Continente, em concreto, a ERSE refere o seguinte:
- a) Analisou o Plano EDP Continente quanto ao seu impacto nas condições comerciais de fornecimento, designadamente do ponto de vista da informação aos consumidores;

⁹⁸ Fls. 402 a 484.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- b) Contrastou a evolução do mercado retalhista de eletricidade com a divulgação do Plano EDP Continente, designadamente quanto à evolução das quotas de mercado da EDP Comercial, concluindo que a evolução das mesmas não reflete um reforço da posição da EDP Comercial;
- c) A quota da EDP Comercial, em número de clientes em carteira, no segmento de consumidores de eletricidade em baixa tensão, ascendeu a cerca de 85% no ano de 2011, cerca de 80% no ano de 2012 e cerca de 84% no ano de 2013;
- d) Da conjugação entre estes valores, a inexistência de limitações à mudança de comercializador e a vigência temporal efetiva do Plano EDP Continente (pouco menos de dois meses), conclui pela relativa ineficácia do Plano EDP Continente quanto ao desenvolvimento da carteira de clientes da EDP Comercial no mercado elétrico⁹⁹;
- e) Apesar da celebração de acordos de exclusividade se afigurar como um fator potencialmente distorcedor da concorrência, a circunstância destes acordos serem celebrados com redes de distribuição alimentar é menos crítica, uma vez que subsistem neste mercado dois a três operadores de relevo capazes de oferecer o mesmo tipo de benefício aos comercializadores de energia, não obstante dever atender-se à posição relativa do comercializador em causa e à natureza do próprio acordo;
- f) Quanto ao facto de o Plano EDP Continente, incluindo as obrigações que lhe subjazem, poder ter impedido a entrada de um potencial concorrente na comercialização de energia, convirá lembrar que o Grupo Sonae teve, no início do processo de liberalização do setor, uma parceria com a Endesa, mediante a qual ambas as entidades constituíram uma sociedade controlada conjuntamente (Sodesa) e que se dedicava à comercialização de eletricidade.

⁹⁹ Neste ponto, cumpre esclarecer e precisar que, embora o período de adesão tenha decorrido apenas entre os dias 9 de janeiro e 4 de março de 2012, o Plano EDP Continente vigorou pelo período de um ano (e não pouco menos de dois meses), referindo-se o último vale de desconto emitido para cada cliente ao consumo e potência contratada até 31 de dezembro de 2012, e que, embora o Plano EDP Continente não exigisse um período de fidelização nem impusesse qualquer barreira formal à mudança de fornecedor, finda a vigência do Plano EDP Continente, os clientes que a ele aderiram ficaram vinculados a um contrato com a EDP Comercial para o fornecimento de energia no mercado liberalizado (*vide* parágrafos 0, 6 e 12 da presente Decisão).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

222. Sobre os factos constantes do processo a ERSE conclui que não pode excluir-se que o Pacto de não-concorrência se traduza num incumprimento da Lei n.º 19/2012, na medida em que o Plano EDP Contínente pode, efetivamente, ter impedido a entrada de um potencial concorrente na comercialização de energia, salientado que o Grupo Sonae já esteve, no início do processo de liberalização, presente neste setor através de uma parceria com a Endesa, um player comercializador de energia elétrica no mercado liberalizado em Portugal.

Notícia da Infração. Abertura de inquérito. Diligências probatórias. Decisão de Inquérito (pontos 15 a 88 da decisão da AdC)

223. A Autoridade da Concorrência recebeu, em janeiro de 2012, várias denúncias de consumidores visando uma campanha comercial promovida em parceria pela EDP Comercial e pela Modelo Contínente, designada por “Plano EDP Contínente” (doravante “Plano EDP Contínente”)¹⁰⁰.
224. Deu ainda entrada na Autoridade da Concorrência, em 20 de janeiro de 2012, um pedido de esclarecimentos do grupo parlamentar do Bloco de Esquerda, transmitido pelo gabinete do Senhor Ministro da Economia e do Emprego¹⁰¹, relativo ao Plano EDP Contínente.
225. Em 30 de janeiro de 2012, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas EDP Comercial e Modelo Contínente, ao abrigo dos poderes de supervisão que lhe eram conferidos pelo artigo 8.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, e pelo n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (doravante “Lei n.º 18/2003”), relativos ao Plano EDP Contínente¹⁰².
226. As Visadas responderam aos pedidos de elementos em 7 de fevereiro de 2012, fornecendo, entre outra documentação relevante, o acordo de parceria celebrado em 5 de janeiro de 2012 entre a EDP Comercial e a Modelo Contínente que determina os termos e condições relativos ao Plano EDP Contínente (doravante “Acordo de Parceria”)¹⁰³.

¹⁰⁰ As referidas denúncias deram origem aos processos registados sob os n.ºs DA/2012/17 e DA/2012/29. Fls. 5 a 10.

¹⁰¹ Fls. 11 e 12 dos autos.

¹⁰² Fls. 14 a 17.

¹⁰³ Fls. 18 a 168.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

227. Em 10 de fevereiro de 2012, a Autoridade da Concorrência informou o Ministério da Economia e do Emprego que estava a promover as diligências de averiguação adequadas a determinar um eventual enquadramento do Plano EDP Continente nas regras de concorrência¹⁰⁴.
228. Analisada a notícia da infração, bem como a documentação recebida em 7 de fevereiro de 2012, o conselho de administração da Autoridade da Concorrência decidiu, em 3 de dezembro de 2014, proceder à abertura de inquérito no âmbito de um processo de contraordenação, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, contra as Visadas EDP Comercial, Sonae Investimentos e Modelo Continente, para investigar a existência de práticas restritivas proibidas pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012¹⁰⁵.
229. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento das empresas EDP Energias e Sonae MC no ilícito em causa, pelo que as mesmas assumiram a qualidade de Visadas no processo, conforme despacho de alargamento do âmbito subjetivo do processo proferido pelo conselho de administração da Autoridade da Concorrência, em 29 de julho de 2016¹⁰⁶.

Comunicação ao regulador setorial

230. Em 22 de junho de 2015, a Autoridade da Concorrência procedeu à comunicação prevista no n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 19/2012, dando conhecimento à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ("ERSE") dos factos constantes do processo¹⁰⁷ para que se pronunciasse.
231. Em 14 de julho de 2015, a ERSE submeteu à Autoridade da Concorrência a sua pronúncia¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Fls. 169.

¹⁰⁵ Fls. 2 e 3.

¹⁰⁶ Fls. 1226.

¹⁰⁷ fls. 354.

¹⁰⁸ fls. 402 a 484.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

232. Em 22 de setembro de 2015, a Autoridade da Concorrência solicitou à ERSE que fornecesse uma versão não confidencial da referida pronúncia, bem como elementos relativos ao mercado a retalho do gás natural, em Portugal¹⁰⁹.
233. A ERSE respondeu à solicitação da Autoridade da Concorrência em 19 de outubro de 2015, tendo a sua resposta sido junta aos autos¹¹⁰.

Diligências probatórias

234. Com vista ao apuramento dos factos no âmbito do inquérito conduzido pela Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 17 da Lei n.º 19/2012, realizaram-se as seguintes diligências probatórias:

Em 29 de dezembro de 2014, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas EDP Comercial e Modelo Continente (fls. 177 a 179 e 181 a 183).

Em resposta, as Visadas EDP Comercial e Modelo Continente submeteram elementos à Autoridade da Concorrência em 28 de janeiro de 2015 (fls. 205 a 307 e fls. 308 a 353), tendo a Modelo Continente submetido ainda, em 23 de junho de 2015, um documento de retificação da sua resposta (fls. 356 a 364).

Em 7 de julho de 2015, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos adicionais às Visadas EDP Comercial, EDP Energias, Modelo Continente, Sonae Investimentos e Sonae MC, e pedidos de elementos às empresas que com aquelas mantêm laços de interdependência e subordinação, nos termos do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 39.º da Lei n.º 19/2012, Portgás, Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A. (doravante “Portgás”), Efanor Investimentos, SGPS, S.A. (doravante “Efanor”), Sonae, SGPS, S.A. (doravante “Sonae SGPS”) (fls. 365 a 388).

Em resposta às solicitações da Autoridade da Concorrência foram juntos aos autos os elementos prestados pelas Visadas EDP Comercial (fls. 773 a 796), EDP Energias (fls. 505 a 527), Modelo Continente (fls. 803 a 809 e 837 a 845), Sonae Investimentos (fls. 797 a 802) e Sonae MC (fls. 810 a 814), bem como os elementos prestados pelas empresas Portgás (fls. 817 a 820), Efanor (fls. 529 a 772) e Sonae SGPS (fls. 490 a 504).

¹⁰⁹ fls. 908 a 909.

¹¹⁰ fls. 977 a 978.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Considerando a incompletude dos elementos prestados pelas Visadas e pelas empresas Efanor e Sonae SGPS, a Autoridade da Concorrência reiterou, em 31 de julho de 2015, o seu pedido de elementos anterior, esclarecendo pretender cópia de todas as atas dos órgãos de administração e de direção das respetivas sociedades, relativas aos anos de 2011, 2012 e 2013, concedendo um prazo suplementar de dez dias úteis, e salientando que os documentos solicitados pela Autoridade da Concorrência devem apresentar-se na sua versão original, sem prejuízo desta ser acompanhada de uma versão não confidencial, expurgada de elementos confidenciais identificados de maneira fundamentada (fls. 821 a 828).

Em resposta ao ofício enviado pela Autoridade da Concorrência em 31 de julho de 2015, as Visadas e as empresas Efanor e Sonae SGPS questionaram o âmbito e a extensão do pedido de elementos, requerendo ser dispensadas de submeter à Autoridade da Concorrência cópia da totalidade das atas em questão; propuseram ainda a determinação, em conjunto com a Autoridade, de formas alternativas de permitir o acesso à totalidade ou a parte do teor dos referidos documentos (fls. 846 a 892).

Após contacto prévio com as Visadas e as restantes empresas, entendeu-se que, no caso concreto, a consulta das referidas atas nas respetivas instalações das Visadas e das restantes empresas, por técnicos da Autoridade, e a cópia daquelas julgadas relevantes no âmbito do inquérito em curso, permitia alcançar o objetivo pretendido com o pedido de informação em causa, revelando-se esta solução menos onerosa para as Visadas e para as demais empresas.

A Autoridade da Concorrência enviou então às Visadas e às restantes empresas os ofícios para o agendamento das referidas diligências de inquérito em 9 e 29 de outubro de 2015 (fls. 911 a 935 e 990 a 999).

As Instrutoras do processo, devidamente credenciadas para o efeito pelo Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência, nos termos da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 (fls. 942, 943, 1000 e 1002), procederam às diligências, nos termos e para os efeitos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

No dia 13 de outubro de 2015, as Instrutoras do processo procederam às diligências nas instalações da Efanor, tendo obtido cópias das atas do respetivo Conselho de Administração n.º 182 e 185, que se juntaram aos autos (fls. 944 a 948).

No mesmo dia 13 de outubro de 2015, as Instrutoras do processo procederam às diligências nas instalações das Visadas Modelo Continente, Sonae Investimentos e Sonae MC e da empresa Sonae SGPS, tendo obtido cópias da ata n.º 483 do Conselho de Administração da Modelo Continente, das atas n.º 187 e 199 do Conselho de Administração da Sonae SGPS e das atas n.º 9 e 10 da Sonae MC, que se juntaram aos autos (fls. 949 a 969).

No dia 3 de novembro de 2015, as Instrutoras do processo, acompanhadas por duas Técnicas da Autoridade da Concorrência devidamente credenciadas para o efeito (fls. 1001 e 1003), procederam às diligências nas instalações das Visadas EDP Comercial e EDP Energias, tendo selecionado, para posterior envio à Autoridade da Concorrência de cópia dos excertos relevantes no âmbito do inquérito em curso, as atas n.º 14/2011, 1/2012, 3/2012, 6/2012, 25/2012 e 32/2012 do Conselho de Administração da EDP Comercial, e as atas n.º 26/2011, 27/2011, 50/2011, 1/2012, 4/2012, 10/2012, 16/2012, 42/2012 e 4/2013 do Conselho de Administração da EDP Energias (fls. 1004 a 1011).

No dia 17 de novembro de 2015, as Visadas EDP Comercial e EDP Energias submeteram à Autoridade da Concorrência cópia das atas identificadas no ponto anterior, expurgadas dos elementos considerados confidenciais por segredos de negócio, constando apenas os excertos que haviam sido selecionados pelas Técnicas da Autoridade da Concorrência, julgados relevantes no âmbito do inquérito em curso (fls. 1014 a 1065).

Em 7 de abril de 2016, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas EDP Comercial e Modelo Continente e, em 8 de abril de 2016, dirigiu um pedido de elementos à Visada EDP Energias (fls. 1080 a 1084, 1087 a 1096 e 1098 a 1103).

As Visadas EDP Comercial, Modelo Continente e EDP Energias submeteram à Autoridade da Concorrência os elementos solicitados em 15 de abril de 2016 (fls. 1118 a 1121, 1105 a 1109, 1122 a 1126 e 1110 a 1117).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Em 26 de abril de 2016, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas Modelo Continente, Sonae MC, Sonae Investimentos e EDP Comercial (fls. 1128, 1130, 1132 e 1134).

Os elementos solicitados foram submetidos à Autoridade da Concorrência em 3 de maio de 2016 pela Visada EDP Comercial, e em 5 de maio de 2016 pelas Visadas Modelo Continente, Sonae MC e Sonae Investimentos (fls. 1136 a 1139, 1140 a 1141, 1140 a 1141, 1146 a 1148, 1142 a 1143, 1150 a 1153, 1144 a 1145 e 1155 a 1158).

Em 10 de janeiro de 2017, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas Modelo Continente, Sonae MC, Sonae Investimentos, EDP Energias e EDP Comercial (fls. 3930 a 3932, 3934 a 3936 e 3938 a 3941).

Os elementos solicitados foram submetidos à Autoridade da Concorrência em 27 de janeiro de 2017 pelas Visadas EDP Comercial e EDP Energias, e pelas Visadas Modelo Continente, Sonae MC e Sonae Investimentos (fls. 4017 a 4018, 4019 a 4021, 4022 a 4028, 4030 a 4035 e 4037 a 4040).

Em 2 de fevereiro de 2017, a Autoridade da Concorrência dirigiu pedidos de elementos às Visadas Sonae MC, Sonae Investimentos e EDP Energias (fls. 4042 a 4044 e 4046 a 4048).

Os elementos solicitados foram submetidos à Autoridade da Concorrência em 17 de fevereiro de 2017 pela Visada EDP Energias e pelas Visadas Sonae MC e Sonae Investimentos (fls. 4050 a 4051, 4052 a 4065 e 4067 a 4070).

Pedido de desentranhamento e restituição de documentos

235. No dia 20 de outubro de 2015, a Efanor submeteu um requerimento à Autoridade da Concorrência, solicitando o desentranhamento e a restituição das cópias das atas n.º 182 e 185 do Conselho de Administração, considerando, entre outros motivos, a especial reserva quanto ao respetivo conteúdo confidencial sensível (fls. 972 a 976 e 979 a 986).
236. No dia 20 de novembro de 2015, o Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência, decidiu proceder ao desentranhamento das referidas cópias e à sua restituição à Efanor, considerando que as referidas atas apresentavam efetivamente dados sensíveis de natureza financeira referentes à vida interna do grupo empresarial e não se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

revestiam de valor probatório claro, não se revelando igualmente essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que foram entretanto juntos ao processo, em resultado das diligências de inquérito posteriormente realizadas (fls. 1066).

237. As referidas cópias foram levantadas nas instalações da AdC, por representante da Efanor devidamente credenciado para o efeito, em 6 de janeiro de 2016 (fls. 1077).
238. Por deliberação do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, de 7 de julho de 2016, nos termos e com os fundamentos aí expostos, a Autoridade constatou a necessidade de utilizar, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração às Visadas, e como prova da mesma, a par de documentos não confidenciais, informação contida em documentos integral ou parcialmente classificados como confidenciais pelas Visadas EDP Energias, EDP Comercial e Modelo Continente, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, salvaguardando-se o acesso a estes documentos no estrito cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 33.º do mesmo diploma (fls. 1160-1164).
239. Na mesma deliberação, foi determinada a notificação de cada uma das referidas Visadas para se pronunciar sobre o conjunto de documentos que classificou como confidenciais previamente à utilização pela Autoridade como meio de prova para demonstração da infração, possibilitando que estas, designadamente, apresentassem esclarecimentos adicionais quanto à natureza sigilosa da informação ou revissem a classificação inicialmente efetuada.
240. Em cumprimento da deliberação de 7 de julho de 2016, as Visadas EDP Comercial, EDP Energias e Modelo Continente foram notificadas, mediante ofícios expedidos na mesma data, para se pronunciarem, no prazo de 10 (dez) dias úteis sobre a utilização pela Autoridade, nos termos e para os efeitos acabados de referir, dos documentos que cada uma classificou como confidenciais (fls. 1165-1188-A).
241. Na sequência da referida notificação, em 13 de julho de 2016, a EDP Energias submeteu um requerimento à Autoridade da Concorrência, solicitando cópias simples das folhas dos autos indicadas na lista anexa à mencionada deliberação de que consta a informação por si



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

classificada como confidencial, designadamente fls. 508, 1033 a 1035, 510 a 511, 1025 a 1028, 1018 a 1021, 1022 a 1024 e 1029 a 1032 (fls. 1189).

242. No mesmo sentido, em 13 de julho de 2016, a EDP Comercial submeteu um requerimento à Autoridade da Concorrência, solicitando cópias simples das folhas dos autos indicadas na lista anexa à mencionada deliberação de que consta a informação por si classificada como confidencial, designadamente fls. 24, 784, 796, 1052 a 1055 e 1136 (fls.1190).
243. A Autoridade forneceu às Visadas EDP Energias e EDP Comercial as referidas cópias, por ofícios enviados em 14 e 15 de julho de 2016 (fls. 1191 a 1197 e 1202 a 1203).
244. Por sua vez, em 15 de julho de 2016, a Modelo Continente submeteu um requerimento à Autoridade da Concorrência, solicitando cópias simples das folhas dos autos indicadas na lista anexa à mencionada deliberação de que consta a informação por si classificada como confidencial, designadamente fls. 160, 161, 166, 316, 805, 806, 809 e 1147 (fls.1200 a 1201).
245. A Autoridade forneceu as referidas cópias à Visada Modelo Continente, por ofício enviado em 18 de julho de 2016 (fls.1204 a 1207).
246. Em 22 de julho de 2016, as Visadas EDP Comercial, EDP Energias e Modelo Continente, pronunciaram-se sobre a utilização do respetivo conjunto de documentos classificados como confidenciais como meio de prova pela Autoridade da Concorrência (fls. 1208 a 1214, 1217 a 1225 e 1341 a 1352).
247. Recebidas e analisadas as pronúncias das três Visadas, a Autoridade, mediante deliberação do conselho de administração adotada em 29 de julho de 2016, proferiu decisão final, confirmando a utilização, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, da totalidade da informação classificada como confidencial identificada nas listas anexas à deliberação de 7 de julho de 2016, tendo esta decisão final sido notificada às Visadas, por ofícios expedidos na data da referida deliberação (fls. 1327 a 1340).
248. Por decisão adotada em 29 de julho de 2016, o conselho de administração da AdC conclui que, com base no inquérito realizado, existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo contra as Visadas EDP Energias, EDP



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

Comercial, Sonae Investimentos, Sonae MC e Modelo Continente, decorrente da sua participação num acordo de repartição de mercados entre empresas, proibido pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, encerrando o inquérito e dando início à instrução, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, através da adoção de uma Nota de Ilícitude (fls. 1230 a 1280).

249. O conselho de administração da AdC procedeu, assim, à imputação de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 a cada uma das Visadas, em regime de comparticipação.
250. O encerramento do inquérito e o início da instrução, mediante a adoção de Nota de Ilícitude, foi regularmente notificado a todas as Visadas, por ofícios expedidos na data da referida decisão de inquérito (fls. 1327 a 1340), tendo a última notificação ocorrido em 2 de agosto de 2016.
251. Para efeitos do exercício dos direitos de defesa das Visadas, a AdC fixou o prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data de receção da Nota de Ilícitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”), aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.
252. Por deliberações do conselho de administração da AdC, de 18 de agosto e 22 de setembro de 2016, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude foi prorrogado por períodos adicionais de 10 (dez) e 5 (cinco) dias úteis, respetivamente, com o intuito de disponibilizar às Visadas o tempo e os recursos necessários para assegurar o exercício pleno dos seus direitos de defesa (fls. 1378-A e 1446 a 1448)¹¹¹.
253. O prazo para a apresentação de pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude terminou, assim, no dia 6 de outubro de 2016, perfazendo um total de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, superior ao dobro do mínimo legal previsto no n.º 1 do artigo 25.º da lei n.º 19/2012.

¹¹¹ Em resposta aos requerimentos de prorrogação de prazo submetidos pelas Visadas EDP Energias e EDP Comercial, em 5 de agosto e 21 de setembro de 2016 (fls. 1353 a 1354, 1356 a 1359 e 1436 a 1440), e pela Visada Modelo Continente, em 2 e 25 de agosto e 14 de setembro de 2016 (fls. 1355, 1360 a 1361, 1371, 1394 a 1395 e 1397 a 1401, 1430).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

254. Posteriormente, em 21 de fevereiro de 2017, e no seguimento de sentença proferida pelo Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, concedeu-se um prazo adicional de 30 (trinta) dias úteis para, querendo, as Visadas alterarem, complementarem ou substituírem a pronúncia à Nota de Ilicitude, em decorrência de acesso aos documentos constantes de fls. 6, 7-8, 10, 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841 dos autos do Processo (fls. 4072, 4074, 4091 a 4092, 4094 a 4095, 40102 a 4103, 4105 a 4106).
255. Em 14 de agosto de 2015, a EDP Comercial requereu o acesso ao teor integral do processo (fls. 846 a 852), pedido que foi deferido pela AdC em 28 de outubro de 2015 (fls. 987 e 988), tendo a EDP Comercial procedido ao levantamento de cópias simples, em suporte digital, de versão integral das folhas que constituíam o processo até à data, expurgada dos elementos confidenciais por conterem segredos de negócio (fls. 987 a 989).
256. Em 12 de agosto de 2016, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial requereram cópia simples e integral do processo, em suporte digital (fls. 1363 a 1365), tendo a referida cópia sido disponibilizada pela AdC em 17 de agosto de 2016, expurgada apenas dos elementos confidenciais por conterem segredos de negócios, conforme termo de levantamento constante dos autos (fls. 1370).
257. Em 18 de agosto de 2016, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial requereram a consulta presencial do processo (fls. 1374), que ocorreu nas instalações da AdC em 19 de agosto de 2016, conforme termo de consulta constante dos autos (fls. 1393).
258. Em 7 de setembro de 2016, a Visada Modelo Continente requereu cópia simples e integral do processo, em suporte digital (fls. 1403 a 1407), tendo a referida cópia sido disponibilizada pela AdC em 9 de setembro de 2016, expurgada apenas dos elementos confidenciais por conterem segredos de negócios, conforme termo de levantamento constante dos autos (fls. 1409).
259. Em 14 de setembro de 2016, a Modelo Continente informou a AdC de que o suporte digital por ela rececionado não conteria nenhum ficheiro ou documento (fls. 1430), tendo a AdC enviado à Modelo Continente nova cópia do processo, em suporte digital, por correio registado com aviso de receção, no dia 15 de setembro de 2016 (fls. 1432).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

260. Em 12 de setembro de 2016, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial requereram, em síntese, (i) a consulta presencial de um conjunto de elementos confidenciais que consideravam terem sido utilizados como meios de prova na Nota de Ilícitude¹¹², e (ii) a cópia, em suporte digital, de 9 ficheiros Excel, contidos nas pastas “CD folha 168” e “CD folha 176” dos autos, e da folha 819 dos autos (fls. 1421 a 1429).
261. Por ofício expedido em 21 de setembro de 2016¹¹³, a AdC indeferiu o pedido de acesso aos elementos confidenciais, fundamentando o indeferimento no facto de já ter sido concedido às Visadas o acesso à versão não confidencial do processo (cfr. parágrafo 256 da presente decisão), bem como a todos os elementos que, não obstante qualificarem-se como confidenciais, foram utilizados na Nota de Ilícitude enquanto suporte probatório da imputação da prática, através da consulta por elas realizada nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012 e da deliberação do conselho de administração da AdC, de 29 de julho de 2016 (cfr. parágrafo 257 da presente decisão), não tendo sido apresentado à AdC nenhum fundamento que permitisse concluir, com base na necessária ponderação de interesses, pela preponderância do direito de acesso das Visadas sobre o direito à não divulgação dos segredos de negócio das co-Visadas (fls. 1441 a 1445).
262. No que se refere ao pedido de cópia, em suporte digital, dos 9 ficheiros Excel e da folha 819 do processo, não obstante esses elementos terem sido fornecidos à AdC pelas Visadas e pela Portgás-Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A., empresa do Grupo EDP¹¹⁴, motivo pelo qual as Visadas dispunham já naturalmente dos mesmos, a AdC procedeu ao envio, em anexo ao referido ofício de 21 de setembro de 2016, de suporte digital contendo as respetivas cópias.

¹¹² Designadamente, os elementos constantes de fls. do processo 6, 7-8, 10, 159-162, 165-166, 310-320, 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 805-806, 811, 819, 837-841, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151, 1155-1156, 1164, 1176.

¹¹³ Ofício registado sob o n.º S-AdC/2014/1901 (fls. 1441 a 1445).

¹¹⁴ Cfr. comunicações de 28 de janeiro de 2015 (fls. 205 e ss. do processo), de 7 e 8 de fevereiro de 2012 (fls. 22-25, 167-168 e 175-176 do processo), e de 27 de julho de 2015 (fls. 817 e ss. do processo).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

263. Em 27 de setembro de 2016, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial requereram a consulta presencial do processo (fls. 1504), que ocorreu nas instalações da AdC em 29 de setembro de 2016, conforme termo de consulta constante dos autos (fls. 1505).
264. Por sentença de 2 de fevereiro de 2017, proferida no âmbito do Proc. n.º 337/16.7YUSTR, referente a recurso judicial interposto pela EDP Energias e pela EDP Comercial da Decisão da AdC de 21 de setembro de 2016 referida *supra*, determinou o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão:
- i. Julgar procedente o recurso “*relativamente aos documentos que serviram de esteio probatório à factualidade indicada na nota de ilicitude indicados como constando de fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841 a cuja versão confidencial foi indeferido o acesso*” e, consequentemente, anular a Decisão da AdC de 21 de setembro de 2016 e os subsequentes termos do processado dependente da Decisão “*na parte em que vedou o acesso às Recorrentes ao teor integral dos documentos enunciados nos pontos do elenco dos factos imputados na nota de ilicitude*”;
 - ii. Julgar procedente o recurso “*quanto à inviabilização do acesso ao teor das denúncias constantes de fls. 6, 7-8 e 10*”; e
 - iii. Julgar improcedente o recurso da Decisão da AdC “*no segmento em que obstou ao acesso aos documentos indicados na nota de ilicitude como constando de fls. 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151, 1155-1156, 1164 e 1176*”.
265. Em 21 de fevereiro de 2017, dando cumprimento ao disposto na identificada sentença, concedeu-se o acesso aos documentos constantes de fls. 6, 7 a 8, 10, 159 a 162, 165 a 166, 310 a 320, 805 a 806 e 837 a 841 dos autos do Processo, informando-se todas as Visadas de que os mesmos se encontravam disponíveis para consulta e concedendo-lhes um prazo total de 30 (trinta) dias úteis para, querendo, alterarem, complementarem ou substituírem a pronúncia à Nota de Ilicitude (fls. 4072, 4074, 4091 a 4092, 4094 a 4095, 40102 a 4103 e 4105 a 4106).
266. Neste contexto, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial, em 27 de fevereiro de 2017, requereram consulta presencial do processo (fls. 4081 a 4084), que ocorreu nas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

instalações da AdC ainda no mesmo dia, 27 de fevereiro de 2017, conforme termo de consulta constante dos autos (fls. 4086 a 4090).

267. Em 31 de março de 2017 as Visadas EDP Energias e EDP Comercial requereram novamente a consulta presencial do processo (fls. 4108 a 4111), que ocorreu nas instalações da AdC em 3 de abril de 2017, conforme termo de consulta constante dos autos (fls. 4112).
268. Em 6 de outubro de 2016, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial apresentaram as suas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude (fls. 1518 a 1822).
269. Posteriormente, em 6 de abril de 2017, e após consulta dos documentos mencionados nos precedentes parágrafos 266 e 267, as Visadas EDP Energias e EDP Comercial apresentaram novas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude (fls. 4111 a 4752).

Das conclusões de recurso de impugnação judicial da Recorrente EDP COMERCIAL – pontos 87 e seguintes

270. O Plano EDP configurou uma iniciativa precursora, enquanto parceria entre um comercializador de energia elétrica e um operador de retalho alimentar destinada a angariar clientes, fomentar vendas, permitindo a atribuição de descontos aos consumidores;
271. A subscrição de contratos de fornecimento de energia elétrica tornou-se possível numa rede de 180 espaços comerciais explorados pela MCH, cujo fornecimento foi partilhado pela EDP comercial e pela MCH;
272. No âmbito deste Plano, as Partes estabeleceram uma linha de contacto exclusiva e gratuita, dispondo de um número telefónico específico associado, procederam à criação de um site dedicado à campanha e implementaram iniciativas de publicidade e *marketing*, assentes num plano de comunicação em todos os canais;
273. Nos termos da cláusula 6.2. do Acordo de Parceria, os clientes aderentes recebiam vouchers correspondentes a 10 por cento do valor do consumo de eletricidade e da potência contratada relativas ao mês ou meses anteriores, que poderiam ser descontados nas insignias da MCH e nos espaços das sociedades participadas pela *SONAE INVESTIMENTOS*;
274. Para controlo da emissão e utilização dos vales de desconto, estabeleceu-se entre a EDP Comercial e a MCH um sistema de fluxos de informação, no âmbito do qual a EDP



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Comercial enviou diariamente à MCH um ficheiro informático com informações do cliente, sua identificação, morada, respectivo desconto, sendo que a MCH, até ao dia 10 de cada mês, procedia ao envio à EDP Comercial de um ficheiro com a indicação dos vales de desconto ativados;

275. Aderiram ao Plano Continente 146.775 clientes, dos quais 137.144, se mantiveram contratualmente ligados à EDP Comercial durante e após o término da campanha;
276. O somatório dos descontos que beneficiaram os aderentes do PLANO EDP Continente ascendeu a € 6.907,354, tendo a taxa total de activação dos vouchers atingido cerca de € 6.024.252;
277. Os clientes abrangidos pelo Plano EDP que efectivamente a este aderissem eram livres de mudar de comercializador quanto entendessem e, no termo da campanha daquela Plano, puderam optar entre permanecer na EDP Comercial ou passar para um fornecedor concorrente;
278. Daquele valor, € 1.795.912 foram suportados pela MCH;
279. O Plano implicou para a EDP Comercial custos no valor de € 5.891,340, € 1.663 atinentes a publicidade, marketing e comunicação e € 4.228.340 respeitantes à percentagem dos valores de vales efectivamente suportados pela EDP Comercial;
280. A parceria surge no arranque e desenvolvimento do processo de liberalização do mercado, que forçou a EDP Comercial a “começar do zero” a construção da sua própria carteira de clientes;

Das conclusões de recurso da SONAE INVESTIMENTOS SGPS S.A.

281. A SONAE INVESTIMENTOS SGPS S.A é uma sociedade gestora de participações;
282. À data dos factos, a SONAE INVESTIMENTOS e a SONAE MC tinham dois administradores em comum;

Das conclusões de recurso da Modelo Continente Hipermercados S.A. e SONAE MC – Modelo Continente SGPS S.A.

283. O Acordo foi negociado entre a segunda quinzena do mês de Novembro de 2011 e a data da assinatura do mesmo, correspondendo aos interesses das partes contraentes de aumentarem a sua clientela e o volume de negócios por esta proporcionada nos respectivos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

mercados e envolvendo a troca de minutos de clausulado durante o mês de Dezembro de 2011;

284. A cláusula 12.1.a) sofreu sucessivas modificações ao longo do processo de negociação do acordo, juntamente com as demais cláusulas do acordo, incluindo o seu âmbito subjectivo, o seu âmbito material e o seu âmbito temporal, tendo tido pelo menos três versões anteriores à versão que veio a constar do Acordo assinado;
285. O Plano foi objecto de uma campanha de marketing, nas televisões, rádio, imprensa, escrita, publicidade estática exterior e em sites on-line e foram ainda produzidos e distribuídos flyers informativos;
286. Foram contratados e formados os recursos humanos necessários para assegurar no interior dos aludidos estabelecimentos o esclarecimento de dúvidas e o apoio ao preenchimento dos formulários de adesão, bem como ao incitamento e a recolha, tratamento e envio para a EDP Comercial daqueles, uma vez preenchidos;
287. Estiveram envolvidas mais de 1000 pessoas para a angariação de contratos para a EDP Comercial durante o período de vigência da promoção e os funcionários da MCH foram sujeitos a acções de formação de modo a estarem aptos a esclarecer e encaminhar os clientes interessados na celebração de tais contratos de fornecimento de energia elétrica;
288. Durante o período de vigência do Acordo foram emitidos 1.265.890 vales de desconto que foram impressos, envelopados e distribuídos;
289. A MCH, a SONAE MC e a Sonae Investimentos são sociedades detidas, directa e indirectamente pela SONAE SGPS;
290. A SONAE Capital deteve entre 2002 e 2008 uma participação de 50 por cento no capital da SODESA, S.A.;
291. A SODESA cessou actividade e foi dissolvida durante o ano de 2008, tendo os seus funcionários terminado os seus trabalhos e não integrado o *grupo sonae capital*;
292. A Sonae indústria, a Sonae Sierra e a Sonae Capital produzem energia eléctrica em centrais de co-geração ou a partir de energias renováveis;
293. Entre 2009 e 2011, a MCH e outras sociedades participadas da SONAE Investimentos instalaram painéis solares na cobertura das instalações dos estabelecimentos de retalho por si



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

explorados, mediante investimento próprio ou disponibilizando esses espaços a terceiros que, por um prazo de 15 anos, pagaram uma “renda” pela disponibilização das coberturas dos edifícios e exploram unidades em causa;

294. As empresas do grupo sonae capital e do grupo sonae SGPS que mantêm actividades de produção de energia beneficiam – embora com enquadramentos legais diferentes – de um regime de comercialização especial, dito PRE (produção em regime especial);
295. Vendem a energia por si produzida ao comercializador de último recurso (CUR) ao abrigo de um tarifa administrativa fixada no respectivo regime específico, não tendo, no presente, incentivo em trocar uma tarifa regulada que remunera a energia eléctrica comprada pelo CUR por outra a preço de mercado;
296. Desde 2004 que a MCH e a Petróleos de Portugal – Petrogal S.A (GALP) têm em funcionamento uma parceria que concede descontos aos clientes comuns das referidas empresas nas suas compras de combustível e de bens de grande consumo adquiridos nos supermercados, sob a forma de vale ou cupão (programa vice-versa);
297. A partir de Janeiro de 2013, o sistema acima referido foi alterado e substituído por descontos em cartão continente e evoluiu em 2015 para um estágio superior de cooperação entre as duas empresas que envolveu ainda o lançamento pela GALP de um plano tarifário designado “Energia ao Cubo”;
298. A MDS – Corrector de Seguros intermedeia a contratação de seguros por conta de companhias seguradoras terceiras, sendo a marca utilizada por uma participada da Sonae Investimentos.

•

B) Não se provaram, com interesse para o objecto da causa, os seguintes factos:

1. Tomás Ribeiro encontra-se funcionalmente vinculado à SONAE MC;

Das conclusões de recurso da EDP Energias S.A.

2. A Parceria EDP/Continente foi negociada, aprovada e celebrada sem o acordo, aprovação e supervisão da Visada EDP Energias S.A.;
3. O clausulado do acordo não foi levado ao Conselho de Administração Executivo da EDP Energias S.A.;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Das conclusões de recurso da EDP Comercial – pontos 87 e ss

4. Com referência ao descrito no ponto 274, o fluxo de informação respeitava a dados comercialmente sensíveis;
5. A Cláusula 12.1.a) e 12.2.a) destinava-se a tutelar a confidencialidade da informação comercialmente sensível partilhada *inter partes* e Know-how decorrente da Parceria;
6. A cláusula 12.ª destinava-se, apenas, a salvaguardar segredos de negócio, informações confidenciais, informação comercialmente sensível e os investimentos que as Partes partilharam na égide do Plano EDP Continente, para proteção de dados sensíveis que as Partes acederam sobre o negócio e a clientela da contraparte após e em consequência do Acordo;
7. A Cláusula destinava-se a assegurar que a *EDP Comercial* não fizesse campanhas com outros concorrentes da SONAE MC sem dar preferência ao *Continente*;
8. A cláusula 12 apenas abrangia as sociedades maioritariamente participadas pela SONAE INVESTIMENTOS que se dedicavam à atividade de retalho, que constituem uma percentagem mínima do universo de empresas do Grupo;

Das Recorrentes MODELO CONTINENTE Hipermercados S.A. e SONAE MC – Modelo continente SGPS, S.A (pontos 99 e ss)

9. As cláusulas 12.1. alínea a) e 12.2. alínea a) visavam acautelar as partes de *actos de concorrência facilitada* que a contraparte lhe poderia mover por força da execução do Acordo, proteger *know-how* e clientela, preservar o valor investido na parceria e evitar a canibalização ou parasitismo sobre a campanha;
10. Tais cláusulas visavam garantir que cada uma das partes promovia efectivamente a actividade da outra;
11. O funcionamento do acordo pressupunha a troca entre as partes de informação detalhada quanto aos consumos de energia elétrica e de compras nos estabelecimentos dos consumidores que aderiram ao PLANO EDP Continente, trocada ao longo dos anos de 2012 e 2013;
12. O conjunto de sociedades abrangidas pela cláusula 12.ª é extremamente limitado, por comparação com a totalidade das sociedades controladas para efeitos de direito da concorrência pela Efanor Investimentos SGPS S.A.;
13. A SODESA não comparava nem vendia energia eléctrica.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Motivação:

1. A livre apreciação da prova constitui um dever do julgador que axiologicamente se lhe impõe por força do princípio do Estado de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana – i.e., emerge directamente dos artigos 1.º e 2.º da Constituição da República Portuguesa –, traduzindo-se na possibilidade de formar uma convicção pessoal da verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e experiência, objectiva e comunicacional.

Como esclarece o Tribunal Constitucional *o sistema da livre apreciação da prova não deve definir-se negativamente pela ausência de regras e critérios legais predeterminantes do seu valor, havendo antes de se destacar o seu significado positivo, que há de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, dos máximos da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos*¹¹⁵.

Aliás, há já mais de trinta anos que o prof. Figueiredo Dias¹¹⁶ ensina que *a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada «verdade material» -, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo*. Trata-se, na expressão do prof. Castanheira Neves, de uma *liberdade para a objectividade*.

Daí que, no processo penal hodierno, com projecção do domínio contraordenacional, a prova consubstancie uma actividade de garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio e da sua livre apreciação, enquanto meio de descoberta da verdade material, jamais consentindo uma fundamentação respaldada em meras impressões geradas no espírito do julgador pelos diversos meios de prova produzidos.

Na verdade, o juízo valorativo da decisão final (de absolvição ou condenação) há-de estribar-se na dialéctica e concatenada avaliação que os meios de prova produzidos em audiência de julgamento consintam, formulados a partir de um raciocínio de tipo dedutivo ou indutivo integrado pelas chamadas regras da experiência comum, entendidas como “juízos hipotéticos assentes nas máximas da vivência comum, autonomizáveis dos casos individuais em que se

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional de 19.11.1996, publicado no D.R. n.º 31 – II Série de 06.02.1997, p. 1569.

¹¹⁶ cfr. Figueiredo Dias, 1984, pp. 202-203, Direito Penal, Parte Geral e o Acórdão do TRP de 13.04.2011, proferido no processo n.º 1256/08.6TAVFR.P1, disponível no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

alicerçam e para lá dos quais mantêm, por isso, validade”, nas doutas palavras do Prof. Cavaleiro Ferreira¹¹⁷.

2. Esclarecidas as premissas que orientam a valoração da prova por parte do Tribunal importa, desde já, antecipar que o Tribunal considerou, no essencial, demonstrados os factos aqui em causa.

Vejamos, pois.

3. Preliminarmente, atenta a extensão material dos autos e a fim de assegurar a inteligibilidade da decisão, importa esclarecer e estabelecer o seguinte:

- O âmago da questão controvertida destes autos é a cláusula 12.1.a) e 12.2.a) do Plano de Parceria celebrado;

- Não estando em causa, quanto ao seu concreto teor, qualquer discrepância ou imperfeição entre a vontade das partes e a redacção da cláusula,

- Mas, apenas, a classificação da cláusula como consubstanciando uma norma anti-concorrencial, constituindo uma *restrição por objecto* (cfr. conclusões de recurso das Recorrentes);

- É, ainda, matéria controvertida, aquilatar da envolvimento, participação e responsabilidade da EDP Energias e da SONAE Investimentos SGPS, S.A e Sonae MC.

Donde, a *arrumação* e fundamentação de facto observará este *iter*.

3.1 O Acordo de parceria. A cláusula 12.1 e 12.2 do Plano EDP/Continente

O acervo factual atinente à cláusula objecto dos autos (pontos 252 a 268 da decisão recorrida) resulta, desde logo, da análise crítica do seu teor, através do cotejo do Acordo de Parceria, constante de fls. 31 a 46 dos autos (volume 1), pacificamente aceite, entre todos os sujeitos processuais intervenientes, como tendo sido subscrita pelas Recorrentes *EDP Comercial* e a *Modelo Continente Hipermercados S.A.*

¹¹⁷ *In Curso de Processo Penal*, V.II, pág.30.

Em idêntico sentido, o duto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.02.2013, proferido no processo n.º 256/10.9GAMRL.1-3, disponível no site do itij.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Do cotejo da literalidade do *Plano* resulta: as partes subscritoras do mesmo, a sua duração, o seu âmbito de aplicação geográfica e material, as condições de adesão, o *quantum* do desconto atribuído aos clientes aderentes, a forma de atribuição e uso desse desconto e a divisão de custos firmada entre a *EDP Comercial* e a *Modelo Continente*.

Particularizando, importa ter presente que a parceria cingia-se à «contratação de serviço de fornecimento de energia elétrica em baixa tensão para o mercado liberalizado em Portugal continental, para potências contratadas entre 3,45kVA e 20,7kVA, com discriminação horária simples» (cláusula 4.1.a)).

Para efeito de concessão do vale de desconto, as partes estabeleceram que, numa primeira fase, tal caberia à *Modelo Continente*, para o que a *EDP Comercial* remetia diariamente os seguintes dados: nome do cliente; morada para envio dos vales de desconto; endereço electrónico do cliente; valor expresso em euros de cada desconto; data de validade dos vales de descontos e respectivo número de cartão de crédito (cláusula 5.1.). Contudo, gizaram, desde logo, as partes o desiderato de transferir o *encargo* de emissão dos vales de desconto para a *EDP comercial* (cláusula 6.3. e 5.4.), para o que a *EDP comercial* enviava à *Modelo Continente* um ficheiro informático com o número de cartão continente e o valor do desconto a atribuir. Por seu turno, a *Modelo continente* limitava-se a remeter à *EDP comercial* o número do vale de desconto e o número do cartão continente.

De realçar que, na cláusula 9.ª, as partes consignaram uma cláusula, que denominaram de *proteção de dados pessoais*, asseverando o seu compromisso para com a «reserva da vida privada, direitos, liberdades e garantias fundamentais dos Clientes». Para tanto, obrigaram-se a «garantir a confidencialidade dos dados pessoais dos clientes».

Estabeleceram, ainda, com relevo para estes autos, uma cláusula denominada *propriedade intelectual* (11.ª), autorizando o uso gratuito da «marca e ou outros sinais distintivos do comércio utilizados no âmbito da mesma» [parceria].

No que concerne, especificamente, à cláusula 12.1.a) e 12.2.a) apodada pelas partes como de *exclusividade*, da respectiva literalidade resulta a sua duração (durante a vigência do acordo e 1 ano após o termo do acordo, perfazendo 2 anos), o âmbito material de aplicação (interdição de actividade de *comercialização* de energia elétrica e gás para a *Modelo Continente*; interdição da prática



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

de actividade de distribuição retalhista de bens alimentares, para a *EDP Comercial*); extensão daquela interdição às *sociedades directa ou maioritariamente participadas pela SONAE INVESTIMENTOS SGPS S.A.* e às *sociedades directa ou maioritariamente participadas pela EDP Comercial*; âmbito geográfico de aplicação da cláusula (Portugal continental).

Ora, consubstanciando a cláusula 12 uma expressão de um acordo escrito, firmado entre as partes contraentes, que não vem impugnado, à valoração da prova testemunhal a este propósito produzida em sede de audiência de discussão e julgamento, não pode conferir-se idoneidade adjectiva para confirmar ou infirmar aquele teor escrito. Na verdade, a prova testemunhal a este respeito produzida, em julgamento, há de constituir um subsídio, útil e relevante, para a decisão a proferir mas, apenas, no que respeita ao contexto – empresarial e nacional – que norteou a conduta das Visadas. No mais, os depoimentos atinentes a *como interpretar normativamente a cláusula* e, em concreto, a sua recondução, ou não, a uma cláusula anti concorrencial constitui o âmago destes autos, mas a desenvolver, ulteriormente, na sequência da apreciação crítica do acervo probatório assente.

Vejamos, pois.

No que concerne ao enquadramento e explanação das *linhas gerais* que enformam o *Plano*, com pertinência para o objeto dos autos foi ouvido, em juízo, na qualidade de legal representante da *EDP Comercial*, Pedro Manuel Pires João¹¹⁸, Administrador da *EDP Comercial*.

O legal representante da arguida *EDP Comercial* explicitou que, exerce funções como administrador daquela empresa desde 2006, sendo responsável pelo *segmento residencial* de comercialização de energia eléctrica (compra e venda de energia ao cliente final, sem rede e sem geração). Actualmente, é responsável pelos clientes empresariais, assim como pela área financeira da *EDP comercial*.

Confrontado com o teor do clausulado aqui em causa, de forma espontânea e coerente, o depoente procurou, num primeiro momento, enquadrar o contexto em que a parceria em causa foi gizada (alguns meses antes de Janeiro de 2012), explicitando que a parceria surge alavancada pelo desígnio de liberalização do sector da energia eléctrica, em curso em Portugal por força da intervenção da *troika* (era obrigatório acabar com a tarifa regulada até janeiro de 2013, sendo que,

¹¹⁸ Inquirido na sessão de julgamento ocorrida em 5 de Junho de 2020.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

segundo disse a EDP, pela sua relevância no panorama nacional, foi *pressionada* a colaborar nesse «designio»). Para isso, explicou, a EDP na qualidade de operadora histórica, enfrentava o desafio de mover 6 milhões de clientes do *mercado regulado* para o *mercado livre*, obrigando a empresa a uma mudança de paradigma: era preciso transformar o *consumidor* em *cliente*. Neste enquadramento, explicou, recorreram aos serviços de uma consultora, com o fito de seleccionar o parceiro que melhor facilitasse essa mudança, acabando por seleccionar um parceiro da área do retalho alimentar, tido como *marca de confiança* junto dos clientes. Explicou que, tinham 44 lojas e o retalho alimentar propiciava a exponenciação da visibilidade da marca EDP, sendo que o *cartão continente* tinha três milhões de clientes, tratando-se de um cliente – cliente fidelizado e que já havia consentido em ser contactados para efeitos de propaganda comercial.

Segundo disse, no que veio a ser corroborado pelas demais testemunhas intervenientes e decorre igualmente dos e-mails juntos aos autos e apreciados em sede de audiência de discussão e julgamento, do *lado* da SONAE interveio como interlocutor da EDP, Luís Moutinho e Miguel Osório. Relativamente à equipa da EDP Comercial, interveniente na preparação e implementação da parceria, era constituída pela *directora comercial* Inês Lima e pelos sub-directores Nuno Sousa e Bruno Martins (preparação de canais).

Relativamente à *motivação* da EDP Comercial, o depoente, de forma detalhada e segura, explicou que o objectivo prosseguido prendia-se com proporcionar ao cliente final um *desconto* face ao preço proporcionado pela tarifa regulada, o que, de acordo com as *premissas quantitativas* que apresentou em juízo – média anual de consumo do cliente de € 500 e os custos de rede fixados pela ERSE que tinha que suportar – era uma tarefa muito difícil, pois deparava-se com a exígua margem de € 25,00. Por esta razão, era, segundo revelou, essencial *emparceirar*, para o que divisaram na SONAE capacidade financeira par dividir os custos.

É, precisamente, neste particular enquadramento que, segundo afirmou, surge a cláusula objecto dos autos. Mais especificamente, segundo o depoente, a parceria implicou a «partilha de informação pessoal e crítica de negócio», designadamente «perfil de consumo» e «perfil de cliente». Mais, partilharam, afirmou, *dados da margem do preço do produto final*, que considerou o «*sant graab*» do seu negócio. Por isso, alegou, foi para proteger estes dados que surgiu a cláusula aqui em causa. Afiançou o depoente que, por «causa da parceria», as empresas do grupo SONAE Investimentos acederam a informação relevante sobre os clientes, designadamente, *nome, morada e*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

perfil de consumo, pelo que a cláusula destinava-se a evitar o uso desta informação «contra a EDP», dado que habilitava a SONAE, por si própria ou por terceiros, a concorrer no seu segmento de negócio.

Neste *iter*, a testemunha quis enfatizar que, durante todo este processo, que envolveu apoio jurídico especializado de vários intervenientes, nada foi divisado de desconforme quanto à cláusula 12 do acordo de parceria, cláusula que foi negociada de boa fé e na convicção, por parte de todos os intervenientes, de que não padecia de qualquer dissonância face às regras da Concorrência.

O seu depoimento, articulado e revelador de participação directa, mereceu a credibilidade do Tribunal, em particular na *pormenorização* do contexto e enquadramento em que surgiu quer o acordo, quer a Parceria, quer quem foram os intervenientes principais na parceria, sendo, ainda corroborado e mostrando-se em consonância, nestes aspectos, com o depoimento das testemunhas Inês Lima, Nuno Sousa e Bruno Martins, inquiridos em juízo. Corroboram, ainda, o seu depoimento a documentação junta a este respeito, designadamente, as versões preliminares do Acordo e os e-mails trocados.

Ainda com interesse para os autos e na perspectiva da EDP, foi inquirido em juízo Jorge Cruz Morais, que assinou o Acordo de Parceria, em representação da EDP Comercial, exercendo, concomitantemente, funções de Administrador no CAE da EDP Energias.

Aos *costumes*, esclareceu que foi presidente da EDP Comercial, desde 2006 até ao primeiro trimestre de 2012. Neste conspecto, confirmou que *Pedro Pires João*, exercia funções de Administrador na EDP Comercial, sendo o responsável pelo B2C, isto é, pelos clientes residenciais.

Sobre a parceria referiu-se, em consonância com o depoimento antecedente, ao enquadramento vivido, isto é, a liberalização do mercado de comercialização de energia eléctrica para clientes residenciais, sector em que as margens de lucro são exíguas (referiu-se a margens nulas ou negativas). Em 2011, reiterou, com a intervenção da *trvika*, em Portugal, surge o objectivo de liberalização da energia, destinado a pôr termo a que os consumidores fossem fornecidos, como até aqui, pelo CUR - comercializador de último recurso, cujo preço é fixado pela entidade reguladora, de forma a não agravar o esforço económico das famílias na aquisição



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

de um bem essencial. Neste *iter*, explicou que, mesmo que a margem seja pequena, para uma «companhia elétrica» é essencial ter clientes, dado a empresa tem biliões investidos na fase da produção de energia, pelo que, antevêm a necessidade e a inevitabilidade de escoar a energia produzida, para o que é essencial ter uma carteira de clientes. Explicitou, ainda, que, para implementação da vontade da *troika* de «finalmente liberalizar» a comercialização da energia eléctrica, foi determinado um aumento, de dez por cento, da energia regulada, para que os clientes se sentissem motivados a abandonar a tarifa regulada e mudar para os comercializadores liberalizados. Ainda a propósito do *negócio* de comercialização de energia elétrica clarificou que as margens de lucro no sector doméstico e empresarial são muito distintas: estas últimas são atractivas, porque demandam a aquisição de uma quantidade muito superior de energia eléctrica mas praticamente com os mesmos custos decorrentes da venda a clientes residenciais. Encerram, por isso, segundo afirmou, grandezas completamente distintas. Ainda a propósito das margens de rentabilidade do negócio, precisou que os denominados clientes *duais*, isto é, concomitantemente consumidores de electricidade e gás através da EDP Comercial apresentavam melhores margens de lucro para a empresa; contudo, reconheceu que, à data, eram muito poucos e não tinham expressão na rentabilidade do negócio.

Donde, neste contexto, em que surgia, finalmente – segundo alguns – a liberalização do mercado e a possibilidade de incremento das margens de lucro, confirmou, em consonância com o depoimento de *Pedro Pires João*, que a empresa solicitou à consultora McKinsey um estudo para captar os clientes, para o que consideraram vantajoso emparceirar com outras áreas de negócio, assim surgindo a ideia de uma parceria com o *Continente*, comercialmente vantajosa para ambos. Segundo expôs, o Continente «ganhava por que consolidava a sua fidelização e movimento nas lojas» e a EDP porque angariava os clientes de forma mais competitiva do que custaria ir angariá-los à porta de casa.

Para isto, explicou que *Pedro Pires João* era no Conselho de Administração da EDP Comercial o responsável pela área, delegando, por seu turno, o desenvolvimento do projecto na Inês Lima, com funções na EDP Comercial, tendo sido quem desenvolveu os contactos com o *continente*, gizando os ditames da parceria.

Caracterizou o Grupo SONAE como um *agregador*, isto é, alguém com particular habilidade, aptidão e capacidade para juntar a sua capacidade à de empresas «amigas». De acordo com o seu



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

depoimento, a empresa denunciava uma estratégia sedimentada de rejeição de contratos individuais, focando-se na agregação de vários potenciais consumidores de modo a que, no momento de aquisição da energia eléctrica, pudesse apresentar um pedido numericamente significativo que lhe conferisse poder e capacidade negocial.

Especificamente sobre o clausulado do *Acordo de Parceria*, afirmou que nele não teve qualquer intervenção, esclarecendo que a componente jurídica estava a cargo dos Advogados, a quem, no seu entendimento, competia traduzir *em palavras* a negociação alcançada. Por isso, argumentou, centrou a sua atenção essencialmente nos custos a suportar (especialmente nos custos de promoção) e na definição de objectivos a atingir (captação de clientes, que cifrou em mais de 100 mil) e respetiva concretização.

Neste trilho, afirmou não se recordar de ter lido o clausulado do acordo, por entender que o clausulado era da exclusiva responsabilidade dos «jurídicos», «confiando» na sua prestação e nas suas orientações.

Por isso, assinou, sem ler, o acordo.

Sobre a génese, motivação e desideratos especificamente prosseguidos com a cláusula objecto dos autos nada sabe, considerando que a mesma assenta em «excesso de zelo», dado que o *Continente* não era perspectivado como concorrente.

Confrontado, em juízo, com o teor concreto das cláusulas 12.1.a) e 12.2.a), afirmou, espontaneamente, que não descortina a «dógica» do clausulado.

Assumiu, igualmente de forma espontânea e com uma postura de correção que perpassou todo o seu depoimento, que aquele clausulado não traduz «exclusividade», devendo ser tomado apenas como as «bases de um bom entendimento em que vigorava o acordo».

Instado, à semelhança de outros depoentes, a esclarecer se tal cláusula corresponde a uma prática reiterada e comum por parte da empresa ou se consegue identificar o recurso a idêntico clausulado em qualquer outra parceria firmada, assumiu que, na sua longa experiência profissional, não se recorda de outra cláusula de idêntico teor.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

No mais, esclareceu que deixou a área no momento de implementação da Parceira, dado que assumiu funções na área internacional da empresa, em final de fevereiro de 2012, desconhecendo, por isso, o sucedido ulteriormente.

Do lado da SONAE, com interesse para esta facticidade *adjacente* ao Acordo e à cláusula foram inquiridos Luís Moutinho e Tomás Ribeiro.

Vejamos, um e outro separadamente.

O depoente Luis Moutinho, interveio nos autos na qualidade de legal representante da SONAE MC (Presidente da CE, funções que exerce desde 2010), tendo também desempenhado funções como Administrador da MCH. Começou por fazer uma breve caracterização da empresa, enfatizando que apresenta uma faturação total de 5 mil milhões de euros, empregando cerca de 35 mil trabalhadores. Explicitou que o carácter distintivo da empresa assenta numa abordagem *promocional* junto dos clientes, para o que foi fundamental o *cartão continente* (criado em 2007), produto de grande sucesso, pela interpenetração junto das famílias e pelo elevado nível de fidelização granjeado, traduzido na circunstância de 90 por cento das vendas ocorrerem com recurso ao *cartão continente*. Ainda neste *iter*, explicou o desiderato de expansão do *cartão continente*, através da criação do que apelidou de *ecossistema do cartão continente*, isto é, a associação das vantagens conferidas ao cliente junto de outras marcas pertencentes à SONAE MC, à SONAE Investimentos e, ulteriormente, fora do universo do Grupo SONAE, designadamente, junto da TAP, Federação Portuguesa de Futebol, Ibersol, Galp e EDP.

Especificamente sobre a parceria com a EDP – objecto dos autos – confirmou que dela tinha conhecimento desde o início, explicitando que por se tratar de uma simples *parceria comercial* e não uma *decisão estratégica*, «deu luz verde ao início do projecto em sede de Comissão Executiva da SONAE MC», delegando a sua execução e implementação no administrador do Marketing, Miguel Osório, que assinou o contrato, também subscrito por José Fortunato. Neste contexto, esclareceu e delimitou a sua intervenção apenas ao plano da «equação económica» da parceria, motivada pelo fito de assegurar o equilíbrio económico da mesma e bem assim na obtenção de ganho para a empresa que representa. Mais explicou que a *parceria* assentava em duas componentes distintas: a componente de comunicação, atinente à difusão da parceria, gizada numa perspectiva de 360, isto é, abrangendo promoção na rádio, TV, internet, outdoors e a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

alocação de pessoal nas lojas a ajudar os clientes a assinar o contrato, que implicou 1 milhão e 200 mil euros; e a componente dos *vouchers*, gizada com Pedro Pires João, em representação da EDP, que redundou num acordo de divisão dos custos da parceria em 50 por cento e de 55 por cento relativamente à taxa de ativação dos vouchers, o que implicou, 1 milhão e 800 mil euros, perfazendo, assim, o total despendido em 3 milhões e 300 mil euros (investimento que assumiu como «pequeno» no universo da dimensão da empresa).

No seu discurso, caracterizou a parceria como «inovadora», orientada para a captação de clientes e para o aumento do movimento nas lojas, num mercado que qualificou como muito competitivo e disputado. Classificou a parceria como um «sucesso comercial e económico», a que aderiram cerca de 137 mil clientes, em três meses.

O seu depoimento mostra-se coerente e concordante com o depoimento de Pedro Pires João, no que tange não só ao envolvimento de cada um deles, mas também relativamente às demais pessoas para o efeito mobilizadas, do lado da EDP e da MCH.

Especificamente sobre o clausulado da Parceria afirmou que não teve intervenção no mesmo, conhecendo o seu teor e nele *confiando* por ter sido gizado pelo apoio jurídico prestado à empresa. Instado, em concreto, a esclarecer se a inscrição de cláusula tipo a alínea a) cláusula 12.1 e 12.2 constitui uma *prática comum e reiterada* da empresa ou se tem conhecimento de inscrição de cláusula de idêntico teor normativo noutros acordos da MCH, rejeitou ter esse conhecimento, salientando que as parcerias são «todas diferentes». Considera que a cláusula assenta na *vontade* de assegurar a *exclusividade* entre as partes, isto é, assegurar que o acordo não era replicado com nenhum dos seus concorrentes, o que poderia *desmerecer* a parceria.

Especificamente, confrontado, pelo Tribunal, com a divergência entre essa *pretendida* relação de exclusividade e o teor concreto da cláusula 12.1.a) e 12.2.a) – no trecho em que implica uma obrigação de não concorrência, respectivamente, no mercado da eletricidade e gás e no mercado retalhista – limitou-se a afirmar que foi o «wording encontrado» para expressar a pretensão de *exclusividade*, não deixando de reconhecer que o clausulado não traduz a referida *exclusividade*. Ainda assim, negou que a empresa tivesse qualquer pretensão de entrar no mercado de energia, admitindo, porque confrontado, que havia uma prévia incursão nesse mercado através da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

SODESA, matéria que, numa postura de correção, assumiu, espontaneamente, ter-se inteirado em momento posterior, na sequência e por causa destes autos.

Instado a esclarecer a necessidade de alargar à *SONAE INVESTIMENTOS* a restrição vertida na cláusula 12.1.a), explicou que isso se deveu à circunstância de algumas das marcas em que os descontos podiam ser utilizados estarem sob a égide daquela. Segundo disse, isso explica-se pelo facto de os descontos atribuídos se não circunscreverem às lojas continente (MCH) mas a outras marcas integrantes do ecossistema do cartão continente.

Porém, instado a clarificar em que medida isso era necessário face à informação partilhada entre a EDP Comercial e a MCH, assumiu que os dados necessários para a activação do desconto (gizados pelas equipas e vertidos no acordo de Parceria, segundo disse) eram partilhados apenas entre a EDP Comercial e a MCH, portanto, não eram partilhados com nenhuma das insígnias que, embora pertencentes ao ecossistema cartão continente, se encontravam representadas por empresas detidas pela SONAE Investimentos.

Neste *iter*, de forma espontânea, afirmou que foi intenção assumida da cláusula «arrastar também» as marcas da SONAE Investimentos que integravam o ecossistema do *cartão continente*. Explicou que este *arrastamento* decorreu, também, do investimento que fizeram quer na contratação de pessoal (1280 trabalhadores, segundo precisou) quer na formação ministrada ao *seu* pessoal por causa do funcionamento da Parceria.

Por seu turno, a testemunha da MCH, Tomás Álvares Ribeiro, aos costumes esclareceu ser gestor e o responsável pelo programa *cartão continente*.

A testemunha começou por explicitar que a sua entidade empregadora é a MCH – *Modelo continente Hipermercados*, explicando que o seu endereço de mail tem, contudo e à semelhança dos demais colaboradores, a extensão SONAEMC (razão porque se inscreveu esta precisão nos factos provados, nos termos constantes no número 2 do artigo 358.º do Código de Processo Penal).

Sobre o seu concreto enquadramento funcional, esclareceu que, desde o seu início, integra a equipa que, originariamente, concebeu a criação do *cartão continente*, em 2007, assumindo, ulteriormente, a qualidade de responsável pelo produto.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Revelando, pelas razões supra explicitadas, conhecimento directo e sedimentado sobre o *cartão continente*, começou por proceder à sua caracterização, explicando que se trata de um programa de fidelização a uma ou várias marcas, com descontos diferidos (o benefício supõe 2 compras). Com particular relevância para os autos, asseverou que o cartão está presente em cerca de 90 por cento das famílias portuguesas, perfazendo sensivelmente 4 milhões de famílias associadas ao cartão continente.

Segundo disse, a partir de 2010, surge a ideia de expandir o programa para outras marcas, erigindo-se assim o *ecossistema* do *cartão continente*, através da expansão de parcerias com marcas como a Galp, a Zippy, a MO, a ibersol, a wells e federação portuguesa de futebol. Para tanto, clarificou, seleccionam parceiros *permanentes* (por norma, retalhistas, optando por seleccionar apenas um em cada sector de negócio, sendo que, quanto a estes, os clientes acumulam e usam saldo no cartão) e parcerias com empresas de serviços mas de *cariz transitório e promocional* (como aquela objecto dos autos).

Por isso, argumentou, a ideia de *exclusividade* da parceria, é importante para a marca, dado que as parcerias são antecedidas de campanhas promocionais e de comunicação, com investimento na ordem dos milhares ou até milhões de euros. Nesta lógica, procuram obstaculizar a que o parceiro que integra o *ecossistema* realize, concomitantemente, idênticas parcerias com os concorrentes do retalho alimentar, na medida em que isso é susceptível de diminuir a fidelização do cliente e, por conseguinte, mitigar o pretendido e prosseguido aumento das vendas.

Revertendo, especificamente, ao Acordo de Parceria objecto dos autos, esclareceu que participou numa primeira reunião, ainda exploratória, em Matosinhos, com Nuno Sousa (trabalhador da EDP) e Elsa Pereira, no decurso da qual se inteiraram da substancial mudança que se antevia para o mercado da comercialização da energia elétrica, com a transformação de *mercado regulado* para *mercado livre*. Nessa reunião, segundo lhes foi explicado pelos colaboradores da EDP comercial, a dita *transformação* obedecia a um conjunto de regras que não permitia à EDP transferir os clientes que, na qualidade de operador histórico, conservava no CUR através da EDP Serviço Universal (SU) para a empresa que, no mercado liberalizado, se propunha dedicar à actividade de comercialização de eletricidade, a EDP Comercial. Por isso e nesta peculiar conjuntura, compreenderam que o activo que a MCH detinha – uma vasta carteira de clientes – era, afinal, *valioso* para a EDP.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Do seu extenso depoimento, importa salientar que foi confrontado com as várias versões, de *rascunho*, do clausulado discutidas entre as partes subscritoras do mesmo. Com relevo para a discussão da causa, destacou que, de entre as várias, evoluções nos *rascunhos*, importava referir-se à que dizia respeito à GALP, porquanto o *Continente* tinha já uma parceria com a GALP, a qual não só não pretendia interromper ou obstaculizar, como pretendia a renovação da mesma. Donde, afirmou, existia, da parte do *Continente*, disponibilidade para aceitar a consagração de restrições à realização de parcerias relacionadas com a comercialização de electricidade, mas já não em matéria de combustíveis.

Especificamente sobre a cláusula 12 da Parceria, afirmou que se destinava à protecção dos dados partilhados entre as empresas «por força e por causa da Parceria». Destinava-se, no essencial e segundo disse, a impedir que os dados partilhados fossem depois «usados contra o Continente».

Nesta sequência, instado pelo Tribunal a esclarecer, em concreto, os dados associados ao cartão continente, detalhou que a adesão àquele implica a partilha do *nome*, a *morada*, a *dimensão do agregado familiar*, mas não o número de identificação fiscal. Instado também a clarificar a dinâmica conjugada decorrente do uso do cartão com aqueles dados pessoais, explicou que o cartão continente *registra* todas as transações feitas com recurso ao mesmo, em todos os locais em que é usado e junto de qualquer marca associada ao ecossistema. Esses dados, registados, recolhidos e *tratados*, permitem a dedução de muito significativas inferências sobre o perfil dos consumidores (detalham os produtos adquiridos, a periodicidade e o local de aquisição dos mesmos), em termos individuais e de larga escala, dado o número de famílias associadas ao cartão (taxa de interpenetração de 90 por cento).

Contudo, interpelado pelo Tribunal, assumiu, com espontaneidade e correcção, que nenhum destes dados específicos - resultantes da dinâmica de utilização do cartão continente - foi partilhado com a EDP Comercial.

Segundo disse, a EDP Comercial terá obtido, apenas, os dados necessários de identificação individual transmitidos e necessários para a celebração do contrato de fornecimento de energia eléctrica, como sejam, nome e morada - testemunho que se mostra consentâneo com o teor da cláusula 5.1. da *Parceria*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

De facto, do cotejo crítico desta cláusula com o depoimento supra resulta que as partes, subscritoras do acordo, tiveram o cuidado de delimitar, com precisão, os dados que partilhariam, por força e por causa da *Parceria*, numa cláusula que autonomizaram e apelidaram de *fluxos de informação*. E, de acordo com o clausulado, para efeito de «processamento e emissão dos vales» a EDP Comercial partilhava com a Modelo Continente os dados já referidos e apenas estes: *nome do cliente, morada para envio dos vales de desconto, endereço eletrónico do cliente, valor expresso em euros de cada desconto, data da validade dos vales de desconto e respectivo número de cartão continente*.

Portanto, concretamente sobre a dinâmica da actividade retalhista de bens alimentares, prosseguida pela MCH, nada foi transmitido à EDP Comercial.

Aceita-se, como foi dito em juízo, que o estabelecimento da *Parceria* implicou o estreitar da relação entre a EDP e a SONAE, por força dos contactos pessoais que se verificaram a propósito do planeamento e execução da *Parceria*. Ambos os intervenientes passaram, por isso, a conhecer interlocutores inseridos na organização do *Parceiro* e respectivas equipas, ficando ciente das respectivas hierarquias e funções desempenhadas por cada um dos colaboradores; porém, não vá sem dizer-se isso não traduz mais do que o *risco* comercial normal associado a qualquer *Parceria*, não constituindo justificação legalmente atendível para a inscrição de uma cláusula anti concorrencial que extravasava, até, o âmbito da *Parceria*.

Como se referiu, além destes depoimentos, foram ainda, ouvidos em juízo, Inês Lima, Nuno Sousa, José Breda, Gonçalo Santos, os quais, de modo geral, e de forma coerente entre si, corroboram o enquadramento acima descrito, explicitando o contexto de génese da *parceria*, os objectivos prosseguidos e os termos da *Parceria*, tal como *relatados* pelos representantes legais da empresa e Administradores ouvidos em juízo. Estes depoimentos, por se mostrarem, quanto às circunstâncias de tempo, lugar e execução, concordantes com os depoimentos acabados de apreciar, contribuíram para a corroboração do teor daqueles, reforçando a credibilidade que lograram merecer por parte do Tribunal. Sem prejuízo, quanto ao teor da cláusula propriamente dita, estas testemunhas constituem *operacionais* das empresas intervenientes na *Parceria*, exercendo funções de *segunda linha*, sendo que, nenhuma destas testemunhas tinha competência em matéria jurídica, todas tendo referido que o clausulado do contrato estava a cargo dos Advogados, estando, por força das suas funções, cientes do seu teor, mas sem desempenhar na sua redação qualquer papel concreto ou intervenção decisiva.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Donde, retomando a apreciação crítica da prova e a fundamentação da matéria de facto, impõe-se concluir, quanto à caracterização da cláusula 12.1.a) e 12.2.a), que a mesma encerra um *pacto de não concorrência*, asserção resultante da concatenação crítica do cotejo da literalidade da cláusula com a prova testemunhal inquirida, que arredou, em definitivo, a argumentação, expendida pelas Defesas, no sentido de que a mesma existia «por causa da Parceria», sendo esta a sua razão de ser.

Senão vejamos.

Em primeiro lugar, importa precisar que a *Parceria* propriamente dita e a Cláusula 12.1.a) e 12.2.a) encerram âmbitos materiais distintos.

Com efeito, reza a cláusula 4.1 que, para efeitos de parceria EDP/Continente, está em causa (apenas) o consumo de energia eléctrica para potências contratadas entre 3,45Kva e 20,7 Kva, circunscrita, por isso, aos clientes de *baixa tensão normal* (BTN), usualmente clientes domésticos.

Porém, a restrição a este respeito inscrita na cláusula 12.1.a para a *Modelo Continente* abrange a actividade de comercialização de *energia eléctrica e gás*. Portanto, para efeitos daquela cláusula, a interdição acordada não só não continha – contrariamente ao acordo de parceria – qualquer delimitação em função do segmento do mercado de comercialização de energia eléctrica (abrangendo, por isso, os consumidores de *muito alta, alta e média tensão*), como abrangia o mercado do gás, o qual não se encontra, directa ou reflexamente, mencionado em nenhum dos considerandos ou cláusula dos termos contratados entre as partes no *acordo de parceria* (cfr. considerando A, 2.1., 3.b, 4.a, 6.1.). Reconhece-se que, em juízo, o depoente Jorge Cruz Morais afiançou que a EDP Comercial tinha os chamados clientes *duais*, isto é, aqueles a quem, na sequência da liberalização do mercado do gás em 2010, a EDP comercial fornecia gás e eletricidade (sobre isso foi, também, entretanto junta documentação aos autos corroborante destas declarações). Contudo, não só o depoente afirmou que esses clientes eram *residuais* (embora, como explicou, *comercialmente mais interessantes* porque apresentavam, para a empresa, maiores margens de lucro) como, a verdade é que, não constam do âmbito de aplicação da Parceria, que se cinge, repete-se, ao «fornecimento de energia eléctrica em baixa tensão» (cláusula 4.1.a)). Verifica-se, assim, que a cláusula 12.1.a) e 12.2.a) não só não encontra correspondência no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

âmbito material estabelecido na *Parceria*, como adopta restrições *fora* do fornecimento de electricidade de BTN, que constitui o âmago e o fundamento daquela.

Em segundo lugar, também no que ao *âmbito subjectivo* respeita se constata uma divergência entre o estabelecido para efeitos de *Parceria* e a obrigação inscrita na cláusula 12.1.a) e 12.2.a).

Com efeito, dúvidas não restam de que, as partes subscritoras do acordo de *Parceria* são a *EDP Comercial* e à *Modelo Continente Hipermercados S.A.*.

Todavia, no que àquele segmento da cláusula 12 respeita, as partes ali inscreveram restrições para outros intervenientes que não os subscritores do Plano: a *MCH* obrigou também as *sociedades directa ou maioritariamente participadas pela SONAE investimentos SGSPS, S.A a não desenvolver a actividade de comercialização de energia elétrica e gás natural em Portugal Continental*. E, de igual sorte, a *EDP Comercial* obrigou as *sociedades directa ou maioritariamente por si participadas* a não desenvolver a actividade retalhista de bens alimentares, em Portugal Continental.

Em terceiro lugar, a cláusula em análise não só tinha uma duração superior ao período disponibilizado para adesão à *Parceria* (que ocorreu de 9 de Janeiro de 2012 a 4 de Março de 2012), como perdurava 1 ano após o término da *Parceria*.

Na verdade, a sobredita cláusula perdurou desde 5 de Janeiro de 2012 e até 1 ano após 31 de Dezembro de 2012, coincidindo, portanto, com o período de tempo em que ocorria a liberalização do mercado de comercialização da energia elétrica.

Impõe-se, por isso, na esteira do repto inscrito na cláusula 1.3. do acordo de *Parceria* - e no que aos pontos 12.1.a) e 12.2.a) respeita - desconsiderar o *nomen juris* conferido pelas partes à epígrafe da cláusula 12 e proceder à sua qualificação por via dos subsídios acabados de escapelizar.

Finalmente, como se teve supra ocasião de explanar, a prova testemunhal produzida em julgamento não demonstrou que esta cláusula tivesse emergido por «força do acordo» de *Parceria* ou que para ela fosse imprescindível. Por outras palavras, admite-se que, tal como perspectivado pelas partes intervenientes no Acordo, o *risco comercial* sofresse alguma mitigação por força da cláusula anti concorrencial; contudo, isso é totalmente distinto de existir entre os termos da *parceria* e a cláusula uma relação indissolúvel. Assim não é, não só pelas razões acima explicitadas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

que dão conta da discrepância do âmbito material, subjectivo e temporal entre a *Parceria* e aquelas cláusulas; mas também porque, conforme resultou daqueles depoimentos, a EDP Comercial apenas facultou à Modelo Continente dados pessoais dos clientes, acompanhados do respectivo desconto de 10 por cento (que admitia inferência quanto ao consumo do cliente); e, sobre o *negócio* retalhista de bens alimentares, em particular, sobre a dinâmica do cartão continente e as inferências dele recolhidas quanto ao perfil de consumo, a Modelo Continente nada partilhou com a EDP Comercial – conforme reconheceu Tomás Ribeiro.

Mais, importa notar que, conforme amplamente veiculado em sede de audiência de discussão e julgamento, o cartão continente tem uma taxa de interpenetração de 90 por cento junto das famílias portuguesas, contando com mais de 4 milhões de famílias associadas. Nesta ordem de grandezas, retirar algumas inferências quanto ao perfil do consumidor de electricidade – por força do desconto de 10 por cento – de cerca de 130 mil clientes que aderiram ao Acordo, não é propriamente um valor expressivo. Na verdade, essa cautela, por parte da EDP Comercial, apenas reforça a convicção do Tribunal – decorrente do demais comportamento concludente acima explicitado – no sentido de que, efectivamente, perspectivava a MCH e, pelo menos, a Sonae Investimentos, como potenciais concorrentes em matéria de comercialização de electricidade e gás, razão porque procurou interditar a sua *entrada* no mercado liberalizado de comercialização de electricidade.

*

3.2. Da envolvimento, participação e responsabilidade da *EDP Energias* e da *SONAE Investimentos SGPS, S.A, MCH S.A* e *Sonae MC*.

No que respeita à participação da EDP Energias na *Parceria* aqui em causa, a sua envolvimento e responsabilidade resulta da análise crítica da documentação junta aos autos, corroborada pela prova testemunhal produzida em juízo.

Vejamos, pois.

Com interesse para a boa decisão da causa foi, como acima se explanou, inquirido em juízo Jorge Cruz Morais, que assinou o Acordo de *Parceria*, em representação da EDP Comercial, exercendo, concomitantemente, funções de Administrador no CAE da EDP Energias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

Especificamente sobre a intervenção do CAE da EDP Energias, o depoente atestou que estava informado do projecto, por força, também, da apresentação dos termos da Parceria por Pedro Pires João e Inês Lima. Segundo esclareceu, o carácter público do projecto demandava a atenção e fiscalização do CAE, junto de quem os anúncios eram previamente exibidos, sendo que, a componente de execução do projecto propriamente dito competia à unidade de negócio a quem o CAE tinha atribuído tal incumbência, a saber, a EDP Comercial (o que se mostra concordante com o teor das actas juntas aos autos).

Confrontado, detalhadamente, com o teor das actas do CAE afirmou a sua fidedignidade, razão porque tais documentos são idóneos para reavivar e apoiar a memória dos intervenientes, atento o lapso de tempo entretanto decorrido.

Com reporte ao trecho da acta n.º 1/2012, do CAE da EDP Energias, realizado em 4 de Janeiro de 2012 (fls. 1029 a 1032 dos autos), isto é, na véspera de assinatura do Acordo, depôs o seguinte: especificamente sobre a cláusula objecto destes autos afirmou que não foi «tema» do CAE. Assumiu que o Acordo foi *levado* ao CAE, embora não tenha memória de o ter distribuído, descrevendo, desprendidamente, que *ofereceu* o contrato ao CAE, em termos que caracterizou como superficiais «o contrato está aqui e diz *isto e isto*, refletindo as coisas que nós aqui fizemos». Detalhou que toda a matéria que implicasse exibição pública da marca EDP é, invariavelmente, objecto de interesse e supervisão por parte do CAE e que, no particular contexto que se vivia de liberalização do mercado da energia elétrica, a entrada no mercado de um *player novo* – um concorrente na comercialização - era um tema que merecia a atenção do CAE dada a imprevisibilidade que, então, se vivia.

Confirmou que António Mexia era o Presidente do CAE na altura, mencionando não ter memória da intervenção pública do Presidente do CAE na apresentação do Projecto, sendo que, segundo disse, o *normal* seria até que tivesse sido o depoente a proceder à apresentação pública do Projecto e não o presidente do CAE. Confrontado com o depoimento da testemunha Nuno Sousa (concordante com documentação junta ulteriormente pela AdC) dando nota da apresentação pública, em vários órgãos de comunicação social, da Parceria *EDP/Continente* por parte do Presidente do CAE, António Mexia, afirmou não ter disso memória.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Importa, então e agora, para efeito de fundamentação da matéria de facto apurada, proceder à concatenação crítica deste depoimento com a demais documentação junta aos autos.

Em primeiro lugar, percorrendo o *iter* temporal das actas juntas, verifica-se que, é a EDP Energias S.A. quem, ainda em 31 de Maio de 2011, antecipa e idealiza a necessidade de «repensar o macro-modelo organizativo do Grupo EDP para a área comercial, em particular o papel da EDP Comercial», através da definição de «uma estratégia comercial e o plano de marketing da EDP para o novo paradigma de mercado», tudo enquadrado e justificado pela intervenção da TROIKA e a previsão, por esta imposta, de «liberalização total dos mercados de fornecimento de eletricidade e de gás natural».

É, pois, neste contexto, que a EDP Energias giza um plano para fazer face àquela liberalização, para o que procede à «solicitação de um pedido de proposta de consultoria externa», isto é, o amiúde referido pedido feito à consultora *McKinsey*, detalhadamente explicitado pelos Administradores Jorge Cruz Morais e Pedro Pires João.

Nesta sequência, encimada pela EDP Energias, resulta do cotejo da acta n.º 27/2011, que o CAE (conselho de Administração Executivo da EDP Energias), em 7 de Junho de 2011, decide e determina a «adjudicação, pela EDP Comercial, da proposta apresentada». A EDP Comercial é detida a 100 por cento pela EDP Energias, presidindo àquela Jorge Cruz Morais, também Administrador com *assento* no CAE da EDP Energias. A intervenção e actuação da EDP Comercial, nesta temática, surge, assim, por determinação, expressa e formalizada, da EDP Energias.

Na verdade, resulta, de forma clarividente, do cotejo crítico do teor destas actas que toda a estratégia é preconizada, gizada e decidida pela EDP Energias, que ulteriormente, na fase de implementação, determina que a execução dessa mesma estratégia, por si gizada, seja objecto de *delegação* na EDP Comercial, atenta a sua vocação comercial – ou, nas palavras de Cruz Morais, por ser «a unidade de negócio» a quem compete a comercialização da energia eléctrica.

Posteriormente, a acta n.º 50/2011, datada já de 15 de Novembro de 2011, portanto com um lastro de tempo de cerca de 5 meses, espelha essa mesma *execução delegada* por parte da EDP Comercial, traduzindo a *prestação de contas* da EDP Comercial ao CAE da EDP Energias, inclusive por intermédio do Administrador da EDP Comercial responsável pelo Projecto, Pedro Pires João



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

e da colaboradora Inês Lima. Nesta sequência, que envolve um maior detalhamento e concretização do Plano gizado, o CAE da EDP Energias «dá o seu acordo» ao estabelecimento de «negociações com o grupo Sonae, com o propósito de implementar uma parceria, a concretizar em 2012».

É, por isso, manifesto que, esta temática, não surge de *baixo para cima*, isto é, não se tratou de uma iniciativa da EDP Comercial ulteriormente *ratificada* pela EDP Energias mas, ao contrário, da conjugação crítica dos elementos temporal e literal vertidos nas actas, resulta inequívoco que foi a EDP Energias quem *abraçou* o tema da liberalização do mercado de energia eléctrica como relevante para o GRUPO EDP (terminologia retirada da acta), para o que solicitou a intervenção de uma consultora e, uma vez aprovadas as premissas da consultora – emparceiramento com um retalhista – determinou e ordenou à sua *filha* EDP Comercial a concretização do Plano gizado. A EDP Energias foi, por isso, invariavelmente, a detentora do domínio e poder de facto sobre esta matéria, quer na sua origem, quer na sua implementação.

Mais: essa direcção de facto e supervisão não se circunscreveu às *linhas gerais e abstractas* da estratégia a implementar face à liberalização do mercado, porquanto, resultou da prova testemunhal, produzida em juízo, que o CAE tinha sido informado dos concretos termos do Plano de Parceria subscrito entre a EDP Comercial e a MCH (cfr. depoimento de Jorge Cruz Morais, atestando que nem *coisa diferente seria pensável*) e que foi o Presidente do CAE, António Mexia, quem liderou a apresentação pública da Parceria em diversos meios de comunicação social, designadamente na Televisão (cfr. depoimento de Nuno Sousa e documentação junta aos autos, dando nota de um comunicado, apresentado pelo Presidente António Mexia, sobre os termos do Acordo de Parceria EDP/Continente). De igual sorte, a troca de e-mails junta no CD de fls. 168 dos autos, demonstra a intervenção do departamento de Marketing da EDP Energias (através da colaboradora Inês Pitta e Cunha) directamente junto da SONAE MC, contribuindo para o reforço da convicção do Tribunal do papel determinante de direcção e fiscalização que a EDP Energias empreendeu ao longo de todo o processo.

Ora se, conforme explicou Jorge Cruz Morais, o clausulado do acordo de Parceria não foi, em sede de CAE da EDP Energias, objecto de *fiscalização* e atenção detalhada e pormenorizada, porque este funcionava num ambiente de *confiança* mútua, quer relacional, quer negocial, isso é



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

questão distinta e que não tem, evidentemente, a virtualidade de eximir a EDP Energias SA dos termos a que a EDP Comercial, por sua determinação, se vinculou.

Com efeito, a intensidade do grau de escrutínio que o CAE dedicou aos termos concretos do clausulado da Parceria apenas ao CAE diz respeito. Nessa medida, se o CAE actuou *afrouxando*, naquele particular aspecto, os seus poderes de direcção e fiscalização, demitindo-se de uma maior envolvimento e escrutínio isso é normativamente irrelevante, pois que, para efeitos de apuramento da sua responsabilidade, o que releva é que, não só a actuação da EDP Comercial acontecia por sua determinação, como teve à sua disposição os meios concretos e adequados para exercer uma efectiva supervisão sobre o teor do clausulado. O referido clausulado não lhe foi *sonegado*, correspondia aos ditames por si gizados e foi-lhe, concretamente, disponibilizado na véspera da sua assinatura, permitindo-lhe, se assim o quisesse, não dar o seu acordo à cláusula 12 objecto de censura dos, impedindo a sua entrada em vigor.

No que concerne ao envolvimento das Visadas do *Grupo Sonae* (terminologia utilizada, por exemplo, na acta n.º 50/2011 do CAE da EDP Energias e n.º 1/2012 do mesmo órgão), a sua responsabilidade, participação e envolvimento resulta, desde logo, no que à *modelo continente hipermercados* (MCH, S.A) respeita, da circunstância de ser subscritora do *Acordo de Parceria*, pelo *punho* dos seus Administradores José Manuel Fortunado e Miguel Osório. A razão de ser do Acordo, a sua génese, os objectivos prosseguidos e as linhas, gerais e particulares, que fez verter no Acordo, foram explicitadas, enquadradas e justificadas pela prova testemunhal inquirida em juízo, acima escarpelizada de forma crítica.

De acordo com a documentação junta a fls. 166 dos autos (anexo 3.2., atinente a uma mensagem de correio electrónico, datada de 25 de novembro de 2011, remetida por José Breda, colaborador da SONAE MC a Nuno Sousa da EDP Comercial), a comissão executiva da SONAE MC aprovou a Parceria CONTINENTE –EDP Comercial, apelidando-a de *Projecto Lux*. Na sequência desta aprovação, seguiu-se uma negociação entre as Visadas, traduzida numa panóplia de documentos juntos aos autos (e exibidos e contraditados em audiência de discussão e julgamento) denominados «*SONAE MC, Projecto Lux, ponto de situação*». Nesta altura, dois Administradores da SONAE Investimentos eram simultaneamente administradores da SONAE MC, cuja comissão executiva aprovou o Acordo de Parceria.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Especificamente sobre a cláusula 12.1.a), as testemunhas atribuíram a sua autoria ao apoio jurídico que lhes era assegurado quer por uma sociedade de Advogados - comum à EDP Energias e EDP Comercial - enfatizando que se tratara de uma cláusula subscrita em clima de *boa fé*, na qual não foi divisada qualquer desconformidade legal.

No que concerne à Visada *Sonae Investimentos SGPS, S.A.*, a sua envolvência decorre de constar na cláusula 12.1.a), ali se podendo ler que a restrição ali vertida - obrigação de «não desenvolver (...) a actividade de comercialização de energia eléctrica e de gás natural em Portugal continental – não só a abrange, como também abarca as sociedades por si maioritariamente participadas. Neste conspecto, da prova testemunhal produzida em juízo (em particular do depoimento de Luís Soares Moutinho) resultou que, além do recurso a apoio jurídico externo, foi a *Direcção Legal* da Sonae Investimentos quem acompanhou a elaboração do clausulado da Parceria, objecto dos autos, actuação que traduz um comportamento concludente, atinente à envolvência, direcção e fiscalização que exerceu sobre o clausulado do Acordo de Parceria. A este respeito, cumpre assinalar que se saúda a sinceridade do depoente Luís Moutinho na parte em que reconhece que as marcas da SONAE Investimento, que tinham insígnias que permitiam a ativação do vale, não receberam, da EDP Comercial, qualquer informação sobre o perfil de consumo de electricidade dos clientes aderentes. Assim sendo, evidentemente que a restrição imposta à *SONAE INVESTIMENTO – por si directamente ou por intermédio de sociedade maioritariamente participada* – não tinha, uma vez mais repete-se, a sua «razão de ser» no teor da Parceria propriamente dita, constituindo, antes, a corporização da intenção das Visadas de firmar, entre si, mútua e reciprocamente, um pacto de não concorrência - que, aliás, estenderam para lá das Partes subscritoras do Acordo de Parceria.

Ainda com interesse para o objecto dos autos, foi inquirido em juízo Ángelo Paupério, administrador de várias empresas da EFANOR e da SONAE SGPS, exerce funções como Administrador das *holdings* (sociedade gestoras de participações), com ligação especial à área financeira. Integrava o C.A. da Sonae Investimentos e da SONAE SGPS (sendo administrador desde 2000). Além disso, integrou o C.A da SONAE Capital por duas vezes, a mais recente em 2019. Exerceu também funções de Administrador na SONAE COM, desde 2007 até à actualidade, presentemente como presidente da Comissão Executiva. Na Sociedade MDS –



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

mediador de seguros - foi administrador e Presidente, explicitando que se trata de empresa que se dedica, há cerca de 40 anos, à mediação de seguros.

Sobre os factos em concreto, afirmou que, na qualidade de Administrador da SONAE INVESTIMENTOS, detentor da participação da SONAE MC teve conhecimento da parceria, enfeitando ter tido intervenção na negociação e na concretização do Acordo de Parceria. Segundo disse, só teve conhecimento do teor concreto da Parceria após o presente processo judicial. Descreveu a Parceria como *marginal* na perspectiva do investimento, não sabendo quantificar o lucro obtido, por se tratar, essencialmente, segundo caracterização, de um benefício indireto, decorrente da publicidade e do reforço, por essa via, do posicionamento da empresa, através do reforço da fidelização dos clientes.

Instado, esclareceu que a SONAE SGPS *consolida contas* por referência a todas as empresas que controla e por via do método da equivalência patrimonial integra nessa consolidação as participações que não são de *controlo*, obedecendo a uma consolidação por patamar que envolve cerca de 500 empresas. Explicitou, ainda, que a SONAE SGPS detinha a 100 por cento a SONAE Investimentos e esta, por sua vez, detinha a SONAE MC e outras sociedades da área do retalho.

Neste *iter* explicou que a *Sonae Investimentos* não assinou, como *parte*, a Parceria, segundo disse, devido à sua natureza de *holding*, detendo várias sociedades, entre elas a *SONAE CENTER* (detida a 100 por cento pela SONAE Investimentos), que são centros de competência que colaboram a pedido de outras sociedades no apoio a outras sociedades, em matéria, contabilística, fiscal ou de assessoria jurídica. Descrevendo a relação entre as visadas, clarificou que a SONAE Investimentos integra vários centros de competência que podem ser acedidas pelas outras empresas do Grupo, a fim de lhes ser prestada assistência. Uma das áreas mais solicitadas é a contabilidade e a direcção legal, a qual é constituída por uma equipa de juristas que, transversalmente e independentemente da dimensão da sociedade, presta apoio jurídico sempre que lhe seja solicitado e sem prejuízo do recurso a serviços externos.

Confrontado com o teor concreto da cláusula 12, número 1, alínea a), e a referência às sociedades maioritariamente detidas pela SONAE INVESTIMENTOS, explicou que o *eco Sistema cartão continente* é gerido pela MCH e tem que haver uma que assume a coordenação do Programa e,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

nessa lógica, a intervenção da SONAE INVESTIMENTOS intervém em benefício de todas as sociedades que estão nesse ecossistema, sendo que, segundo disse, a cláusula não representava para elas um constrangimento relevante pois não estavam relacionadas com o mercado da energia. Contudo, em apreciação crítica deste segmento do depoimento, cumpre realçar que a referência às sociedades participadas maioritariamente pela SONAE iNVESTIMENTOS SGPS, S.A não contempla – e podia tê-lo feito – qualquer delimitação ou restrição dessas sociedades quanto ao objecto comercial prosseguido. Por outras palavras, a afirmação de que a restrição ali inscrita se circunscrevia ao negócio do retalho alimentar não encontra respaldo no teor da cláusula consignada, que vincula, sem especificação em matéria de negócio ou objecto social, qualquer sociedade maioritariamente participada pela SONAE INVESTIMENTOS SGPS S.A..

Resumindo, da conjugação destes depoimentos com o cotejo crítico da literalidade da cláusula resulta que, no intercâmbio de informação que se estabeleceu por causa da Parceria, a SONAE Investimentos não recebeu da EDP Comercial informação sobre o perfil de consumo dos clientes aderentes ao Plano. Ora, a literalidade de cláusula que expressamente lhe é estendida, a ausência de necessidade de protecção de qualquer informação decorrente da Parceria e a circunstância de a MCH ser detida maioritariamente pela SONAE Investimentos por sua vez detida maioritariamente pela SONAE SGPS, a agilização da Direcção Legal para prestar assessoria jurídica ao clausulado, sedimentaram a convicção do Tribunal quanto à sua envolvimento e responsabilidade.

O acervo probatório atinente à motivação das Visadas, aquando da consagração da cláusula objecto de censura, resulta, de um lado, dos depoimentos e vasta documentação junta aos autos que traduz a conjuntura adveniente de liberalização do mercado de venda de electricidade; de outro, da apreciação crítica da literalidade inscrita na cláusula, pois que, naturalmente, as regras da normalidade do devir social demandam a asserção de que apenas a quem se perspectiva, mútua e reciprocamente, como potenciais concorrentes, interessa a celebração de um tal pacto anticoncorrência.

A factualidade atinente à notícia da infracção decorre do cotejo crítico da documentação junta a fls. 5 a 10, 11 e 12, 14 a 17, 18 a 168, 169. Especificamente sobre a abertura de inquérito valorou-se a documentação junta a fls. 2 e 3 e 1226. A este particular propósito, foram ainda inquiridas em juízo, Sara Abrantes Garcia e Ana Oliveira Pinheiro, respectivamente, jurista e economista, em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

exercício de funções na Autoridade da Concorrência, com intervenção no processo administrativo na qualidade de instrutoras do mesmo.

As depoentes foram sujeitas a intenso e prolongado contraditório, atestando, de forma coerente, espontânea, segura e concordante entre si, o *iter* que caracterizou o inquérito, razão porque lograram merecer a credibilidade do Tribunal. Instadas, pelas Defesas, a explicitar a razão de ser do lapso de tempo decorrido entre a notícia da infracção e a abertura do inquérito, ambas afirmaram que, naquela altura, a Autoridade da Concorrência enfrentava um *deficit* de recursos humanos que impactava negativamente a sua capacidade de resposta, por um lado; por outro lado, pormenorizaram que, também nessa altura, a Autoridade da Concorrência afectara grande parte dos seus recursos a uma investigação que tinham em curso, que envolvia mais de uma dezena de Bancos a operar, em Portugal e que veio, efectivamente, a redundar na prolação de uma acusação e condenação, presentemente de cariz público. Note-se, ainda que, a caracterização das dificuldades, estruturais e conjunturais, que aquelas testemunhas descreveram como incapacitantes de uma capacidade de actuação e resposta mais célere por parte da AdC, foram corroboradas, de forma espontânea, por Manuel Sebastião, indicado pelas Visadas e que aos costumes esclareceu ter exercido funções como Presidente da Autoridade da Concorrência, entre 2008 e 2013. Donde, além do depoimento das testemunhas se ter apresentado em juízo equidistante e isento, foi objecto de corroboração por outra testemunha, não tendo sobrevindo qualquer elemento que o colocasse em crise. Ainda neste segmento, a propósito das *diligências probatórias* empreendidas na *fase administrativa* analisaram-se os documentos melhor identificados nos pontos 29 a 63 da decisão da AdC, que documentam – e para isso se reputam de idóneos – as circunstâncias de tempo, lugar e teor dos mesmos.

A respeito da comunicação da AdC, sobre a Parceria, ao Regulador sectorial valorou-se criticamente o documento constante de fls. 402 a 484 e 977 a 978, do qual decorre, também, uma caracterização do mercado do retalho a gás, em Portugal (fls. 908 a 909).

No que concerne à constituição, caracterização e volume de negócios das Visadas, EDP Comercial e EDP Energias, procedeu-se à análise crítica da respectiva certidão do registo Comercial, cujos códigos de acesso se encontram vertidos nas notas de rodapé 9 e 10 da página 28 e 20 a 26 das páginas seguintes da decisão da AdC, conjugados com o link do site da própria EDP, discriminado no ponto 110 da decisão sob censura. Procedeu-se, ainda, à conjugação dessa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

documentação com a constante de fls. 231 dos autos e bem assim com o Relatório de Contas Consolidadas do Grupo EDP, de 2013 e 2015, melhor identificados nas pág. 30 e 31 da decisão recorrida (e fls. 796 e 1136 a 1137).

Por seu turno, a caracterização, constituição e volume de negócios das visadas *Modelo Continente*, *Sonae MC* e *SONAE investimentos* acha-se suportada pelos documentos constantes de fls. 321 a 329, 357, 802 (certidão de registo comercial), 809 e 814, 1147, objecto de conjugação com os relatórios e contas, melhor identificados nas notas de rodapé de fls. 33 a 37 da decisão da Autoridade da Concorrência. Ainda a este respeito, valoraram-se os depoimentos dos respectivos representantes legais, no segmento em que não só descreveram, com compreensível *parcialidade*, as *suas empresas* (pelos seus discursos perpassou uma tónica fortemente adjectivante daquela descrição, acompanhada de uma componente enaltecedora e até promotora das qualidades de cada uma delas, que, contudo, não pôs em crise a correcção e espontaneidade dos depoentes), mas também na forma como expressaram a sua visão sobre o Grupo Parceiro, depoimentos que, quanto à capacidade mobilizadora, financeira, implementação e sedimentação dos vastos conhecimentos adquiridos em múltiplos sectores do País (e também internacional) mostram-se perfeitamente concordantes com a caracterização empreendida na decisão administrativa e reafirmada em juízo pelas sobreditas testemunhas.

O acervo probatório atinente à caracterização do mercado de comercialização de energia eléctrica e de gás natural foi objecto de depoimento detalhado, pormenorizado e intensamente contraditado por parte das depoentes Sara Gouveia e Ana Pinheiro, respectivamente, jurista e economista em exercício de funções na Autoridade da Concorrência. As testemunhas, com recurso à sua experiência funcional, confirmaram a caracterização vertida na decisão administrativa, suportada em decisões da própria Autoridade da Concorrência, da Comissão Europeia, da ERSE e da vasta disciplina jurídica que enforma estes mercados (tudo conforme documentação referida nas notas de rodapé constantes na decisão administrativa a fls. 38 a 53). O seu discurso revelou-se espontâneo, coerente entre si e equidistante, assim merecendo a credibilidade do Tribunal. A este respeito foi, ainda e designadamente, valorado o relatório da ERSE constante de fls. 1822 (Anexo 3, Anexo 4)

Com reporte aos factos respeitantes à parceria firmada entre a ENDESA e a SONAE SGPS, que redundou na criação da *SODESA*, detida a 50 por cento por cada uma daquelas, procedeu-se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

à concatenação dos depoimentos a este respeito inquiridos em juízo Ângelo Paupério e Luís Moutinho que se mostram consentâneos com os documentos juntos aos autos, resultando, por isso, demonstrada a factualidade descrita na decisão administrativa. De entre a variada documentação junta aos autos, valorou-se, designadamente, o próprio clausulado da Parceria e a decisão de não oposição por parte da Comissão Europeia.

Ainda a respeito da SODESA e da incursão da SONAE no mercado de comercialização elétrica através da ELERGON foram ouvidas, com interesse, as testemunhas, indicadas pela DEFESA, Ângelo Paupério, Luís Moutinho e Miguel Gil Mata, (acima identificados).

Vejamos, com maior pormenor, o sentido dos seus depoimentos, dado que, os mesmos contribuíram, pela clareza na exposição e conhecimento directo relevado, para a compreensão do Tribunal sobre a dinâmica concretamente estabelecida.

Antes de abordar a questão da SODESA, e para efeitos de compreensão da génese e dinâmica actual do Grupo SONAE, cumpre referir que o depoimento de Ângelo Paupério revelou-se elucidativo e relevante para a compreensão, pelo Tribunal, da caracterização da GRUPO Sonae, que apodou como um «universo de empresas». Explicou que, a SONAE nasceu em 1959, dedicada à da área das madeiras, sendo que, na década de 1980, já sob a liderança do Engenheiro Belmiro de Azevedo conheceu um grande desenvolvimento, através da EFANOR (cotada em bolsa, no fim da década 80).

Ulteriormente, segundo descreveu, a EFANOR, através de um processo de cisão, deu origem a um conjunto de três empresas cotadas em bolsa: a SONAE SGPS, a SONAE Indústria (autónoma desde 2000) e a SONAE Capital (autónoma desde 2007), detidas, com posição de controlo por parte da EFANOR. Destas três, é a SONAE SGPS que apresenta maior dimensão, tendo, por seu turno, «por baixo» também sociedades também cotadas, como a SONAE COM, a SONAE SIERRA e a actividade de retalho, alimentar e não alimentar, que representam as áreas de actuação.

Ainda a propósito da *arrumação* do «universo das empresas», clarificou que a *lógica de arrumação* correspondia à da *unidade de negócio*, sendo que a composição formal de empresas e os veículos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

jurídicos eram depois vários mas o critério, para si, decisivo, para compreender a dinâmica e posicionamento do Grupo é o da *unidade de negócio*.

Sobre a SODESA, clarificou que se tratou de uma parceria firmada através da SONAE SGPS S.A. Foi, segundo aventou, uma parceria proposta pela ENDESA – grande empresa espanhola nessa área- que pretendia ingressar no mercado de média e alta tensão de venda de eletricidade, portanto, respeitante a comercialização de eletricidade para empresas. Porém, o mercado era concentrado e por isso procurava referências para conseguir abordar as empresas e ter contactos, apoio nessas empresas. É neste conspecto que propôs à SONAE esta Parceria. A parceria redundou, segundo explicou, na negociação de contratos de fornecimento de eletricidade para as empresas da SONAE, em condições «favoráveis», dando origem à SODESA, empresa «agente», isto é, a SODESA vendia a eletricidade que a ENDESA lhe vendia, não sendo um comercializador a comprar no mercado, apenas na medida em que comprava a um único fornecedor. Atuava como um agente daquele fornecedor, permitindo à ENDESA colocar energia no mercado português. Uma vez implementada a parceria, angariados e conservados os clientes, o valor acrescentado incutido na mesma pela SONAE começou a ser reduzido.

Na sua perspetiva, não existia qualquer similitude entre a Parceria EDP Continente e a *joint venture* SODESA. O Plano era um plano de troca de benefícios: acordo que previa encaminhamento dos clientes para contratualizar com a EDP e o desconto que tivessem aparecia no cartão continente para fazerem contas. Já SODESA resulta da vontade da ENDESA, grande produtor de energia estrangeiro, de entrar em Portugal para comercializar electricidade a empresas, credibilizando a sua marca – desconhecida no mercado português – com a referência à SONAE. Na destriça entre uma e outra que, espontânea e de forma isenta empreendeu em juízo, reconheceu que, no que ao Plano de Parceria diz respeito, a SONAE não recebia qualquer benefício, nem auferia qualquer comissão por parte da EDP Comercial, dado que os descontos eram todos para os clientes - outras das razões porque apontou a significativa destriça da SODESA com a Parceria EDP Continente.

Ainda sobre este tema e com pertinência para a sedimentação da convicção do Tribunal quanto a estes factos, procedeu-se à valoração crítica do depoimento de Miguel Gil Mata, CEO da SONAE CAPITAL desde Julho de 2018, sendo que entre 2010 e 2013, era o responsável do negócio de produção de energia na SONAE Capital, integrando a Comissão Executiva.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Confirmou que a SONAE CAPITAL tem o mesmo acionista de controlo (maior do que 50 por cento) que a sonae capital SGPS, a EFANOR. Explicitou que a SONAE CAPITAL actua na área industrial, na área da produção de energia e serviços energéticas (iniciada em 2009), na hotelaria, fitness e serviços conexos ao resort de Tróia (também com activos imobiliários). Neste conspecto, mencionou que, segundo a *prática de mercado*, os Administradores executivos tendem a não acumular essa posição, simultaneamente, nas várias empresas (especialmente se cotadas em bolsa), verificando-se o inverso relativamente aos administradores não executivos, designadamente, entre a SONAE Capital e outras empresas do Grupo.

Descreveu o grupo como abrangente em vários ramos de negócio e no que respeita às relações comerciais entre as empresas da Sonae SGPS e do Grupo SONAE capital confirmou que existe interrelacionamento, designadamente em matéria de aquisições, exemplificando que, em matéria de comunicações, recorreram à NOS, que integra o Grupo SONAE (SONAE COM SGPS). Neste *iter*, o depoente quis enfatizar que a matéria da integração concomitante de vários conselhos de administração ou as aquisições de serviços é perspectivada, a primeira, como *matéria sensível* que deve ser dada a conhecer ao mercado e, a segundo, percepcionada pela SONAE como acarretando um ónus de tratamento equidistante e neutral aquando dessas *relações comerciais*, decorrente, em parte, de estar cotada em bolsa. A SONAE capital dedica-se à hotelaria, sendo que admitiu que, frequentemente, os colaboradores da MCH podem utilizar as unidades hoteleiras que aquela disponibilizada pelo País, mas isso não sucede de forma *obrigatória* nem *exclusiva*.

A MCH decidiu rentabilizar as coberturas e lançou um concurso para produzir energia elétrica à conta de painéis fotovoltaicos. Uma empresa do Grupo SONAE Capital, uma sua participada, concorreu mas não foi selecionado.

Instado sobre os negócios da SONAE CAPITAL em matéria de energia referiu-se à Parceria com a TP (técnica portuguesa), explicitou que se dedicava a activos de produção de energia.

Sobre a co-geração (adquiridas à NL Green POver), a que se dedicam desde 2009, afirmou ter sido o responsável pela condução do negócio. Esclareceu que a génese do negócio é a técnica portuguesa, participada pela ENDESA e SONAE CAPITAL, em 50-50. A Endesa é adquirida por outra empresa (a ENEL), esta particularmente interessada nos activos da energia heólica



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

(parques de produção de energia eléctrica), fazendo cotar em bolsa a ENEL Green POWER, enquanto activo de mercado de energia eléctrica totalmente renovável. Por isso «sabiam», segundo afirmou, que os activos da Térmica portuguesa, assentes em combustíveis fósseis, não eram do «interesse» da ENEL. Nesta data, a própria SONAE Capital já tinha vendido os 50 por cento que chegou a deter na Térmica Portuguesa (TP) à ENDESA, detida pela ENEL. Ulteriormente, a ENEL Green Power estava «vendedora dos activos não renováveis» - «sem surpresa», de acordo com a testemunha - e a SONAE CAPITAL, em 2014, adquiriu e integrou no seu portefólio as centrais de co-geração (providas a gás natural).

Sobre a existência de um projecto de *expansão da área de energia* (ponto 305 da decisão da Adc), explicou que a SONAE CAPITAL foi até parte da SONAE SGPS, autonomizando-se em 2007. Em 2014, não integrava o grupo SONAE SGPS, mas integrava o grupo SONAE, na acepção em que são detidas maioritariamente pela EFANOR. Confirmou que a SONAE CAPITAL desenvolvia e aumentava o seu portefólio na área da energia, querendo, contudo, salientar que apenas conhecia a estratégia comercial desta sociedade, desconhecendo os objectivos da EFANOR a este respeito. Ainda assim, confirma que, para a SONAE CAPITAL, após a compra, em 2009, da Central energética, o capital empregue nesta área foi sucessivamente aumentando e, presentemente, representa uma fatia relevante do seu investimento: «é a área de negócio com maior representatividade ao nível do capital empregue», afirmou. Detém, na atualidade, mais de 10 centrais, sendo que apenas uma delas implicou um investimento de 50 milhões, tratando-se de uma central que opera a partir de biomassa florestal; pormenorizou que o negócio desenvolvido consiste na produção de electricidade e calor, que vendem a uma tarifa regulada e, no caso do calor - que «não viaja» - é fornecido aos parceiros industriais, numa lógica de bilateralidade. Para este efeito (produção de energia em co-geração) não compra energia eléctrica mas precisa de adquirir gás natural, o que afirmou fazer a todos os comercializadores do mercado, casuisticamente, nomeando a ENDESA, a gás natural, GALP, EDP, Douro Gás.

Perguntado, de forma espontânea e com uma postura de correcção, assumiu que, em 2012, «estava activo e em expansão» no sector de produção de energia eléctrica. Deu como exemplo de uma «parceria», o contrato de longo prazo que estabeleceu com uma empresa, a quem vende calor e simultaneamente detém participação na empresa que explora a central de co-geração. Mais explicou que a energia eléctrica resultante destes activos é vendida ao CUR, que por sua vez a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

coloca depois no mercado. Contudo, segundo disse, a pequena quantidade de energia elétrica que produz não é suficiente para, através da SONAE CAPITAL, proceder à comercialização da energia elétrica de forma competitiva, razão porque vaticinou *insucesso* comercial para uma tal estratégia. Contudo, de modo espontâneo, precisou que, num exercício de gestão assumidamente antecipatório, estão já a gizar uma estratégia para, no futuro, comercializar autonomamente a energia elétrica que produzem, dado que a possibilidade de venda ao CUR (beneficiando da tarifa regulada) extingue-se num horizonte temporal eminente a médio prazo. Mais explicou que, para esse efeito, no ano de 2019, a SONAE CAPITAL adquiriu uma empresa espanhola, detentora de *know-how* nessa área, dado que comercializa eletricidade em Espanha, processo iniciado em 2018. Segundo disse, este processo dura já há 2 anos e ainda assim não estão a comercializar em Portugal, não tendo, nas suas palavras, intenção de ser um «grande comercializador de electricidade», um «grande player», pretendendo escoar a electricidade que produz, para o que, já em 2020, foi concedida a essa empresa, denominada *FUTURA*, licença de comercialização em Portugal.

Para entrar no mercado de comercialização elétrica – teria que ser um caso típico de “entrada por aquisição”, explicando que, no mercado da comercialização, os *players* são financeiramente muito robustos. Dentro do grupo EFANOR, conhece a ELERGON que se dedica à comercialização de energia elétrica, dispondo da respectiva licença. Caracterizou a ELERGON como empresa que visa, no essencial, otimizar os consumos de energia e de eficiência energética da MCH, que são muito significativos e dispersos. Assumiu que a obtenção da licença comercialização é um procedimento *simples*. O *complicado*, na sua perspectiva, é «montar uma equipa capaz de desenvolver uma actividade de comercialização».

O seu discurso, relevante para o aglomerado factual descrito na decisão administrativa a respeito da *incursão* do Grupo Sonae no sector da energia relevou-se coerente, espontâneo e seguro, razão porque logrou merecer a credibilidade do Tribunal (salientando-se que esta factualidade encontra-se, também, vertida de forma documentada nos autos).

No seu discurso, revelou significativo conhecimento do negócio da energia, expondo conhecimentos não apenas sobre a fase de produção de electricidade mas também sobre a fase da distribuição e comercialização, o que se perspectiva como *natural*, dado que respeitam a fases do ciclo de comercialização da energia (objectivo último prosseguido).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

De igual sorte, sobre os projectos de co-geração e minigeração voltaica explicitados pelas testemunhas Sara Gouveia e Ana Pinheiro – nos moldes acima referidos – desenvolvidos pela Sonae capital e SONAE MC, valorou-se, ainda a documentação a este respeito junta aos autos, melhor identificada nas notas de rodapé das fls. 68 a 70 da decisão ora sob censura. Também Ângelo Paupério explicou a génese e objectivos da co-geração, corroborando a factualidade descrita na decisão recorrida e sem que se divisasse contradição com aqueles depoimentos.

Sobre a mini geração fotovoltaica: A mini geração fotovoltaica é uma forma de otimização dos telhados. As unidades comerciais são grandes consumidores de energia elétrica, devido à iluminação e rede de frio, assim o exigem. Consumos de uma loja são altíssimos, segundo factor de custo, razão porque para qualquer retalhista é preocupação fulcral minimizar a conta de electricidade. Os telhados expostos ao sol são aproveitados para produzir energia, essencialmente para auto-consumo e o que sobrar colocar na rede, especialmente nos locais de *maior dimensão* (rede elétrica nacional, se houver ponto de ligação). A que vendem é menos do que a que compram. São um consumidor líquido.

A conjugação destes documentos com a análise crítica da documentação vertida na decisão administrativa conduziu, de forma determinante, para a convicção do Tribunal quanto aos factos indicadores da experiência preterida da SONAE em matéria de comercialização de energia, de um lado e dinamismo do mercado, por outro lado, para acomodar um *novo player*, particularmente decorrente de uma parceria, como vinha sendo *tradição* do Grupo Sonae (assim, inclusive, percebida por terceiros). A este propósito salienta-se que os quadros vertidos na decisão administrativa sobre a evolução das quotas de mercado, no período de tempo relevante para estes autos, dá nota de que, entre 2012 e 2014, a Endesa aumentou a quota quer nos pequenos negócios, quer nos domésticos, quer nos grandes consumidores, sendo que, no mercado da *muito alta, alta e média tensão* é o segundo maior comercializador, com 20,8 por cento de quota de mercado face a 39,2 da EDP Comercial; e, no que respeita aos clientes industriais, quer a ENDESA quer a Iberdrola detinham, em dezembro de 2013, quota de mercado superior à da EDP Comercial. Ainda neste *iter*, os números ali vertidos expressam o dinamismo do mercado, no segmento em que traduzem que determinados operadores triplicaram a sua quota de mercado, em três anos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Também a Parceria VICE-Versa e Plano Energia ao Cubo celebrados entre a MODELO Continente e a GALP foi objecto de menção quer por parte dos Administradores e representantes legais da Visadas, inquiridos em juízo, quer por parte das testemunhas Sara Gouveia e Ana Pinheiro. Esta factualidade é *lateral* face ao âmago dos factos aqui em causa, tendo, contudo, a virtualidade de demonstrar, por um lado, a preocupação da MODELO Continente de não fazer perigar, por via da Parceria com a EDP Comercial, o acordo com a GALP; e, por outro lado, a destriça face à Parceria objecto dos autos, na medida em que no seu teor não foi aposta cláusula de teor semelhante à constante no ponto 12.1.a) e 12.a.2).

Finalmente, e no que *sobeja*, esclarece-se que se procedeu-se, ainda e designadamente, à análise crítica de toda a demais documentação referida na decisão administrativa. Tomou-se, ainda, conhecimento dos Pareceres juntos aos autos, pelas Recorrentes.

O acervo factual atinente às condições sócio-económicas das Recorrentes decorreu da documentação junta, em particular do cotejo dos Relatórios de Contas.

A matéria de facto não provada resultou de não ter sido a seu respeito produzida, em audiência, prova e/ou de se encontrar em contradição ou ter sido infirmada pela apreciação crítica da prova acima explanada.

B) De Direito

A) Da lei material e processual aplicável

Vem imputada às arguidas, aqui Recorrentes, a prática de uma contraordenação, prevista e punida pela conjugação do disposto na alínea c), do número 1, do artigo 9.º com a alínea a), do número 1, do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprovou o novo regime jurídico da concorrência (NRJC), revogando as Leis n.º 18/2003, de 11 de junho e n.º 39/2006, de 25 de agosto.

Dispõem, como seguem, os preceitos aqui em causa

São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.

Ensina a doutrina que contra-ordenação pode ser categorizada como *permanente ou duradoura*, por contraposição àquela de execução *instantânea*.

No caso dos autos está em casa uma infração jusconcorrencial que se iniciou em 5 de janeiro de 2012 e cessou no dia 31 de dezembro de 2013, isto é, o período de tempo durante o qual vigorou o segmento da cláusula 12.ª do acordo de Parceria, objeto de censura nos autos. Com efeito, durante todo este período de tempo, as partes atuaram com o propósito inicialmente formulado, que nunca abandonaram, assim mantendo em reiteração o *animus contraordenacional*¹¹⁹.

Donde, por força do disposto no artigo 5.º do RGCO, o dia 31 de Dezembro de 2013 é o – único – momento normativamente relevante para efeitos de determinação do momento da prática do facto¹²⁰, não se verificando, por isso, sequer os pressupostos respeitantes à sucessão de leis no tempo¹²¹ (e por conseguinte, soçobra a invocação dos corolários, jusfundamentais e legais, daí decorrentes, designadamente o número 1 do artigo 2.º do Código Penal e os números 1 e 3 do artigo 29.º da Constituição).

¹¹⁹ A propósito do crime permanente, consentido transposição, cfr. Cavaleiro Ferreira e Eduardo Correia que assinalam a estrutura bifásica do crime permanente: a primeira fase, encerra uma conduta activa ou omissiva, respeitante à realização do facto proibido; e uma segunda, de natureza omissiva, que integra a estrita continuidade própria da permanência, e que consiste na falta de remoção do estado ou situação ilícita, no incumprimento do dever de contra-agir, sendo precisamente este dever que caracteriza, sob o plano estrutural, o crime permanente, de modo a diferenciá-lo estruturalmente do crime instantâneo.

Também Jescheck - Tratado, II, 1999 – ensina que no crime permanente o agente cria um estado anti-jurídico, por si mantido, cuja permanência gera a realização ininterrupta do tipo.

Para este autor, nos delitos permanentes a manutenção de estado anti-jurídico criado pela acção punível, depende da vontade do autor, de modo que o facto se renova continuamente - op. cit., I, 357.

Nos crimes permanentes a consumação do tipo legal de crime estende-se durante um certo lapso de tempo, teoriza o Prof. Figueiredo Dias, in *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Ed. Aequitas, 707.

Neste sentido, a título meramente exemplificativo, o acórdão do STJ de 07/12/89, BMJ 400, 1990; do Tribunal da Relação do Porto, de 18/10/2000, C.J., Ano XXV, IV; 2000, 233 e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 10 de janeiro de 2017, no Proc. n.º N.º 102/15.9 YUSTR.LI (GPL c. AdC), pág. 115:

¹²⁰ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque in *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações à luz da CRP e da CEDH*, UCP Editora, págs. 43 e 44:

«No caso da contraordenação permanente os prazos contam-se desde o dia em que cessa a respectiva consumação, uma vez que o agente cria uma situação antijurídica cuja manutenção depende da sua vontade».

¹²¹ A este respeito, cfr. Taipa de Carvalho in *Sucessão de leis Penais*, Coimbra Ed. 2008. Também, com interesse, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.12.2013, proferido nos autos n.º 1074/12.7PEGDM.P1.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Por este motivo, o regime jurídico substantivo aplicável aos autos é aquele em vigor a 31 de Dezembro de 2013, isto é, o verídico no novo Regime Jurídico da concorrência, nos termos determinados pelo número 1 do artigo 3.º do RGCO.

De igual sorte, no que concerne à lei processual, vale o disposto na alínea a), do número 1, do artigo 100.º do *Novo Regime Jurídico da Concorrência*, que determina a sua aplicação aos processos de contraordenação *cujos inquéritos sejam abertos após a entrada em vigor da presente lei*, isto é, após 7 de julho de 2012¹²².

Ora, o inquérito - que redundou na condenação pela prática de uma contraordenação, aqui sob censura - foi aberto em 3 de dezembro de 2014, ou seja, já em plena vigência do referido Novo Regime Jurídico da concorrência, não se verificando, por isso e uma vez mais, qualquer situação de sucessão de leis no tempo, na medida em que o único acto, determinada pela Lei, como normativamente relevante para efeitos de aplicação da lei processual - a abertura de inquérito - ocorreu após a entrada em vigor do NRJC.

A este propósito, e aqui chegados, importa apreciar e decidir as questões suscitadas pelas Recorrentes, no segmento em que contestam a aplicação aos autos do teor da alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º da Lei n.º 19/2012, invocando, para o efeito, violação do princípio da confiança e omissão de ato devido (e consequente anulação da Decisão), erro na forma de processo (e consequente nulidade da Decisão), inconstitucionalidade da interpretação levada a cabo pela AdC do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, relativamente às Recorrentes MCH, Sonae MC e Sonae Investimentos.

¹²² Em matéria de aplicação da lei processual no tempo, vigora, no domínio contraordenacional, o disposto no artigo 5.º, número 1 do Código de Processo Penal, por remissão do artigo 41.º do RGCO.

Na verdade, a natureza pública e instrumental do processo justifica a aplicação imediata da lei nova, princípio expresso no brocardo *tempus regit actum*.

Com interesse para a questão, cfr. o acórdão uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2009, «em cada momento histórico, a experiência acumulada, o sucesso ou o insucesso de outras fórmulas, os condicionamentos históricos e culturais e as dimensões próprias das várias políticas poderão exigir ou aconselhar a invenção ou a reinvenção de modelos de concretização, segundo critérios que podem ser também, em boa medida, funcionais ou funcionalistas, desde que se respeite o ponto de partida, que serão os critérios de valor e os esquemas axiológicos das questões processuais que são afinal os critérios, modelos e os esquemas de validade do próprio direito».

Cotejando os subsídios decorrentes do referido acórdão uniformizador de jurisprudência, nele se divisa, com pertinência para estes autos que, com reporte ao direito ao recurso, a verificação da existência dos pressupostos dos quais, nos termos da lei, depende a recorribilidade (admissibilidade, instâncias e graus de recurso) só pode ocorrer quando seja proferida a decisão, pois será apenas o conteúdo da decisão (qualificações e âmbito das questões decididas; natureza dos crimes; penas aplicadas) que permite aferir, perante a natureza *desfavorável* da decisão, quais os termos e a amplitude da recorribilidade.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Desde já se adianta, não lhes assiste razão.

Em primeiro lugar, e desde logo, a verdade é que, a lei determina e obriga a Autoridade da Concorrência a abrir um inquérito perante a notícia de uma infração; contudo, para isso não estabelece qualquer prazo. Na verdade, assim sucede quer no artigo 17.º, número 1 da Lei n.º 19/2012, quer no artigo 24.º da pretérita Lei n.º 18/2003, pelo que, para além de se não verificar uma sucessão de leis no tempo, mesmo que assim se não entendesse, sempre em concreto, se imporá a conclusão de que o NRJC não acarretou um tratamento suscetível de ser reputado, pelas Recorrentes, como *mais desfavorável*.

Em segundo lugar, inexistindo qualquer comando temporal a observar pela Autoridade da Concorrência entre a notícia de eventual infração e a abertura de inquérito, não lhe pode ser assacada a inobservância de qualquer acto, dado que, repete-se, em observância do princípio da legalidade, o inquérito veio a ser, efectivamente, aberto em Dezembro de 2014, por razões, aliás, explicitadas, quer pelas testemunhas indicadas pela AdC, quer pela testemunha indicada pela Defesa, à data Presidente da Adc, relacionadas apenas e só com o *deficit* de meios humanos que a instituição então enfrentava, assim arredando a verificação de qualquer actuação eivada de má fé.

Finalmente, cumpre referir que a única consequência normativa que se divisa, da circunstância de entre a data da notícia da infração e data da abertura do inquérito mediar o decurso do tempo, é a mobilização das normas que regem os prazos prescricionais. Ora, neste *iter*, revertendo à situação concreta, verifica-se que, à data da abertura do inquérito não estava ainda integralmente decorrido qualquer prazo prescricional previsto no artigo 74.º da Lei da concorrência e a igual conclusão se chegaria se houvesse de convocar a pretérita Lei n.º 18/2003 (artigo 24.º, número 1). Soçobra, por isso, uma vez mais a invocação de qualquer *tratamento*, em concreto, mais desfavorável para as Recorrentes, o qual apenas se poderia tomar por verificado se se concluísse que à data da abertura do inquérito a infração estaria prescrita à luz da pretérita Lei, o que se não verifica.

Uma última nota para arredar o argumentário das Recorrentes quanto à necessidade de reconhecer a aplicação, a estes autos de recurso contraordenacional, das disposições da Lei n.º 18/2003, atinentes à *atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso*, à proibição legal de *reformatio in pejus* e à aplicação dos prazos de prescrição ali previstos, por alegadamente mais favoráveis.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Como se teve já ocasião de explicitar, inexistente qualquer fundamento – sequer perfunctório – para arrimar a aplicação a estes autos de outro regime que não o vigente à data da abertura do inquérito contraordenacional, a saber o NRJC. Com efeito, problematizar e discutir sobre a aplicação da *lei mais favorável* pressupõe a verificação de actos de inquérito praticados pela AdC sujeitos a distintos regimes processuais, o que não verifica, dado que, repete-se, o inquérito foi aberto na vigência do NRJC e toda a sua tramitação ocorreu sobre a sua égide. Sem prejuízo, mesmo que assim não se entendesse, sempre haveria, para aqueles efeitos invocados pelas Recorrentes, que cotejar os subsídios decorrentes do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 4/2009,

«em cada momento histórico, a experiência acumulada, o sucesso ou o insucesso de outras fórmulas, os condicionamentos históricos e culturais e as dimensões próprias das várias políticas poderão exigir ou aconselhar a invenção ou a reinvenção de modelos de concretização, segundo critérios que podem ser também, em boa medida, funcionais ou funcionalistas, desde que se respeite o ponto de partida, que serão os critérios de valor e os *esquemas axiológicos* das questões processuais que *são afinal os critérios, modelos e os esquemas de validade do próprio direito*».

E, segundo o douto aresto, enfatiza-se, com reporte ao *direito ao recurso* pode ler-se que «a verificação da existência dos pressupostos dos quais, *nos termos da lei*, depende a recorribilidade (admissibilidade, instâncias e graus de recurso) só pode ocorrer quando seja proferida a decisão, pois será apenas o conteúdo da decisão (qualificações e âmbito das questões decididas; natureza dos crimes; penas aplicadas) que permite aferir, perante a natureza *desfavorável* da decisão, quais os termos e a amplitude da recorribilidade».

Donde, os pressupostos atinentes ao efeito a atribuir ao recurso judicial de impugnação contraordenacional – entretanto aqui decidido por meio de douto acórdão prolatado pelo Plenário do Tribunal Constitucional¹²³ – e à proibição da *reformatio in legis* devem ser aferidos à data da prolação da decisão recorrida, isto é, na vigência do NRJC. Finalmente, não vá sem dizer-

¹²³ Cfr. Acórdão n.º 776/2019, constante de fls. 8870 e seguintes dos autos, 24.º volume:

Não julga inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito meramente devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição; revoga o Acórdão n.º 445/18



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

se que, em relação à prescrição, não vem alegada ou demonstrada que se nestes houvesse lugar à aplicação do regime prescricional previsto na Lei n.º 18/2003, teria ocorrido já a prescrição do procedimento contraordenacional, sendo a exigência de “tratamento mais favorável” uma mera alegação, teoria e abstracta, sem correspondência nos factos em juízo.

Não assiste, por isso, razão aos Recorrentes.

*

B) Da qualificação jurídica da cláusula 12.1.a) e 12.2.a) do Acordo de Parceria

Está em causa, nestes autos, a qualificação da cláusula acima melhor identificada, na parte que aqui releva, como um pacto restritivo da concorrência por objeto, nos termos constantes no artigo 9.º, número 1 e 68.º, número 1, alínea a), ambos do NRJC.

Nessa medida, atenta esta qualificação, a douda decisão recorrida considerou despidendo levar a cabo a tarefa de proceder a uma prévia definição do *mercado relevante*, para efeitos de apuramento da existência de uma prática restritiva da concorrência (cfr. pontos 476 a 481).

Não se divisando fundamento, normativo ou de facto, para censurar o processo hermenêutico empreendido pela decisão recorrida e atento o objecto do presente recurso – tal como delimitado pelas conclusões das alegações de recurso das Recorrentes – desde já se adianta que se seguirá de perto o argumentário a este respeito expendido na decisão administrativa.

E isto porque desde logo, aquela asserção mostra-se consentânea e concordante com o sentido decisório que, a este respeito, vem sendo acolhido na jurisprudência prolatada pelo Tribunal de Justiça, de cujos subsídios resulta que, a delimitação do mercado no caso concreto, não influenciaria a conclusão pela verificação de uma prática restritiva da concorrência, por objeto¹²⁴.

¹²⁴ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Geral de 28 de junho de 2016, proferido no caso *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia*, cujo objecto consiste na apreciação, pela Comissão Europeia, de uma cláusula de não-concorrência entre concorrentes potenciais:

“(No entanto), *embora, no âmbito da interpretação do contexto de um acordo, haja que tomar em consideração as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa, a Comissão não é sempre obrigada a proceder a uma definição precisa do mercado ou dos mercados em causa. Com efeito, a definição do mercado em causa não desempenha o mesmo papel consoante se trate de aplicar o artigo 101.º TFUE ou o artigo 102.º TFUE. No âmbito da aplicação do artigo 102.º TFUE, a definição adequada*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Ainda assim, e sem prejuízo do que antecede, esclareceu a decisão recorrida que o Pacto de não concorrência abrange o mercado da comercialização de energia eléctrica, comercialização de gás natural e o mercado de distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental. Neste conspecto, delimitou como relevantes: o mercado de comercialização de energia eléctrica, em Portugal continental, incluindo a comercialização no mercado regulado e no mercado liberalizado, subdividido em Muito Alta, Alta e Média Tensão e Baixa Tensão; o mercado de comercialização de gás natural, em Portugal continental, incluindo a comercialização no mercado regulado e no mercado liberalizado, segmentado em clientes com necessidades até 10.000 m³/ano e clientes com necessidades de consumo superiores a 10.000 m³/ano; e o mercado da venda a retalho de bens alimentares, incluindo vários tipos de formato de estabelecimentos, em Portugal continental.

Retomando o disposto no artigo 9.º, número 1, da Lei n.º 19/2012 (NRJC), do cotejo da literalidade normativa do preceito resulta que o preenchimento da norma incriminadora supõe a verificação, cumulativa, dos seguintes elementos: existência de um acordo de vontades, entre

do mercado em causa é uma condição necessária e prévia a qualquer julgamento sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial (acórdãos de 10 de março de 1992, SIV e o./Comissão, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colet., EU:T:1992:38, n.º159, e de 11 de dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão, T-61/99, Colet., EU:T:2003:335, n.º27), uma vez que, antes de declarar a existência de um abuso de posição dominante, é necessário estabelecer a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe que este mercado tenha sido previamente delimitado.

Em contrapartida, resulta de jurisprudência constante que, no quadro da aplicação do artigo 101.º, n.º1, TFUE, é para determinar se o acordo em causa é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros e tem por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno que é necessário definir o mercado em causa (acórdãos de 21 de fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão, T-29/92, Colet., EU:T:1995:34, n.º74, e Adriatica di Navigazione/Comissão, já referido, EU:T:2003:335, n.º27; v., também, acórdão de 12 de setembro de 2007, Prym e Prym Consumer/Comissão, T-30/05, EU:T:2007:267, n.º86 e jurisprudência aí referida).

Assim, no quadro do artigo 101.º, n.º1, TFUE, não é necessária uma definição prévia do mercado relevante sempre que o acordo controvertido, em si mesmo, tenha um objeto anticoncorrencial, ou seja, sempre que a Comissão tenha podido corretamente chegar à conclusão, sem uma delimitação prévia do mercado, que o acordo em causa falseava a concorrência e era suscetível de afetar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros. Trata-se, nomeadamente, do caso das restrições mais graves, explicitamente proibidas pelo artigo 101.º, n.º1, alíneas a) a e), TFUE (conclusões do advogado-geral Y. Bot nos processos apensos Erste Group Bank e o./Comissão, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet., EU:C:2009:192, nos 168 a 175). Se o próprio objeto de um acordo for restringir a concorrência através de uma «partilha de mercados», não será assim necessário definir com precisão os mercados geográficos em causa, pois a concorrência efetiva ou potencial foi necessariamente restringida (acórdão Mannesmannröhren-Werke/Comissão, n.º150, supra, EU:T:2004:218, n.º132)» – Acórdão do Tribunal Geral (segunda secção) Portugal Telecom SPGS S.A e Comissão Europeia T-208/13.

No mesmo sentido, os arestos: *Groupe Donone c. Comissão*, T- 38/02, Col. II-407 (2005) e *Brouwerij Haacht NV c. Comissão*, T- 48/02, Col. II – 5229 (2005).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

peçoas jurídicas que se qualifiquem como *empresa*, cujo objeto ou efeito consista em impedir falsear ou restringir a concorrência, forma sensível, no todo ou em parte do mercado nacional.

O sobredito preceito apresenta acentuada similitude com o disposto no número 1, do artigo 101 do TFUE, onde se pode ler:

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões das associações de empresas e todas as práticas concertadas que são suscetíveis de afetar o comércio entre os estados-membros e que têm por objetivo o efeito impedir restringir a falsear concorrência no mercado interno.

Donde, quer a norma constante do novo Regime Jurídico da Concorrência, quer a inscrita no TFUE caracterizam-se pelo recurso a conceitos indeterminados, sendo que, no caso desta última, o legislador contemplou uma lista exemplificativa – portanto, não taxativa – de situações suscetíveis de serem conduzidas a práticas proibidas.

No que concerne ao primeiro elemento – existência de acordo – retira-se do argumentário expendido no acórdão do Tribunal de Justiça *ANIC Partecipazioni SpA* que estão ali consignadas várias «formas de conluio que partilham a mesma natureza e que só se distinguem pela sua intensidade e pelas formas como se manifestam»¹²⁵. Neste enquadramento, a decisão administrativa invoca jurisprudência da EU para estabelecer que, pode concluir-se pela existência de um acordo, quando *os participantes atinjam um consenso que limite, ou seja suscetível de limitar, a sua liberdade na determinação das respetivas estratégias comerciais, implicando a definição de um “plano de ação” comum entre as diversas empresas participantes, de que decorra um feixe de obrigações, garantias e expectativas de comportamento futuro*^{126 127}. Ainda cotejando o trilho que vem sendo percorrido por aquela jurisprudência, realça-se que *a qualificação e a forma que as participantes atribuam ao acordo é irrelevante, incluindo os designados “acordos de cavalheiros” (gentlemen’s agreements), não sendo necessário um contrato*

¹²⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Anic Partecipazioni SpA*, proc. C-49/92 P, Coletânea I-04125.

¹²⁶ Nesse sentido, cfr. Decisão da Comissão Europeia 91/298/CEE (*Solvay*), de 19 de Dezembro de 1990. Cfr. ainda Acórdão do Tribunal Geral (5.ª Secção) de 26.10.2000, *Bayer AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, T-41/96, Coletânea de Jurisprudência 2000 II-03383 e Acórdão do Tribunal Geral (4.ª Secção) de 6 de julho de 2000, *Volkswagen AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-62/98, Coletânea de Jurisprudência 2000 II-02707.

¹²⁷ Cfr. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (2.º Juízo) de 2 de Maio de 2007, Proc. 965/06.7TYLSB.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja de facto assinado^{128 129 130 131}.

No caso dos autos, a constatação da verificação deste pressuposto não apresenta dificuldades: é pacífico entre os intervenientes processuais a existência de um Acordo de Parceria, formalizado e documentado, no qual fizeram inscrever para as partes contraentes – mas não só – um pacto de não concorrência, restringindo a concorrência no mercado da comercialização de energia eléctrica, gás e retalho alimentar. Para tanto, a EDP Comercial actuou sob a direcção, supervisão e determinação da EDP Energias S.A. e a MCH estendeu, por determinação e com conhecimento daquela (de quem é participada), a restrição de não concorrer no mercado de comercialização de electricidade e gás a todas as sociedades directa ou maioritariamente participadas pela SONAE Investimentos. Actuaram, por isso, as Visadas em comunhão de esforços e vontades, orientadas para um objectivo comum.

Vejamos, agora, o segundo elemento estabelecido na normatividade do número 1, do artigo 9.º do NRJS, no segmento em que demanda que os agentes assumam a qualidade de empresa.

A este respeito, o número 1 do artigo 3.º do NRJC encerra o conceito de empresa, enquanto “(...) qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”.

De igual sorte e com pertinência para estes autos, dispõe o número 2 daquele preceito que se considera uma única empresa “(...) o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência”. Acompanha-se, também aqui, o bem fundado da decisão administrativa, no segmento em que, com reporte a este preceito, assinala que o legislador «presume *ipso iure*, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, a existência de uma unidade económica quando determinadas pessoas jurídicas mantêm entre si laços de interdependência decorrentes: a) de uma participação maioritária no capital; b) da

¹²⁸ Cfr. Decisão da Comissão Europeia 79/934/CEE (BP Kemi - DDSF), de 5 de Setembro de 1979.

¹²⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa c. Comissão, Proc. n.º C-277/87, Col. 1990, pág. 1-45.

¹³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça Heintz van Landenryck SARL e Outros c. Comissão, Procs. Ap. 209-215 e 218/78, Col. 1980, pág. 3125; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1986, SC Belasco e Outros c. Comissão, Proc. n.º 246/86, Col. 1989, pág. 2117.

¹³¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral, Cimenteries CBR SA c. Comissão, Proc. n.º T-25/95, Col. 2000, pág. II-491.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

detenção de mais de metade dos votos atribuído pela detenção de participações sociais; c) da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) do poder de gerir os respetivos negócios¹³²».

Ora, no caso dos autos, não sofre controvérsia que cada uma das Visadas se dedica, directa ou indirectamente, a uma actividade económica, qualificando-se, por isso, como empresa nos termos e para os efeitos acima mencionados. Mais especificamente, cumpre notar que, conforme resulta do acervo probatório apurado (recorde-se, a própria documentação trocada entre as partes e os depoimentos produzidos em juízo, com a referência, espontânea e regular, ao grupo EDP e ao grupo SONAE), as Visadas EDP Energias e EDP Comercial, por um lado, e as Visadas Sonae Investimentos, Sonae MC e Modelo Continente, por outro lado, integram dois conglomerados societários portugueses, respetivamente, o Grupo EDP e o Grupo Sonae, constituindo cada um deles uma única empresa ou unidade económica distinta à luz do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, à luz do qual deve ser analisada a aplicação do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012. Sem prejuízo do que antecede, na situação *subjudice*, a cada uma das visadas é, por força da envolvimento na cláusula 12.1.a) e 12.2.a) do Plano de parceria, individualmente assacada responsabilidade contraordenacional, por preterição do artigo 9.º, número 1, do NRJC, por factos individualizados e autónomos, devidamente escalpelizados e fundados a propósito da *fundamentação da matéria de facto*.

Avançando para o elemento que interdita o estabelecimento de acordos cujo objecto redunde numa restrição sensível da concorrência, importa, desde logo, cotejar a jurisprudência do Tribunal de Justiça na destriça que preconiza relativamente à *restrição por objecto* e *restrição por efeito*. Na verdade, na esteira daquela jurisprudência, uma e outra *restrição* constituem-se como *alternativas*:

“[o] carácter alternativo desta condição, resultante do uso da conjunção «ou», leva, em primeiro lugar, à necessidade de considerar o próprio objetivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado”¹³³.

¹³² O legislador nacional acolhe, assim, a doutrina da *enterprise entity*, preconizada pelos Tribunais da União Europeia. Veja-se, entre outros, o Acórdão do Tribunal de Justiça 12 de julho de 1984, *Hydrotherm*, proc. 170/83, Coletânea p. 2999, parágrafos 11 e 12.

¹³³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

A relevância normativa desta destinação e a subsunção do caso concreto, a uma ou a outra daquelas categorias, assume importância decisiva, na medida em que, uma vez mais de acordo com o trilho de jurisprudência seguido pelo Tribunal de Justiça, quando o acordo consubstancia um *objecto anti concorrencial* é dispensável, para efeitos de concluir pela ilicitude do acordo, proceder ao apuramento dos seus efeitos na concorrência. Com efeito, a *restrição por objecto* consustitui, pela sua própria natureza e dispensando a verificação de efeitos anticoncorrenciais concretos, uma forma de conluio atentatória da teleologia da norma – a protecção da concorrência¹³⁴.

Neste sentido, a título meramente exemplificativo, a jurisprudência firmada nos acórdãos *GlaxoSmithKline Services e o. c. Comissão*, *T Mobile Netherlands, BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, *Football Association Premier League* e *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*¹³⁵

¹³⁶. A *restrição por objecto* consubstancia, pela sua aptidão e capacidade de intrusão na dinâmica do mercado, um grau de nocividade tal que acarreta, desde logo, uma violação da norma contraordenacional, razão porque dispensa a verificação, em concreto, do grau e intensidade das consequências resultantes do acordado¹³⁷.

Ainda a propósito dos subsídios decorrentes da prática decisão da União Europeia, importa convocar as Orientações da Comissão Europeia relativas à aplicação do n.º 3 do artigo

¹³⁴ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo C-209/07, parágrafo 17; e de 1 de fevereiro de 1978, *Miller e Comissão Europeia*, processo C-19/77, parágrafo 7.

¹³⁵ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2009, *GlaxoSmithKline Services e o. c. Comissão*, processos apensos C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P e C-519/06 P, Colet. P. I-9291, n.º 55; de 4 de junho de 2009, *T Mobile Netherlands, BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo C-8/08, Colet. p. I-4529, n.ºs 28 e 30; de 4 de outubro de 2011, *Football Association Premier League e o.*, processos apensos C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 135; e de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, processo C-439/09, Colet. p. I-9419, n.º 34.

¹³⁶ Também no mesmo sentido decisório, Cfr. Sentenças do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 9 de dezembro de 2005 (Ordem dos Médicos Dentistas), processo n.º 1307/05.6TYLSB, pp. 24 a 27; do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 18 de janeiro de 2007 (Ordem dos Médicos), processo n.º 851/06.2TYLSB, pág. 35; do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10 de agosto de 2007 (PT Multimédia – SIC), processo n.º 1050/06.9TYLSB, pp. 27 a 34. Cfr. ainda acórdãos da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de novembro de 2008 (PT Multimédia – SIC), processo n.º 1050/06.9TYLSB.L1, pp. 70 a 74; da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de dezembro de 2010 (Abbott, Menarini, e outras), processo n.º 350/08.8TYLSB.L1, pp. 161 a 167.

¹³⁷ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça L.T.M. e. M.B.U., e BIDS supracitados, e Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e outros contra Gazdasági VersenybivatalAllianz Hungária Biztosító e o.*, processo C-32/11, parágrafo 34, bem como a jurisprudência aí referida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

101.º do TFUE, denunciado as formas de coordenação entre empresas que, em si mesmas consideradas e pela sua própria natureza, consentem a qualificação como traduzindo *restrições por objecto*:

*"[A]s restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência"*¹³⁸,

*"[N]o caso dos acordos horizontais, as restrições da concorrência por objetivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes"*¹³⁹.

Como doutamente se assinala na decisão recorrida, as mais recentes Orientações que acompanham a Comunicação da Comissão Europeia dedicaram-se a delimitar os acordos de pequena importância, que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (Comunicação *de minimis*)¹⁴⁰:

"[T]he three classical "by object" restrictions in agreements between competitors are price fixing, output limitation and market sharing (sharing of geographical or product markets or customers)",

"[A]ny arrangement by which competitors allocate markets (geographic markets or product markets) or customers is considered a restriction by object if it takes place in the context of a pure market sharing agreement between competitors (that is to say, a cartel not linked to any wider cooperation between the parties)"^{141 142}.

¹³⁸ Cfr. Comunicação da Comissão "Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado", JOUE n.º C 101, 27 de Abril de 2004 ("Orientações Gerais"), parágrafo 21.

¹³⁹ Cfr. Orientações Gerais, parágrafo 23.

¹⁴⁰ Cfr. Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação *de minimis*), JOUE 2014/C 291/01, de 30.8.2014, parágrafos 2 e 13.

¹⁴¹ Cfr. "COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (SWD(2014) 198 final), Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice" ("documento Guidance by Object"), de 25 de junho de 2014, parágrafos 5, 6 e 7.

¹⁴² Tradução livre da Autoridade da Concorrência para a língua portuguesa: "As três restrições "por objeto" clássicas relativamente a acordos entre concorrentes são a fixação de preços, a limitação da produção e a repartição de mercados (repartição de mercados geográficos ou de produto ou de clientes)".

"Qualquer acordo através do qual concorrentes repartam mercados (mercados geográficos ou de produto) ou clientes, será considerado uma restrição por objeto, se vigorar no contexto de um acordo de pura repartição de mercados entre concorrentes (ou seja, um cartel sem ligação a nenhuma cooperação mais abrangente entre as partes)".



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Por conseguinte, os acordos que traduzem *repartição de mercados* ¹⁴³ consentem a asserção imediata de que constituem violação da norma do NRJC, razão porque na dogmática jurídica são reconduzidos ao conceito de *infração de perigo*, isto é, aquela cuja verificação se basta com a aptidão do comportamento para atingir um determinado resultado ¹⁴⁴.

Ora, no caso dos autos, a tarefa hermenêutica não apresenta dificuldades, dado que, a literalidade do segmento da cláusula objecto dos autos é clara e límpida: a Visada EDP Comercial compromete-se a não actuar no mercado retalhista de bens alimentares, obrigação contratual que assume por determinação e com o conhecimento da EDP Energias; e, por seu turno, a SONAE MC e directa ou indirectamente as participadas, de forma maioritariamente, pela SONAE Investimentos, obrigaram-se a não actuar no mercado de comercialização da energia eléctrica e de gás natural, em Portugal continental – sem distinção quanto ao segmento e quanto a clientes industriais ou residenciais.

Além do teor do clausulado firmado entre as partes, importa, na senda da jurisprudência da União Europeia, cotejar o objectivo prosseguido com o acordo firmado e o contexto económico e jurídico em que o mesmo ocorre ¹⁴⁵.

¹⁴³A respeito da *repartição de mercados*, a CE opera de acordo com o princípio geral de que estamos na presença de um acordo de restrição por objeto quando se verifica um contexto de pura repartição de mercados; contudo, assinala que deve cotejar-se a conduta das partes no contexto de uma cooperação mais ampla (dando como exemplo um acordo de distribuição entre concorrentes atuais ou potenciais) para daí inferir se o desiderato prosseguido era, ou não, era repartir o mercado. Por conseguinte, para a Comissão, se a repartição de mercados ocorrer num contexto de mais ampla cooperação entre as Partes, então constituirá uma restrição por objeto, se forem eliminados outros parâmetros de concorrência ou se a restrição não for necessária no âmbito da cooperação estabelecida entre as partes.

¹⁴⁴ Cfr. Sentenças do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 9 de dezembro de 2005, 2.º Juízo, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB, e de 12 de Janeiro de 2006, 3.º Juízo, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB.

¹⁴⁵ “A fim de apreciar se um acordo contém uma restrição da concorrência «em razão do seu objetivo», deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v. acórdãos, já referidos, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, n.º 58; *Football Association Premier League e o.*, n.º 136; e *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, n.º 35). No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa (v. acórdão *Expedia*, já referido, n.º 21 e jurisprudência referida).

Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo, nada impede que as autoridades da concorrência ou os órgãos jurisdicionais nacionais e da União a tenham em conta (v., neste sentido, acórdão *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, já referido, n.º 58 e jurisprudência referida)”.
Cfr. Acórdão *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e outras* supracitado, parágrafos 36 e 37 e jurisprudência aí referida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

A respeito do *objectivo prosseguido* cumpre salientar que, conforme já antes enfatizado, o segmento da cláusula 12, objecto de censura, apresentava um âmbito material, subjectivo e temporal que exorbitava os termos do Acordo de Parceria em que se inseria. Com efeito, o acordo de Parceria respeitava à comercialização de electricidade no mercado de baixa tensão e clientes residenciais, ao passo que aquele segmento da cláusula 12 não estabelece delimitação, por isso, abarcando os demais segmentos do mercado e os clientes industriais; o acordo de parceria não contempla qualquer referência ao gás, mas as partes inscreveram, na sobredita cláusula 12, uma restrição concorrencial neste mercado; a sobredita cláusula mantinha a sua vigência 1 ano depois da cessação da parceria; no que respeita à MCH, a cláusula vinculava outras entidades, maioritariamente participadas pela SONAE Investimentos.

A concatenação de todos estes elementos traduz, de forma eloquente, o desiderato prosseguido pelas Visadas com o comportamento concludente ali vertido: restringirem a concorrência nos mercados da comercialização de electricidade, gás e retalho alimentar, para o que firmaram uma cláusula anticoncorrência.

Esta asserção em nada surge *beliscada* ou mitigada pela circunstância de a cláusula, aqui objecto de censura, se encontrar inserida num Plano de Parceria que, concomitantemente, prossegue objectivos comerciais lícitos e *próprios* do *core business* de cada uma das subscritoras do mesmo, isto mesmo sendo sinalizado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça “[p]ode considerar-se que um acordo tem um objecto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objetivo restringir a concorrência, prossequindo igualmente outros objetivos legítimos”¹⁴⁶.

Prossequindo no trilho desenvolvido pela jurisprudência da União a respeito das práticas anticoncorrenciais, importa agora aludir ao contexto económico e jurídico em que a cláusula foi gizada e implementada. Este elemento releva, também, para aquilatar a intensidade e grau de nocividade para a concorrência resultante do acordo firmado. Com interesse, pode ler-se o segmento que, pela sua impressividade, se respinga:

¹⁴⁶ Cfr. acórdão *BIDS* supracitado, parágrafo 21 e jurisprudência aí referida; cfr. ainda acórdão *LAZ c. Comissão*, processos apensos C-96/82 a C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 e C-110/82, Colet. 2008 I-08637, p. 310, parágrafo 25, e Acórdão do Tribunal Geral *E.ON Ruhrgas AG e E.ON AG c. Comissão Europeia* supracitado, parágrafo 143 e jurisprudência aí referida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

“85. O exame das condições de concorrência assenta não só na concorrência atual das empresas já presentes no mercado em causa mas também na concorrência potencial, a fim de saber se, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico que rege o seu funcionamento, existem possibilidades reais e concretas de as empresas envolvidas competirem entre si, ou de um novo concorrente entrar no mercado em causa e competir com as empresas já estabelecidas (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colet., p. I-935, n.º 21; acórdãos do Tribunal Geral de 15 de setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Colet., p. II-3141, n.º 137, e de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão, T-461/07, Colet., p. II-1729, n.º 68).

86. Para averiguar se uma empresa constitui um concorrente potencial num mercado em causa, a Comissão deve demonstrar que, no caso de o acordo em causa não ser aplicado, existiriam possibilidades reais e concretas de aquela integrar o referido mercado e de competir com as empresas aí estabelecidas. Essa demonstração não deve repousar numa simples hipótese, antes devendo assentar em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado pertinente. Deste modo, uma empresa não pode ser qualificada de concorrente potencial se a sua entrada no mercado não corresponder a uma estratégia económica viável (v., neste sentido, acórdão Visa Europe e Visa International Service/Comissão, referido no n.º 85, supra, nos 166 e 167).

87. Dai decorre necessariamente que, embora a intenção de uma empresa de integrar um mercado seja eventualmente pertinente para averiguar se ela pode ser considerada um concorrente potencial no referido mercado, o elemento essencial no qual deve assentar essa qualificação é no entanto constituído pela sua capacidade para integrar o referido mercado (acórdão Visa Europe e Visa International Service/Comissão, referido no n.º 85, supra, n.º 168).¹⁴⁷

Sem prejuízo da aferição da *concorrência potencial* entre as Visadas – que a decisão recorrida não se eximiu de empreender – não vá sem dizer-se que a jurisprudência da União desenvolvendo subsídios para a compreensão deste conceito, em particular para o grau de densificação da estrutura dos mercados objecto de concorrência potencial, aceitando que uma análise pormenorizada é dispensável e pode ser dispensada «quando a própria redação, objetivos e âmbito de aplicação do acordo ou restrição em causa se revelam por si só um forte indício da existência de concorrência potencial, em particular quando a cláusula se insere num contexto económico liberalizado¹⁴⁸».

Ora, esse indicador encontra-se, precisamente, verificado no caso dos autos.

Com efeito, conforme resulta do cotejo do acervo probatório apurado – e foi objecto de intensa abordagem e explicitação por parte dos depoimentos prestados em juízo, com particular destaque para os Administradores das Visadas – a génese do acordo de Parceria reside, precisamente, no contexto de liberalização da comercialização do sector energético, alavancado

¹⁴⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas AG e E.ON AG c. Comissão Europeia, Proc. T-360/09, parágrafos 85, 86 e 87.

¹⁴⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia supracitado, parágrafos 162 a 188.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

pela intervenção da *troika*, que impôs a extinção das tarifas reguladas até ao final de 2012. Nesta conjuntura, cessavam as barreiras e era potenciada a mudança de operador a que os consumidores podiam recorrer, ao mesmo tempo que cessavam os entraves legais à entrada de novos *players* no mercado.

Por outro lado e desde logo, é deveras impressionante a argumentação de que, na verdade, as próprias Visadas se reconhecem, mútua e reciprocamente, como potenciais concorrentes, pois se assim não fosse não se divisa sentido útil ou racional no teor do segmento da cláusula 12 aqui em causa.

Este elemento concludente é, igualmente, reconhecido pela jurisprudência do Tribunal da União, que o mobiliza com o seguinte sentido e alcance:

"166. Em todo o caso, afigura-se que, à luz dos considerandos 265 a 278 da decisão impugnada, a Comissão explicou as razões pelas quais não considerou necessário proceder a uma análise pormenorizada da estrutura dos mercados afetados e respondeu aos argumentos formulados pelas partes nas suas respostas à comunicação de objeções [...]".

[...]

169. [...] importa, como resulta da decisão impugnada, salientar três elementos em que a Comissão se baseou para concluir que não era necessário proceder a uma análise pormenorizada do facto de as partes serem ou não concorrentes potenciais relativamente a cada mercado específico para analisar se o acordo devia ser considerado uma restrição da concorrência por objeto (considerando 278 da decisão impugnada).

170. Antes de mais, a Comissão salientou que a participação num acordo de não concorrência ou a previsão da necessidade de realização de uma autoavaliação da legalidade e do âmbito de um compromisso de não concorrência acessório, caso fosse aceite a interpretação das partes para a cláusula, constituía um reconhecimento, pelas partes, de que eram, pelo menos, concorrentes potenciais relativamente a alguns serviços. Com efeito, na ausência de uma concorrência potencial entre elas, não haveria qualquer razão para concluir um acordo de não concorrência ou para considerar a necessidade de autoavaliar um compromisso de não concorrência (considerando 271 da decisão impugnada).

171. Em seguida, a Comissão observou que a cláusula tinha um âmbito alargado, uma vez que se aplicava a todos os serviços de comunicações eletrónicas, bem como aos serviços de televisão (considerandos 141, 265 e 278 da decisão impugnada).

172. Por último, a Comissão afirmou que os referidos serviços estavam liberalizados em conformidade com o quadro regulamentar da União, que permitia e incentivava a concorrência entre os operadores (considerando 265 da decisão impugnada), e que esse contexto liberalizado, em que a concorrência era possível e incentivada, deveria constituir o ponto de partida para a apreciação da cláusula (considerando 267 da decisão impugnada)"¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia supracitado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

É o entendimento perfilhado pela Comissão a propósito da densificação do conceito de *concorrência potencial*, no mercado liberalizado e quando as partes firmam entre si uma cláusula anti concorrencial, veio a ser *legitimado* pelo Tribunal Geral, no aresto acima convocado:

“188. Resulta das considerações precedentes que não se pode afirmar que, apesar do facto de a própria existência da cláusula ser um forte indicio de uma concorrência potencial entre as partes, o seu objeto consistir num acordo de partilha de mercados, ter um âmbito de aplicação alargado e se inserir num contexto económico liberalizado, a Comissão deveria ter procedido a uma análise pormenorizada da estrutura dos mercados em causa e da concorrência potencial entre as partes nesses mercados, a fim de concluir que a cláusula constituía uma restrição da concorrência por objeto. Por conseguinte, a argumentação da recorrente relativa à violação do artigo 101.º TFUE em razão da falta de exame das condições de concorrência potencial deve ser rejeitada”¹⁵⁰.

178. Com efeito, as empresas que celebram um acordo que tem por objeto restringir a concorrência não podem, em princípio, eximir-se à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, alegando que o acordo não devia ter uma incidência considerável na concorrência (acórdão Mannesmannröhren-Werke/Comissão, n.º 150, supra, EU:T:2004:218, n.º 130). Uma vez que o acordo punido no caso em apreço consistia numa cláusula de não concorrência, definida pelas partes como aplicável a «qualquer projeto no setor das telecomunicações (incluindo serviços de comunicações fixas ou móveis, serviços de acesso à Internet e serviços de televisão, mas excluindo qualquer investimento e atividade detidos ou realizados à data do presente acordo) que possa ser considerado como estando em concorrência com a outra parte no mercado ibérico», a sua existência só tinha sentido se houvesse uma concorrência a restringir (acórdãos Mannesmannröhren-Werke/Comissão, n.º 150, supra, EU:T:2004:218, n.º 131, e de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão, T-519/09, EU:T:2014:263, n.º 231).

179. Por conseguinte, a argumentação da recorrente segundo a qual a existência de um pretenso acordo de não concorrência não pode constituir uma prova da existência de uma concorrência potencial entre as partes não é pertinente.

180. Com efeito, resulta da jurisprudência que a celebração de um acordo deste tipo constitui, pelo menos, um forte indicio da existência de uma relação de concorrência potencial (v., neste sentido, acórdão Toshiba/Comissão, n.º 178, supra, EU:T:2014:263, n.º 231). Como sublinha corretamente a Comissão no considerando 271 da decisão impugnada, o facto de se celebrar um acordo de não concorrência constitui um reconhecimento, pelas partes, de que eram pelo menos concorrentes potenciais relativamente a alguns

¹⁵⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia supracitado, parágrafo 188.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

serviços. Além disso, a existência do acordo de não concorrência constitui apenas um dos elementos em que a Comissão se baseou para concluir pela existência de uma concorrência potencial entre as partes (v. n.os 169 a 172, supra, e n.º 182, infra).

181. A este respeito, resulta, nomeadamente, da jurisprudência que, em presença de um mercado liberalizado como o que está em causa no caso em apreço, a Comissão não deve proceder a uma análise da estrutura do mercado em causa e da questão de saber se a entrada nesse mercado corresponde, para cada uma das partes, a uma estratégia económica viável (v., neste sentido, acórdão E.ON Rubrigas e E.ON/Comissão, n.º 99, supra, EU:T:2012:332, n.os 89 a 93), mas está obrigada a examinar se existem barreiras intransponíveis à entrada no mercado, que excluem qualquer concorrência potencial (v., neste sentido, acórdão Toshiba/Comissão, n.º 178, supra, EU:T:2014:263, n.º 230).

182. Ora, no caso em apreço, a Comissão não só declarou que o mercado dos serviços de telecomunicações e de televisão em Espanha e em Portugal estava totalmente liberalizado (v. n.º 172, supra) como também salientou que as partes, como elas próprias reconheceram, estavam presentes nos mercados dos serviços globais de telecomunicações e nos mercados dos serviços grossistas de transporte internacional, em todo o mercado ibérico (considerandos 173, 174 e 272 da decisão impugnada); que as partes não tinham demonstrado que a duração da cláusula se revelou insuficiente para adquirir um operador de telecomunicações existente, como forma de passar a deter certas redes sem necessidade de as implantar (considerando 273 da decisão impugnada); que as atuais condições dos mercados espanhol e português não podiam ser invocadas para excluir a possibilidade de investimento no setor, na medida em que, não obstante a crise, os investimentos nesses mercados tinham registado um crescimento ou, pelo menos, permanecido estáveis (considerando 274 da decisão impugnada); e, por último, que a própria Telefónica tinha admitido que o lançamento de uma oferta pública de aquisição sobre uma sociedade como a PT seria uma possibilidade durante as negociações da transação da Vivo, pelo que a aquisição de um concorrente da PT poderia também ser possível (considerandos 37 e 275 a 277 da decisão impugnada).

183. Na sua petição, a recorrente não apresenta nenhum elemento suscetível de indicar que, apesar destes elementos, seria necessária uma análise pormenorizada dos mercados em causa para determinar se a cláusula constituía uma restrição da concorrência por objeto ou para determinar que nenhuma barreira intransponível impedia as partes de entrarem nos seus mercados vizinhos respetivos”¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia supracitado, parágrafos 178 a 183.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Ainda sobre a definição de concorrente potencial, estabeleceu a Comissão Europeia, no §10 da Comunicação da Comissão Europeia – *Orientações sobre a aplicação do artigo 101. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal* que «considera-se que duas empresas são concorrentes efetivos se desenvolverem actividades no mesmo mercado relevante. Considera-se que uma empresa é um concorrente potencial de outra empresa quando, na ausência do acordo, a primeira empresa é susceptível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários, num período de tempo reduzido, por forma a entrar no mercado relevante em que a outra empresa desenvolve actividades, em resposta a um aumento pequeno mas permanente dos preços relativos. Esta apreciação deve basear-se numa abordagem realista, não sendo suficiente a possibilidade puramente teórica de uma entrada no mercado¹⁵².

Daqui resulta que, em situações como a dos autos, a verificação do conceito de concorrência potencial¹⁵³ demanda, no essencial, o apuramento da existência, ou não, de barreiras

¹⁵² Cf, §10 “Aquilo que constitui um «período de tempo reduzido» depende das circunstâncias do processo em análise, do seu contexto jurídico e económico e, em especial, do facto de a empresa em causa ser parte do acordo ou uma empresa terceira. No primeiro caso, isto é, quando analisa se uma parte num acordo deve ser considerada um concorrente potencial da outra parte, a Comissão consideraria normalmente como «período de tempo reduzido» um período mais longo do que no segundo caso, ou seja, quando analisa a capacidade de uma empresa terceira para exercer uma pressão concorrencial sobre as partes no acordo. Para que um terceiro seja considerado um concorrente potencial, seria necessário que a entrada no mercado ocorresse de forma suficientemente rápida para que a ameaça de entrada potencial constitua uma restrição concorrencial sobre o comportamento das partes e dos restantes participantes no mercado. Por estas razões, tanto o Regulamento de isenção por categoria no domínio da I&D como o Regulamento de isenção por categoria no domínio da especialização, consideram que um período não superior a três anos constitui um «período de tempo reduzido Comunicação da Comissão” — Orientações sobre a aplicação do artigo 101. °do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal Texto relevante para efeitos do EEE, (2011/C 11/01) OJ C 11, 14.1.2011, p. 1–72

¹⁵³ Sobre o conceito de *concorrência potencial*, a título meramente exemplificativo, uma sistematização da jurisprudência pertinente: Processo C-373/14 P, Toshiba Corporation contra Comissão Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 20 de janeiro de 2016; Processo T-208/13., Portugal Telecom SGPS, SA contra Comissão Europeia, Acórdão do Tribunal Geral (Segunda Secção) de 28 de junho de 2016; Processo T-360/09, E.ON Ruhrgas AG and E.ON AG contra Comissão Europeia, Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção), 29 de junho de 2012.; Processo T-461/07, Visa Europe Ltd and Visa International Service v European Commission. Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção) 14 de Abril de 2011; Processos apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anteriormente European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contra Comissão das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 15 de Setembro de 1998; Processo T-472/13, H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd contra



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

intransponíveis à entrada no mercado liberalizado, por sua vez inferidas de elementos como a presença das partes em mercados relacionados, a possibilidade de uma das partes adquirir um operador presente no mercado visado passando a deter as infraestruturas necessárias durante a vigência da cláusula de não-concorrência¹⁵⁴, a possibilidade de investimento no setor independentemente das condições de mercado e a referência pública de uma das partes à possibilidade de lançar uma oferta pública de aquisição sobre um operador presente no mercado visado.¹⁵⁵

Este trilha jurisprudencial acha-se, recentemente, sedimentado pela fundamentação e sentido decisório acolhido no acórdão *Lundbeck c. Comissão Europeia*.¹⁵⁶

"100. In order to determine whether an undertaking is a potential competitor in a market, the Commission is required to determine whether, if the agreement in question had not been concluded, there would have been real concrete possibilities for it to enter that market and to compete with established undertakings. Such a demonstration must not be based on a mere hypothesis, but must be supported by factual evidence or an analysis of the structures of the relevant market. Accordingly, an undertaking cannot be described as a potential competitor if its entry into a market is not an economically viable strategy (see judgment in E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, cited in paragraph 98 above, EU:T:2012:332, paragraph 86 and the case-law cited).

101. It necessarily follows that, while the intention of an undertaking to enter a market may be of relevance in order to determine whether it can be considered to be a potential competitor in that market, nonetheless the essential factor on which such a description must be based is whether it has the ability to enter that market (see judgment in E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, cited in paragraph 98 above, EU:T:2012:332, paragraph 87 and the case-law cited).

102. It should, in that regard, be recalled that whether potential competition — which may be no more than the existence of an undertaking outside that market — is restricted cannot depend on whether it can be demonstrated that that undertaking intends to enter that market in the near future. The mere fact of its existence may give rise to competitive pressure on the undertakings currently operating in that market, a pressure represented by the likelihood that a new competitor will enter the market if the market becomes

Comissão Europeia, Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção) de 8 de setembro de 2016; Processo C-307/18, Generics (UK) Ltd e o. contra Competition and Markets Authority, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 30 de janeiro de 2020.

¹⁵⁴ No caso *PT/Telefónica*, a cláusula de não-concorrência vigorou entre 27 de setembro de 2010 e 4 de fevereiro de 2011, tendo durado cerca de 4 meses (cfr. Acórdão do Tribunal Geral *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia* supracitado).

¹⁵⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia* supracitado, parágrafos 178 a 183 e 185 a 186.

¹⁵⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção) de 8 de setembro de 2016, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd contra Comissão Europeia*, T-472/13.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunaais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

more attractive (judgment in Visa Europe and Visa International Service v Commission, cited in paragraph 99 above, EU:T:2011:181, paragraph 169).

103. Moreover, it also follows from the case-law that the very fact that an undertaking already present on the market seeks to conclude agreements or to establish information exchange mechanisms with other undertakings which are not present on the market provides a strong indication that the market in question is not impenetrable (see, to that effect, judgments of 12 July 2011 in *Hitachi and Others v Commission*, T-112/07, ECR, EU:T:2011:342, paragraph 226, and 21 May 2014 in *Toshiba v Commission*, T-519/09, EU:T:2014:263, paragraph 231).

104. Although it follows from that case-law that the Commission may rely *inter alia* on the perception of the undertaking present on the market in order to assess whether other undertakings are potential competitors, nevertheless, the purely theoretical possibility of market entry is not sufficient to establish the existence of potential competition. The Commission must therefore demonstrate, by factual evidence or an analysis of the structures of the relevant market, that the market entry could have taken place sufficiently quickly for the threat of a potential entry to influence the conduct of the participants in the market, on the basis of costs which would have been economically viable (see, to that effect, judgment in *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, cited in paragraph 98 above, EU:T:2012:332, paragraphs 106 and 114).¹⁵⁷

¹⁵⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd contra Comissão Europeia* supracitado, parágrafos 100, 103 e 104. Tradução livre da Autoridade para o português: "100. Para averiguar se uma empresa constitui um concorrente potencial num mercado em causa, a Comissão deve demonstrar que, no caso de o acordo em causa não ser aplicado, existiriam possibilidades reais e concretas de aquela integrar o referido mercado e de competir com as empresas aí estabelecidas. Essa demonstração não deve repousar numa simples hipótese, antes devendo assentar em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado pertinente. Deste modo, uma empresa não pode ser qualificada de concorrente potencial se a sua entrada no mercado não corresponder a uma estratégia económica viável (v., neste sentido, acórdão *E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão*, referido no n.º 98 supra, EU:T:2012:332, n.os 86 e a jurisprudência aí citada). 101. Dai decorre necessariamente que, embora a intenção de uma empresa de integrar um mercado seja eventualmente pertinente para averiguar se ela pode ser considerada um concorrente potencial no referido mercado, o elemento essencial no qual deve assentar essa qualificação é no entanto constituído pela sua capacidade para integrar o referido mercado (v. acórdão *E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão*, referido no n.º 98 supra, EU:T:2012:332, n.º 87 e a jurisprudência citada). 102. Deve, a esse respeito, recordar-se que saber se a concorrência potencial — que poderá resultar da existência de uma única empresa fora do mercado — é restringida não pode depender da demonstração de que essa empresa tenciona entrar no mercado a curto prazo. O simples facto da sua existência pode gerar pressão competitiva sobre as empresas estabelecidas no mercado, uma pressão que decorre da probabilidade de um novo concorrente entrar no mercado se ele se tornar mais atrativo (v. acórdão *Visa Europe e Visa International Service/Comissão*, referido no n.º 99 supra, EU:T:2011:181, n.º 169). 103. Além disso, também decorre da jurisprudência que o simples facto de uma empresa estabelecida no mercado procurar celebrar contratos ou estabelecer mecanismos de troca de informação com outras empresas não estabelecidas no mercado constitui um forte indício de que o mercado em causa não é impenetrável (v., neste sentido, acórdãos de 12 de julho de 2011 *Hitachi e Outros/Comissão*, T-112/07, ECR, EU:T:2011:342, n.º 226, e de 21 de maio de 2014 *Toshiba/Comissão*, T-519/09, EU:T:2014:263, n.º 231). 104. Apesar de resultar da jurisprudência que a Comissão pode basear-se *inter alia* na percepção de uma empresa estabelecida no mercado para averiguar se outras empresas constituem concorrentes potenciais, não obstante, a simples hipótese de entrada no mercado não será suficiente para estabelecer a existência de concorrência potencial. A Comissão deve demonstrar, com base em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado pertinente, que a entrada potencial podia ter ocorrido com rapidez suficiente para que a ameaça de uma entrada potencial possa influenciar a conduta dos participantes no mercado, na base de custos que teriam sido economicamente viáveis (v., neste sentido, acórdão *E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão*, citado no n.º 98 acima, EU:T:2012:332, n.ºs 106 e 114)".



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Neste conspecto, retira-se, com reporte à noção de *estratégia económica viável*, que o requisito se basta com a constatação de *possibilidades reais e concretas* de entrada no mercado, dispensando a demonstração da concretização dessa incursão no mercado, de forma bem sucedida, não fora o acordo anti concorrencial celebrado.^{158 159 160}

Retomando o circunstancialismo apurado no caso concreto e o *iter decisório* prosseguido pela decisão recorrida não se divisam fundamentos para a sua inversão, a qual, para efeitos de densificação do *contexto económico e jurídico* em que foi forjada a cláusula a) 12.1 e 12.1 do Acordo de Parceria, assentou na apreciação crítica dos seguintes elementos:

- i) O estabelecimento de uma cláusula de não concorrência consubstancia em si mesma uma manifestação do reconhecimento, pelas partes intervenientes, da existência de concorrência potencial;
- ii) O processo de liberalização do setor energético nacional vivenciado mitiga o esforço de escalpelização que a Autoridade deve desenvolver a respeito da estrutura e funcionamento dos mercados visados, transferindo o ónus para o apuramento da existência, ou não, de barreiras intransponíveis à entrada na comercialização de eletricidade, em Portugal continental;

¹⁵⁸ Cfr. Decisão da Comissão Europeia de 19 de junho de 2013 no caso AT39226 – *Lundbeck*, nota de rodapé 1096. Tradução livre da Autoridade para o português: “[o] Tribunal Geral determinou com efeito na citação a que esta nota de rodapé respeita que a entrada potencial tem que corresponder a uma “estratégia económica viável”. A palavra “estratégia” significa que a Comissão não tem que demonstrar que uma empresa teria efetivamente entrado no mercado na ausência do acordo, nem que se tivesse entrado, essa entrada teria necessariamente sido um sucesso comercial. Em segundo lugar, a expressão “deste modo” significa que se a Comissão demonstrar, com base em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado pertinente, que na ausência do acordo “existiriam possibilidades reais e concretas de [a empresa] integrar o referido mercado e de competir com as empresas aí estabelecidas”, a entrada no mercado corresponde efetivamente a uma estratégia economicamente viável para a empresa em causa”.

¹⁵⁹ Cfr. Decisão da Comissão Europeia de 19 de junho de 2013 no caso AT39226 – *Lundbeck*, parágrafo 612. Tradução livre da Autoridade para o português: “612. No que respeita ao prazo dentro do qual a entrada potencial deve ocorrer, o Tribunal de Justiça determinou no Visa: “...o factor essencial é a necessidade de que a entrada potencial se possa fazer com rapidez suficiente para pressionar os participantes no mercado, sendo o prazo de um ano apresentado a título meramente indicativo...” [Caso T-461/07, Visa Europe Ltd e Visa International Service c. Comissão Europeia, acórdão de 14 de abril de 2011, parágrafo 189]. O Tribunal de Justiça determinou, a este respeito, que o período de um ano referido nas Orientações da Comissão sobre acordos de cooperação horizontal era meramente ilustrativo”.

¹⁶⁰ Cfr. Decisão da Comissão Europeia de 19 de junho de 2013 no caso AT39226 – *Lundbeck*, nota de rodapé 1098. Tradução livre da Autoridade para o português: “As Orientações da Comissão sobre acordos de transferência de tecnologia referem: “Normalmente, afigura-se apropriado um período de um ou dois anos. Contudo, em casos específicos, podem ser tomados em consideração prazos mais longos”. Este caso também é ilustrativo. Ver Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação do artigo [101] do TFEU a acordos de transferência de tecnologia, ponto [34]”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

- iii) Neste *iter*, a entrada potencial é susceptível de ocorrer quer por via de uma aquisição, quer por via da constituição de uma parceria com um operador estabelecido no mercado visado;
- iv) O prazo da entrada potencial deve ser suficiente para exercer pressão concorrencial sobre os operadores estabelecidos no mercado, podendo ser superior a um ou dois anos;
- v) A intenção subjetiva de integrar um mercado pode ser considerada, mas não é determinante.

Também a propósito da ponderação da *capacidade real e efectiva* das Visadas, se acompanha o argumentário, explanado na decisão recorrida, no segmento em que procede a uma destrição entre a «avaliação jusconcorrencial da restrição em apreço, por um lado, e a imputação de responsabilidade às entidades jurídicas que integram as empresas infratoras, por outro lado». Com efeito, assiste razão à Recorrida quando assinala que «a noção de *empresa* relevante para efeitos da aplicação do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 é a constante do artigo 3.º da mesma Lei, considerando-se como uma única empresa o conjunto de entidades jurídicas que, embora distintas, constituem uma unidade económica em virtude dos laços de interdependência que mantêm entre si»¹⁶¹. Por conseguinte, a aferição jusconcorrencial da actuação das Visadas, à luz do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, não pode quedar-se pela literalidade daquelas, que isolada e formalmente, subscreveram o Acordo de Parceria, antes havendo, para este efeito, que convocar o conceito de empresa normativamente relevante para efeitos da Lei da concorrência. Onde, a asserção da verificação de relação das Visadas como concorrentes – actuais ou potenciais – demanda, necessariamente, o cotejo dos grupos económicos em que se inserem, isto é, deve efectuar-se por reporte às empresas ligadas por laços de interdependência às entidades jurídicas diretamente envolvidas no Acordo de Parceria.

Ora, a este propósito impõe-se recordar que, a partir de 31 de Maio de 2011 e nas actas subsequentes, a EDP Energias destaca, antecipa e posiciona-se para a efeméride, impulsionada pela TROIKA, de *forçar* a liberalização do mercado da comercialização da energia eléctrica e de

¹⁶¹ Cfr., no mesmo sentido, n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º n.º 3 do TFEU a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.04.2010.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

gás, acelerando a extinção das tarifas reguladas. É neste *confessado* contexto que, após recurso a uma consultora, emerge a ideia de firmar parceria com o Grupo Sonae, que, prossegue, de forma clara, dois desideratos distintamente vertidos na cláusula 12: a regulação dos contornos em que poderiam ser firmadas parceria de natureza similar (alínea *b*) da Cláusula 12.1 e 12.2 analisada) de um lado; e, de outro, a restrição da concorrência entre si nos respetivos mercados (alínea *a*) da Cláusula 12.1 e 12.2 analisada).

Esta *regulamentação*, anti concorrencial que as visadas estabeleceram entre si, deve ser ponderada e valorada na dinâmica que caracterizava o mercado, de que se realçam os seguintes aspectos: a partir da transição do mercado regulado para o livre, aos consumidores era vedado o retorno ao mercado regulado; no mercado liberalizado, as escolhas dos consumidores eram essencialmente ditadas pela competitividade da oferta, sem que se verificassem encargos ou constrangimentos regulamentares relativamente à opção pelo fornecedor de energia eléctrica; como se assinala na decisão recorrida «por referência às condições gerais dos contratos de fornecimento de energia, a ERSE concluiu, nos relatórios anuais publicados em 2013 e 2014, que a prática de fidelização é genericamente pouco utilizada pelos comercializadores em regime de mercado»; o processo de liberalização eliminou as barreiras à entrada de outros *players*, tendo surgido no mercado da comercialização de energia eléctrica operadores como a Endesa, a Iberdrola, a Galp, a Goldenergy, a Fortia e a Gas Natural Fenosa¹⁶², os quais, lograram aceder ao mercado e, de forma efectiva, nele disputar e conquistar quota de mercado.

Assim, além de um quadro genérico, legal e comercial, globalmente favorável à entrada no mercado por parte de novos concorrentes face à inexistência de entraves intransponíveis, também a circunstância de a MCH ter estendido o clausulado da alínea 12.1.a) a sociedades maioritariamente participadas pela SONAE INVETIMENTOS SPGS SA denuncia que as partes se perspectivavam, efectivamente, como concorrentes potenciais, cuja atividade concorrencial procuraram interditar.

Neste conspecto, como bem assinala a decisão recorrida, há que atender ao *histórico* de conhecimento e actuação adquiridos pelo Grupo SONAE, designadamente o *know-how* resultante da parceria com a *endesa*, entre 2002 e 2008, celebrada pela SONAE SGPS S.A. (cfr. fls. 8974 a 8976

¹⁶² Cfr. nos factos apurados as tabelas da ERSE atinentes ao fornecimento de eletricidade, tabela 1, tabela 2 e tabela 3.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Dº Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

dos autos). De igual, também contribui para a verificação do conceito de *concorrência potencial*, os seguintes aspectos referidos na decisão recorrida: as sociedades do Grupo Sonae vinculadas pela Cláusula 12.ª.1.a) do Acordo de Parceria beneficiavam da presença e do compromisso de expansão do Grupo, através das suas participadas Sonae Capital, Sonae Indústria, Sonae Sierra e algumas sociedades participadas pela Sonae Investimentos, no mercado a montante da produção de eletricidade¹⁶³; as sociedades do Grupo Sonae vinculadas pela Cláusula 12.ª do Acordo de Parceria beneficiavam da existência de uma parceria comercial com a Galp, operadora estabelecida no mercado nacional de comercialização de eletricidade¹⁶⁴.

Finalmente, no que respeita ao prazo de duração da cláusula de não-concorrência e a aferição da sua aptidão para criar uma pressão concorrencial sobre os operadores estabelecidos no mercado de comercialização da electricidade, constata-se que o Pacto de não-concorrência foi estabelecido pelo período de dois anos, vigorando durante a vigência do próprio Acordo de Parceria e pelo prazo de um ano após o seu termo, coincidindo com uma fase crucial do referido processo de liberalização do setor energético, sobretudo do ponto de vista das Visadas, por estar em curso a extinção das tarifas reguladas para a Baixa Tensão Normal até ao fim do ano de 2012.

Em síntese, na senda da jurisprudência acima convocada, é a *capacidade* e não a *intenção*¹⁶⁵ o elemento relevante para o preenchimento do conceito de concorrência potencial, reiterando-se, sem prejuízo da valoração normativa que, as Visadas expressaram a sua perceção relativamente a essa capacidade recíproca e potencial de entrar no mercado, por via da cláusula em que firmaram um pacto de não concorrência.

Sem colocar em crise o que acima se afirmou, assinala-se que, no caso *subjudice*, o elemento atinente à *intenção* resulta, como já se disse, do teor literal da cláusula de não-concorrência firmada entre as visadas, desiderato que representaram e prosseguiram. Neste segmento, não colhe o argumentário contraposto pelas Visadas de que a cláusula se destinava a proteger *informação de negócio* e investimentos decorrentes da Parceria pois, como se assinalou a propósito da apreciação

¹⁶³ Cfr. capítulos 0 e **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** da Decisão recorrida.

¹⁶⁴ Cfr. capítulos **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** e **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** da Decisão recorrida.

¹⁶⁵ Cfr. Acórdão *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e outros* supracitado, parágrafos 36 e 37 e jurisprudência aí referida: "a existência de provas da intenção subjetiva das partes de restringir a concorrência constitui um fator relevante, mas não uma condição indispensável".

¹⁶⁶ Cfr. Orientações Gerais, parágrafo 22.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

crítica da matéria de facto, os fluxos de informação partilhados eram apenas os previstos na cláusula quinta, as partes inscreveram outras cláusulas para protecção de dados pessoais (cláusula 9.ª) e de propriedade intelectual (cláusula 11ª) e, como decorreu dos testemunhos inquiridos em juízo, a MCH, por seu turno, não cedeu, por força da parceria, qualquer informação ou elemento do negócio retalhista alimentar à EDP Comercial. Por conseguinte, neste particular enquadramento, se a cláusula de não-concorrência se destinasse a proteger a troca de segredos de negócio não teria objecto, dado que tais *segredos* não foram *trocados*.

Isto não significa que se não reconheça que o estabelecimento da Parceria entre as Visadas não prosseguisse, também, objetivos respeitantes ao incremento das respetivas vendas e angariação de clientela, procurando-se, por isso, salvaguardar os investimentos empreendidos por força da aproximação de duas realidades empresariais distintas e cuja interpenetração era facilitada e potenciada por via da Parceria; contudo, esse corolário representa o *risco* comercial decorrente da Parceria que as Visadas, livre e conscientemente, resolveram estabelecer entre si e tal *risco* não pode, porque a Lei não consente, ser acautelado por via da inscrição de uma cláusula de não-concorrência que, como vimos já, excede em aspectos vários o âmbito da Parceria firmada.

Resultam, assim, verificados os subsídios decorrentes da jurisprudência da União, relativamente à densificação e preenchimento do artigo 9.º, número 1 do NRJC, havendo que concluir que a cláusula censurada encerra um pacto de não concorrência, traduzindo uma *restrição por objecto* – que, repete-se, prescinde, pelas razões acima explanadas, da demonstração de concorrência potencial nos demais mercados visados pela cláusula^{167 168}.

Não obstante, e porque esse argumentário é aduzido pela Visadas, cumpre, na senda da pronúncia da ERSE, salientar que do acordo de não-concorrência e o do estabelecimento de acordos de exclusividade para a exploração cruzada de redes comerciais, não consente a exclusão de que o Pacto de não-concorrência tenha constituído um incumprimento da Lei n.º 19/2012, na medida em que o Plano EDP Continente pode, efetivamente, ter impedido a entrada de um

¹⁶⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia* supracitado, parágrafos 169 a 188.

¹⁶⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral *Volkswagen AG contra Comissão das Comunidades Europeias* supracitado, parágrafo 178 e Acórdão do Tribunal de Justiça *SC Belasco e Outros c. Comissão* supracitado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

potencial concorrente na comercialização de energia, uma vez que o Grupo Sonae já esteve, no início do processo de liberalização, presente neste setor através de uma parceria com a Endesa.

Impõe-se, por isso, a conclusão de que o pacto de não-concorrência pretendeu criar um entrave à *concorrência facilitada*, beneficiando da vantagem de *first mover*, condicionando o livre funcionamento desse mercado, pondo em crise os objectivos prosseguidos com a liberalização do mercado, destinados a potenciar e concorrência, incrementar a qualidade dos serviços e a oferta disponibilizada aos consumidores e aumentar a competitividade da economia nacional. A idoneidade e aptidão da cláusula firmada para entorpecer, de modo relevante, o processo de liberalização em curso não pode deixar de ter presente que as Visadas EDP Energias e EDP Comercial integram o grupo económico que constitui o operador histórico no setor energético nacional, que actuou de modo monopolista no mercado regulado, constituindo o líder no mercado liberalizado da comercialização de eletricidade.

A verificação da norma incriminadora demanda, ainda, que o acordo celebrado entre empresas restrinja *de forma sensível* a concorrência.

Ora, conforme reiteradamente preconizado pela Jurisprudência da União, os acordos cujo objecto é intrinsecamente anti-concorrencial encerram sempre, pela sua própria natureza e independentemente de qualquer efeito concreto, uma *restrição sensível à concorrência*¹⁶⁹. Por esta razão e consequentemente, desde logo se interditam os acordos entre empresas que visam a repartição de mercados, pois que, necessariamente, comportam restrições sensíveis e não negligenciáveis da concorrência¹⁷⁰. Com reporte, à situação factual concreta destes autos, e à efectiva capacidade de a cláusula restringir, de modo sensível a concorrência, importa ter presente a muito significativa dimensão das empresas Visadas, a sua inserção em Grupos económicos, preponderantes na economia nacional, multifacetados, com implementação em todo o território nacional, há mais de duas décadas. Mais concretamente, o Grupo EDP detinha, em 2014, uma quota global de 88,4% no mercado nacional da comercialização de eletricidade (clientes domésticos), mercado fulcral para a competitividade da economia nacional e modernização do

¹⁶⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e o.*, Proc. C-226/11. Cfr. também parágrafos 2 e 13 da Comunicação *de minimis* e páginas 5, 6 e 7 do documento Guidance by Object.

¹⁷⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Anic Participazioni SpA* supracitado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

País; e a Modelo Continente representava, no mesmo ano, 10 a 20% do mercado nacional da distribuição retalhista de bens alimentares.

Finalmente, de acordo com o teor literal da cláusula de não concorrência aqui em causa, a restrição ali inscrita pelas partes respeitava a «Portugal continental», dando-se, assim, por verificada a exigência normativa do artigo 9.º, número 1 do NRJC, no sentido de que a restrição sensível da concorrência ocorra *no todo ou em parte do mercado nacional*.

Destarte, conclui-se, assim, pela verificação de todos os elementos normativo exigidos pela norma incriminadora constante no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, razão porque se qualifica o teor da alínea a) da cláusula 12.1 e 12.2 como um pacto de não concorrência, na vertente de *restrição por objecto*.

A fundamentação que agora se finaliza de explanar arreda, em larga medida, o argumentário aduzido pelas Recorrentes para fundar a censura que dirigem à decisão recorrida; no entanto, porque despontuaram, de modo reiterado, durante o julgamento, cumpre tecer breves considerações sobre a alegada qualificação do acordo de parceria como um *contrato de agência*, a classificação do pacto de não concorrência como *restrição acessória* e sobre o número 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003.

Vejamos, pois.

Segundo a prática decisória da Comissão Europeia – sufragada pela Jurisprudência do Tribunal Geral - as restrições individuais da concorrência incluídas num acordo são susceptíveis, em determinadas circunstâncias, de merecer a qualificação de meramente *acessórias* de uma operação principal não restritiva, circunstância em que se considera conformes com os ditames nacionais e europeus da concorrência.

Neste âmbito, tal conceito legitima as restrição da concorrência *diretamente relacionadas, necessárias e proporcionais* à realização de uma operação principal não restritiva¹⁷¹. Donde, a aferição da conformidade jusconcorrencial de tais cláusulas demanda a reunião daqueles características¹⁷²,

¹⁷¹ Cfr. parágrafo 29 das Orientações Gerais.

¹⁷² Cfr. Acórdão do Tribunal Geral *E.ON Ruhrgas AG e E.ON AG c. Comissão Europeia* supracitado, parágrafos 67 e 68 e parágrafo 29 das Orientações Gerais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

cujo cotejo deve ser empreendido de modo objectivo, relegando para segundo plano a intenção prosseguida pelas partes:

"[Esta] exclusão do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo [101.º] só pode ser efetuada com base em fatores objetivos externos às próprias partes e não com base nas suas opiniões subjetivas e características. Não se trata de saber se as partes, na sua situação específica, teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas se, dada a natureza do acordo e as características do mercado, teria sido concluído um acordo menos restritivo por empresas na mesma posição".¹⁷³

"[Se], com base em fatores objetivos, se puder concluir que, sem a restrição, a operação principal não restritiva seria difícil ou impossível de realizar, a restrição pode ser considerada objetivamente necessária e proporcional à operação".^{174 175}

Ora, no caso concreto dos autos, teve já ocasião de se enfatizar a significativa discrepância material entre o Acordo de Parceria e a alínea a), da cláusula 12.1 e 12.2. Com efeito, o objecto e âmbito do acordo – tal como expressamente documentado pelas Partes na cláusula segunda, terceira e quarta – circunscreve-se a potenciar o «desenvolvimento da actividades de comercialização de energia elétrica em baixa tensão, para potências contratadas entre 3,45Kva e 20,7KvA» e de «distribuição retalhista alimentar e não alimentar»; porém, o pacto de não concorrência vertido na sobredita cláusula 12, não só não procedeu a qualquer delimitação em função da tarifa (assim abrangendo média e alta tensão e também clientes industriais) como se estende ao mercado do gás natural, embora a Parceria não tenha com este qualquer *ponto de contacto*. Mais, a cláusula de não concorrência excede, em um ano, a duração de vigência do Acordo de Parceria.

Ex abundanti: como se teve também ocasião supra de enfatizar, os fluxos de informações trocadas entre as visadas eram apenas os previstos na cláusula 5 e a dinâmica da Parceria não implicou, para a MCH ou para as demais visadas da SONAE, a partilha de qualquer dado ou *know how* relacionado com o mercado retalhista de bens alimentares e não alimentares. Se não

¹⁷³ Cfr. parágrafo 18.2 das Orientações Gerais.

¹⁷⁴ Cfr. parágrafo 31 das Orientações Gerais.

¹⁷⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Seção), de 18 de setembro de 2001, Proc. T-112/99, Métropole Television (M6) e Outros, Coletânea 2001, p. II-2459, parágrafo 109. Cfr., no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Geral E.ON Ruhrgas AG e E.ON AG c. Comissão Europeia supracitado:

Trata-se não de analisar se, face à situação concorrencial no mercado em causa, a restrição é indispensável para o sucesso comercial da operação principal, mas sim de determinar se, no âmbito particular da operação principal, a restrição é necessária à realização dessa operação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

houve partilha soçobra, evidentemente, a alegação de que a cláusula se destinava e era *necessária* para proteger essa (alegada) troca de informação. Pelo contrário, a cláusula era, no contexto da Parceria em que se inseria, desnecessária e desproporcionada no que concerne à restrição à concorrência que impunha, não se tendo demonstrado – mesmo que isso fosse normativamente relevante – que constituía uma prática reiterada negocial de qualquer uma das Visadas ou que fora, nestes mesmos moldes, inserida noutra Parceria. Recorda-se, ainda, que quanto aos dados efectivamente emergentes da dinâmica da Parceria, as Partes consignaram no acordo uma cláusula de *proteção de dados pessoais*, uma cláusula de *proteção de propriedade intelectual* e uma cláusula de *proteção da confidencialidade* por um período de três anos sobre a data da assinatura do Acordo (cfr. cláusula 16.2). Reforça-se, assim, a sedimentação da convicção do Tribunal quanto à desnecessidade e desproporcionalidade da cláusula anti concorrencial inscrita no acordo.

Na verdade, tudo criticamente ponderado, estes elementos antes inculcam a convicção de que a cláusula restritiva da concorrência era o objectivo fulcral prosseguido pelas partes e o acordo de parceria o mero veículo de formalização da mesma.

Prosseguindo, cumpre aquilatar: estão reunidos os requisitos para reconduzir o Acordo de Parceria celebrado entre as partes a um contrato de agência?

Dispõe o artigo 1.º do D.L. n.º 178/86, de 3 de Julho (com redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril, doravante, “Regime do Contrato de Agência”) que *agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.*

Constituem, por isso, elementos do contrato de agência, os seguintes: (a) a obrigação de promover a celebração de contratos, (b) por conta da outra parte, (c) com autonomia, e (d) estabilidade, (e) mediante retribuição.

Segundo a doutrina, a obrigação caracterizadora do contrato de agência, de promover a celebração de contratos, envolve necessariamente um conjunto complexo de atos materiais, desde



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

a prospeção de mercado e angariação de clientes, à difusão dos produtos ou serviços, culminado na negociação que antecede e prepara a conclusão de contratos¹⁷⁶.

Neste enquadramento, a atividade do agente não se limita portanto à mera publicidade de contratos, envolvendo necessariamente todas as atividades destinadas ao incentivo à negociação e a própria negociação que antecede a celebração de contratos¹⁷⁷. Por outro lado, o facto de o agente desenvolver atividade por conta do principal, significa que os efeitos dos actos que pratica se destinam e se repercutem na esfera jurídica do outro e não na sua; a agência é, por definição, um contrato de gestão de interesses alheios e não de interesses próprios¹⁷⁸.

Ainda decorrente do contributo da doutrina, dado que tal elemento não tem arrimo legal, o agente está tipicamente impedido de exercer atividades concorrentes, por conta própria ou de outrem, por ser esta a forma que melhor se adequa ao princípio geral de boa-fé e à obrigação de zelar pelos interesses do principal a que está adstrito. O principal beneficia assim de um direito de exclusivo sobre o agente sem necessidade de qualquer acordo escrito entre ambos¹⁷⁹. Sem prejuízo, o agente é independente do principal e atua com autonomia; ainda que desenvolva a sua atividade de acordo com orientações relativas à política económica do principal ou se comprometa a prestar contas da sua atividade ao principal, quaisquer obrigações a que esteja sujeito não podem prejudicar a sua autonomia¹⁸⁰, "*sob pena da descaracterização da própria relação contratual*"¹⁸¹.

No mais, o contrato de agência é tipicamente um contrato oneroso; o agente recebe uma retribuição, sob a forma de comissão ou percentagem do valor dos negócios obtidos, podendo cumular-se com qualquer importância fixa acordada entre as partes¹⁸².

¹⁷⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Contrato de Agência (Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho), Coimbra, Almedina, 7.ª ed., p. 50. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, Direito dos Contratos Comerciais, Coimbra, Almedina, 2009, p. 441.

¹⁷⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 54-55. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 442.

¹⁷⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 55-56.

¹⁸¹ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 442.

¹⁸² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 58-59 e 98. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 443. Cfr. ainda alínea e) do artigo 13.º e artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Retomando o caso *subjudice*, é manifesto que tais requisitos se não verificam, pelas seguintes razões: i) o acordo de parceria celebrado entre as Partes visava a promoção dos respetivos negócios, aproveitando as sinergias dos dois grupos económicos em torno de uma base de clientela comum, beneficiando da complementaridade das respetivas redes retalhistas¹⁸³; ii) o acordo traduziu-se na atribuição de descontos, sobre a eletricidade comercializada pela EDP Comercial, aos titulares do Cartão Continente, que celebrassem um contrato de fornecimento de energia elétrica, no mercado liberalizado, com a EDP Comercial, estando a subscrição do Plano EDP Continente disponível nos espaços Modelo Continente, nas lojas e agentes EDP e nos *sites de internet* de ambas as partes¹⁸⁴, cumprindo à EDP Comercial celebrar os respetivos contratos com os consumidores, uma vez recebidos os formulários de adesão; iv) para operacionalização da Parceria, as partes estabeleceram um esquema de fluxo de informação relativa aos dados pessoais dos clientes, necessários para emitir os vales de desconto, comprometendo-se a EDP Comercial a envidar os seus melhores esforços para emitir e enviar os vales aos clientes, sem prejuízo de, numa fase inicial, ser a Modelo Continente a enviar os vales, com base na informação que lhe era transmitida pela EDP Comercial¹⁸⁵; v) A Modelo Continente limitou-se a pôr à disposição da EDP Comercial a sua rede de distribuição retalhista, onde estiveram disponíveis os formulários de adesão ao Plano EDP Continente, e a EDP Comercial limitou-se a conceder descontos a consumidores que já eram clientes da Modelo Continente, o que não consubstancia uma atividade de prospeção de mercado ou angariação de clientela; vi) a EDP Comercial e a Modelo Continente atuaram na prossecução dos seus respetivos interesses próprios e não prossequindo interesses alheios; vii) as partes não actuavam com autonomia, dado que o acordo – que denominaram de Parceria e não de agência - regulava todas as condições em que deviam ser criados e implementados os instrumentos a desenvolver por ambas as partes e todos os termos em que a alocação de tarefas entre elas se processaria, comprometendo-se as partes a analisar e implementar, de forma coordenada, as iniciativas de publicidade, *marketing* e comunicação necessárias¹⁸⁶; viii) as iniciativas de publicidade, *marketing* e comunicação que dissessem respeito à parceria careciam do acordo de ambas as partes, mesmo que essas iniciativas contemplassem a

¹⁸³ Cfr. Considerandos E) e F) do Acordo de Parceria.

¹⁸⁴ Cfr. Cláusulas 2.2 e 4.6 do Acordo de Parceria.

¹⁸⁵ Cfr. Cláusulas 5 e 6.3 do Acordo de Parceria.

¹⁸⁶ Cfr. Considerando G) e Cláusula 2.4 do Acordo de Parceria.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

utilização de espaços, marcas ou insígnias que respeitassem a apenas uma das partes¹⁸⁷; ix) as partes comprometiam-se a desenvolver e implementar, de comum acordo, um mecanismo de monitorização e controlo de informação suscetível de assegurar uma supervisão efetiva sobre o processo de cálculo, concessão, ativação e repartição de descontos e custos entre as partes¹⁸⁸; x) a verificação do elemento típico do contrato de agência de estabilidade é controversa, uma vez que o período de adesão dos consumidores ao Plano EDP Continente decorreu entre os dias 9 de janeiro e 4 de março de 2012, ou seja, durante apenas dois meses; xi) o Acordo de Parceria não previa o pagamento de qualquer retribuição pela EDP Comercial à Modelo Continente e/ou vice-versa; xii) do ponto de vista financeiro, as partes repartiram entre si os custos com a parceria; xiii) os incorridos com publicidade, *marketing*, comunicação e defesa em processos sancionatórios relacionados com as iniciativas da parceria, foram suportados em partes iguais; os incorridos com o processamento do formulário de adesão e dos contratos de fornecimento de energia e os relativos à relação da EDP Comercial com os seus clientes, foram suportados pela EDP Comercial; ivx) os incorridos com a formação dos trabalhadores e com o desenvolvimento dos sistemas informáticos, foram suportados pela Modelo Continente; os restantes custos foram suportados pela parte que neles incorreu ou a quem a respetiva contrapartida aproveitou¹⁸⁹.

Da concatenação crítica destes elementos, concretamente vertidos no acordo firmado entre as partes, resulta que as Visadas, Modelo Continente e EDP Comercial, celebraram um acordo de promoção conjunta dos respetivos negócios, não tendo nenhuma delas actuado como agente. A Modelo Continente limitou-se a pôr à disposição da EDP Comercial a sua rede de distribuição retalhista, onde estiveram disponíveis os formulários de adesão ao Plano EDP Continente, e a EDP Comercial limitou-se a conceder descontos a consumidores que já eram clientes da Modelo Continente, o que não consubstancia uma atividade de prospeção de mercado ou angariação de clientela¹⁹⁰.

Neste específico enquadramento – e não teórico ou abstracto que, porventura, confere arrimo perfunctório aos Pareceres junto aos autos – carece de respaldo a aventada qualificação do

¹⁸⁷ Cfr. Cláusula 7.1 do Acordo de Parceria.

¹⁸⁸ Cfr. Cláusula 10.1 do Acordo de Parceria.

¹⁸⁹ Cfr. Cláusula 8.4, 8.5, 8.6, 8.7 e 8.8 do Acordo de Parceria.

¹⁹⁰ Neste sentido, a título meramente exemplificativo, o acórdão do STJ de 14 de Fevereiro de 2012, proferido nos autos de processo n.º 18899/03.7TBVFR.P1.S1.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

acordo como *agência cruzada*, pois resulta inequívoco, dos termos do contrato e foi corroborado pela prova pessoal prestada em juízo, que nunca as partes pretenderam celebrar entre si um contrato de agência, antes procurando potenciar e incrementar os respectivos negócios, razão porque não contemplaram qualquer *remuneração* devida entre ambas.

De igual sorte, repete-se, no caso dos autos, não existe correspondência entre o âmbito clientelar do Acordo de Parceria e a cláusula de não concorrência, nem tão pouco entre os *clientes* abrangidos pela Parceria (electricidade de baixa tensão) e os mercados interditados pela cláusula 12.º.1.a) e 12.2.a), abrangendo clientes industriais e até o mercado de gás natural; e, uma vez mais, o acordo de parceria cessava em 31 de Dezembro de 2012 (cláusula 18.1) e a cláusula de não concorrência mantinha-se em vigor por mais um ano.

Arredada esta qualificação, pergunta-se: o acordo de parceria consente, em contraponto, a qualificação como contrato de agência do ponto de vista jusconcorrencial?

Também aqui a resposta é negativa. Senão vejamos, adiantando-se desde já que, por que bem fundada, seguir-se-á de perto a douta decisão recorrida.

Segundo as orientações da Comissão Europeia, o critério decisivo a mobilizar, para a qualificação de um acordo como se tratando de um contrato de agência, respeita ao risco suportado pelo “agente” no âmbito da relação de “agência”; isto é, se o “agente” incorrer num ou mais riscos financeiros ou comerciais, o acordo não é um contrato de agência para efeitos da aplicação das regras de concorrência¹⁹¹.

Para este efeito, valoram-se e ponderam-se três tipos de risco, (i) o risco associado a cada contrato celebrado ou negociado por conta do principal, (ii) o risco associado aos investimentos exigidos pela atividade para a qual o “agente” foi nomeado pelo principal, e (iii) o risco associado a atividades secundárias desenvolvidas pelo “agente” a título pessoal, mas a pedido do principal.

Sucede que, no caso dos autos, ambas as partes correram riscos financeiros e comerciais relevantes para estes efeitos, na medida em que repartiram entre si todos os custos com a parceria em matéria de publicidade, *marketing*, comunicação e defesa em processos sancionatórios, o mesmo sucedendo com os custos atinentes ao processamento do formulário de adesão, dos

¹⁹¹ Cfr. Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais (JO C 130, de 19.05.2010, p. 1) (“Orientações Verticais”), parágrafos 12 a 17.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YJSTR

contratos de fornecimento de energia, com a formação dos trabalhadores e o desenvolvimento dos sistemas informáticos necessários à parceria, bem como o valor dos descontos propriamente ditos.

Donde, perpassando por todo o clausulado do contrato firmado, a repartição conjunta, entre a EDP Comercial e a Modelo Continente, dos riscos financeiros e comerciais associados à implementação do Plano EDP Continente, não há lugar à qualificação do Acordo de Parceria como contrato de agência, para efeitos jusconcorrenciais.

De igual sorte, também não procede a invocação da qualificação do acordo de Parceria como um acordo vertical, para efeitos de aplicação da isenção prevista no Regulamento n.º 330/2010 da Comissão Europeia¹⁹².

Na verdade, para tanto, é imperativo que se esteja na presença de *um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços*¹⁹³.

Isto é, um *acordo vertical*, idóneo a merecer a isenção acima prevista, deve reunir, cumulativamente, os seguintes elementos: (i) um acordo, (ii) entre duas ou mais empresas que, (iii) para efeitos do referido acordo, operassem a níveis diferentes da mesma cadeia de produção ou distribuição, (iv) e regulasse as condições em que as partes no acordo pudessem adquirir, vender ou revender os bens ou serviços em causa¹⁹⁴.

Sucede que, se é pacífico que estão verificados os dois primeiros elementos, o mais se não verifica. Na verdade, a EDP Comercial e a Modelo Continente não operam em níveis diferentes da mesma cadeia de produção ou distribuição para os efeitos do Acordo de Parceria e este Acordo não regula as condições em que a EDP Comercial e a Modelo Continente podem adquirir, vender ou revender bens ou serviços. Efectivamente, o que decorre é que, no âmbito do Acordo de Parceria, as Recorrentes EDP Comercial e Modelo Continente promoveram, conjunta

¹⁹² Cfr. Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º n.º 3 do TFEU a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.04.2010 (“Regulamento de Isenção”).

¹⁹³ Cfr. Alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento de Isenção.

¹⁹⁴ Cfr. parágrafos 24 a 26 das Orientações Verticais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

e simultaneamente, as respetivas áreas de negócio de comercialização de eletricidade e distribuição retalhista de bens alimentares e não alimentares, desde logo, disponibilizando ambas o formulário de adesão ao Plano EDP Continente nos respetivos espaços comerciais, para além de partilharem todas as tarefas inerentes à parceria. A Modelo Continente não se dedicou à produção ou revenda de eletricidade distribuída ou produzida pela EDP Comercial e a EDP Comercial não se dedicou à produção e ou revenda de bens alimentares e não alimentares distribuídos pela Modelo Continente.

Improcede, igualmente e por isso mesmo, a alegada premissa da não-reciprocidade estabelecida no n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção, uma vez que, pelas razões *supra* aduzidas, as Visadas EDP Comercial e Modelo Continente não operam em níveis diferentes da mesma cadeia de produção ou distribuição¹⁹⁵.

Sem prejuízo, sempre convém recordar que, mesmo que verificada a *verticalidade* do acordo – o que não sucede – ainda assim as Visadas não beneficiariam do regulamento de isenção dado que entre as partes existe uma relação de concorrência potencial, acima esgrimida e afirmada (cfr. n.º 4 do seu artigo 2.º do Regulamento).

Finalmente, salienta-se, na senda da decisão recorrida, que as orientações da Comissão Europeia em matéria de cooperação horizontal contemplam, como ali expressamente se consignou, um quadro valorativo de referência aplicável aos tipos de cooperação horizontal mais correntes¹⁹⁶.

Isto mesmo se pode ler nas sobreditas Orientações Horizontais¹⁹⁷,

“[D]ado o número potencialmente elevado de diferentes tipos de cooperação horizontal e das suas combinações, bem como as diferentes circunstâncias prevalecentes no mercado em que ocorrem, é impossível fornecer respostas adaptadas especificamente a cada cenário potencial. As presentes orientações ajudarão todavia as empresas a avaliarem a compatibilidade de um acordo de cooperação específico com o artigo 101.º. No entanto, estes critérios não constituem uma «lista de controlo» que possa ser aplicada de forma mecânica. Cada caso deve ser apreciado de acordo com os factos que lhe são inerentes, o que poderá exigir uma certa flexibilidade na aplicação das presentes orientações”^{198 199}.

¹⁹⁵ Cfr. parágrafos 27 e 28 das Orientações Verticais.

¹⁹⁶ Cfr. Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do TFEU aos acordos de cooperação horizontal (JO C 11, de 14.01.2011, p. 1) (doravante, “Orientações Horizontais”), parágrafo 5.

¹⁹⁷ Cfr. Orientações Gerais, parágrafo 23.

¹⁹⁸ Cfr. Orientações Horizontais, parágrafo 7.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Finalmente, importa arredar a censura das Recorrentes no segmento em que argumentam que a decisão recorrida pretere o número 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, invocando que, na sua leitura daquele preceito, se *um acordo entre empresas que não é proibido à luz do artigo 101.º TFUE, então, não pode ser proibido pela legislação nacional de concorrência dos Estados-Membros*¹⁹⁹.

Em primeiro lugar, importa reter o teor do sobredito normativo:

"A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo [101.º] do Tratado, ou que reúnam as condições do n.º 3 do artigo [101.º] do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo [101.º] do Tratado. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba actos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses actos".

Assim, o que a norma interdita é que legislações nacionais em matéria de concorrência conduzam à proibição de acordos, decisões de associação e/ou práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU que estejam excluídos ou isentos da proibição aí imposta ao abrigo do n.º 3 do referido artigo.

Sucedê, que manifestamente, isso não se verifica, no caso *subjudice*, pois que o acordo de parceria não é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros na aceção do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU; e o mesmo acordo não está, como se viu supra, excluído ou isento de proibição nos termos do n.º 3 do artigo 101.º do TFEU.

Inexiste, por isso, fundamento para arredar a conclusão, perfilhada supra, de que a cláusula anti concorrencial estabelecida entre as Visadas consente, plena e integral, subsunção ao disposto na alínea c), do número 1, do artigo 9.º do NJRC.

A actuação das Visadas inobservou a teleologia da norma incriminadora, na vertente em que, interditando pactos de concorrência, prossegue desideratos de proteção do bem-estar dos

¹⁹⁹ Cfr. Documento Guidance by Object, pág. 5. Tradução livre da Autoridade para o português: "este documento elenca as restrições da concorrência descritas como restrições "por objeto" ou "hardcore" nos vários regulamentos, orientações e comunicações da Comissão [...]. Este documento não prejudica quaisquer desenvolvimentos na jurisprudência e na prática desistria da Comissão. Não impede a Comissão de identificar restrições da concorrência por objeto que não estejam identificadas abaixo. A Direção-Geral da Concorrência pretende atualizar os exemplos identificadas abaixo com regularidade à luz dos referidos desenvolvimentos que possam expandir ou limitar a lista de restrições "por objeto".

²⁰⁰ Cfr. parágrafo 712 da pronúncia das Visadas EDP.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

consumidores, proteção do processo competitivo (leia-se da autonomia dos agentes económicos) e protecção da estrutura e do funcionamento de mercado no sentido de assegurar iguais condições de rivalidade entre os agentes económicos²⁰¹.

Uma nota final para reforçar – embora se nos afigure que decorre da fundamentação expandida – que não há, nesta sede, lugar ao acionamento do mecanismo de *reenvio prejudicial*, porquanto, no caso concreto, não se suscitaram dúvidas quanto à interpretação de normas de direito comunitário, dado que a jurisprudência prolatada a este respeito fornece já consistentes subsídios para a resolução do caso em concreto²⁰².

²⁰¹ Cf. §125 “De qualquer forma, o artigo 81.º CE visa, à semelhança de outras normas de concorrência constantes do Tratado, proteger não só os interesses diretos dos concorrentes ou dos consumidores mas também a estrutura do mercado e, desse modo, a concorrência enquanto tal. Assim, a verificação da existência do objetivo anticoncorrencial de uma prática concertada não pode estar sujeita à da sua ligação direta com os preços no consumo” no âmbito do processo C-286/13 P - Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 19 de março de 2015.

Ver ainda Cf. §174 “Com efeito, como precisou a jurisprudência, o artigo 101.º TFUE, à semelhança das outras regras da concorrência enunciadas no Tratado, não se destina a proteger unicamente os interesses diretos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal. A conclusão de que uma prática concertada entre empresas tem um objetivo anticoncorrencial não pode, por isso, depender do facto de esta estar diretamente ligada aos preços finais de venda ao consumidor” Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, apresentadas em 22 de janeiro de 2020, Processo C-307/18, Generics (UK) Ltd e o. Contra Competition and Markets Authority.

Ver ainda “To the extent that EU competition law has been vulnerable to criticism, merited or otherwise, that it places undue emphasis on protection of competitors at the expense of broader considerations of consumer welfare, adding additional obligations towards possible prospective future rivals might be seen to add greater fuel to this fire. In what follows, we consider how the notion of potential competition aligns with and may be influenced by the general conceptual framework governing the EU antitrust rules, including questions regarding the nature of legitimate competition, the inherent uncertainty of the competition process, and the contemporary focus on efficiency-enhancing behaviour.(...) A lessening of potential competition is thus a concern for competition policy where it stems from artificial interference with the otherwise organic competition process: most obviously, where potential competitors are bullied or bribed by current market participants to refrain from entry”, Cf. Marco Colino, Sandra, Dunne, Niamh, Fournier, Knut. Pais Sofia Oliveira and Ritzmann, Derek, *The Lundbeck Case and the Concept of Potential Competition*, Research Paper No. 2017-05, disponível em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=13107412108408607309109900009511109310902303001408409101402700212603106610808500809003505609701301109711506907502402109302211202702001100506108309808511610600807000304102200707210508203112114018031127100123002004083019091069110084081031020088095083&EXT=pdf>

²⁰² João de Mota Campos in “Direito Comunitário”, II volume, p. 414, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa: “ (...) de nesses casos não existir qualquer questão – ou porque não haja lugar à aplicação do direito comunitário ou porque o TCE se pronunciou já sobre a questão eliminando, pois, qualquer dúvida a tal respeito.”

Em igual sentido, cfr. o acórdão CILFIT (Acórdão 06.10.1982), respeitante à Teoria do Acto Claro, sufragada, de forma inédita, pelo TJUE:

“(…) O artigo 177.º, 3.º parágrafo (actual 267.º TFUE) do Tratado deve ser interpretado no sentido de que uma jurisdição cujas decisões não são susceptíveis de recurso judicial de direito interno é obrigada, sempre que uma questão de direito comunitário lhe é posta, a observar a sua obrigação de reenvio, a menos que tenha concluído que a aplicação correcta do direito comunitário se impõe com tal evidência que não deixe lugar a qualquer dúvida razoável.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pt.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Vejamos, agora, o elemento subjectivo, exigido pela norma incriminadora, conjugada com o disposto no número 1, do artigo 8.º do RGCO, aplicável por remissão do artigo 13.º, número 1 do NRJC.

Preliminarmente, importa ter presente que, de acordo com o disposto no artigo 3.º do NRJC, considera-se *empresa*, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Segundo o número 2, considera-se *uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente, de uma participação maioritária no capital; da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; do poder de gerir os respetivos negócios.*

Preconiza Moura e Silva que a teleologia da norma, erigida sobre um conceito que denomina de *funcional* da empresa, «justifica-se porque, enquanto unidade económica, os atos de parte da empresa repercutem-se sobre a mesma como um todo: economicamente, porque existe um centro único de controlo e de imputação da definição da conduta concorrencial, sendo indiferente a forma de organização: com mera sucursais ou através de subsidiárias: juridicamente, porque as necessidades de prevenção especial se fazem sentir relativamente ao ente empresa e não apenas quanto à unidade que tem participação no ilícito contraordenacional»²⁰³.

Neste conspecto, afigura-se pertinente cotejar os subsídios decorrentes da jurisprudência da União a propósito da densificação das situações suscetíveis de reproduzir nas *sociedades-mães* a responsabilidade contraordenacional. A título meramente exemplificativo, vejam-se os arestos Akzno Nobel c. Comissão, AEG c. Comissão²⁰⁴, Aquitaine c. Comissão²⁰⁵, Viho Europe BV c.

“A existência de tal eventualidade deve ser avaliada em função das características próprias do direito comunitário, das dificuldades particulares que a sua interpretação apresenta e do risco de divergência de jurisprudência no interior da Comunidade”.

²⁰³ Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, AAFDI, 2018, p. 261. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide pp. 261 da mesma fonte.

²⁰⁴ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61982CJ0107>.

²⁰⁵ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-421/11&language=PT>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

*Comissão*²⁰⁶ e, especificamente a propósito da imputabilidade a sociedades gestoras de participações, *Comissão c. Stichting Administratiekantoor Portielje*²⁰⁷.

Naquele trilho jurisprudencial surpreende-se a sedimentação de que, em matéria de efectividade de controlo, a detenção de uma empresa a cem por cento consente a asserção de que sobre ela exerce uma influência determinante.

Neste mesmo sentido, cumpre realçar a fundamentação expendida no aresto do TJUE *Comissão c. Stichting Administratiekantoor Portielje*, aventando que “resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, (...), que, para apurar se o autor da infração determina autonomamente o seu comportamento no mercado, tem de se ter em conta todos os fatores pertinentes relativos aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem esse autor à sua entidade de topo e, por conseguinte, ter em conta a realidade económica. A simples não adoção de uma decisão de gestão pela entidade de topo no respeito pelas exigências de forma previstas pelo direito das sociedades não pode, então, bastar a este respeito”. Por isso mesmo, acrescenta-se, “o autor da infração e a sua entidade de topo forma[rem] uma unidade económica não pressupõe necessariamente decisões formais dos órgãos estatutários e que, pelo contrário, esta unidade pode também ser criada de modo informal, nomeadamente devido à existência de vínculos pessoais entre as entidades jurídicas que compõem essa unidade económica”.

Na doutrina portuguesa e embora a propósito da imputação a pessoas colectivas em sede de direito penal, afigura-se que os contributos desenvolvidos por Susana Aires de Sousa²⁰⁸, consentem transposição para o domínio contraordenacional.

Segundo a Autora, louvando-se nos ensinamentos desenvolvidos pelo Professor Figueiredo Dias, a figura da *instigação-autoria*, autoriza a punição, como autor, do dirigente que conserva o *domínio do facto*, através do domínio da decisão do *homem da frente*. A título de exemplo, ilustra-se a densificação daquele conceito convocando a situação em que «a direcção da empresa

²⁰⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0073>.

²⁰⁷ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139410&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9214607>.

²⁰⁸ Na obra *Questões fundamentais de direito penal da empresa*, Almedina Ed., 2019, reimpressão, páginas 55 a 58.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

toma medidas concretas que comunica diretamente ao respectivo departamento, responsável pela execução criminosa, numa estrutura hierarquicamente organizada».

Não sendo controvertido entre as Visadas a relação de domínio que exercem sobre as respectivas subsidiárias (tal como decorre do artigo 488.º do Código de Sociedades Comerciais) ainda assim quer a EDP Energias, quer a SONAE Investimentos, quer a SONAE MC contestam que lhes possa ser assacada responsabilidade contraordenacional.

Vejamos, então.

No que à EDP Energias respeita importa, desde logo, ter presente que detém a 100 por cento a EDP Comercial. A este respeito, cumpre ainda ter presente que a EDP Energias constitui a empresa *mãe do Grupo EDP* (cuja estrutura acionista se acha melhor descriminada no ponto 110 da decisão recorrida), sendo as suas participadas em função da área de negócio a que se dedicam: *edp comercial, edp distribuição, edp gestão de produção de energia, edp serviço universal, edp Gás*, etc.

Por outro lado, do acervo factual apurado – decorrente da conjugação crítica da prova, documental e pessoal, produzida em juízo – resulta que foi a *sociedade-mãe*, EDP Energias, quem, ainda em Maio de 2011 e já *antevendo* a aceleração do processo liberalização do mercado – por força da TROIKA, foi imposto um incremento de vinte por cento do preço das tarifas reguladas – determinou a adjudicação, a uma consultora, de um Plano de preparação da nova realidade. Confrontado com esse *plano* é o CAE quem consente no estabelecimento de uma parceria com o Grupo Sonae e quem autoriza, determina e supervisiona o estabelecimento dessa parceria para angariação de clientes BTN. Mais resulta da documentação junta que, na véspera de assinatura do Acordo de Parceria, a EDP Energias aprovou o plano comercial para 2012, mantendo, de acordo com as actas ulteriores, a supervisão da execução do Plano. O Acordo foi subscrito por Jorge Cruz Morais, presidente da Administração da EDP Comercial e membro do CAE da EDP Energias, que não disputa ter levado o seu teor ao CAE, embora tenha aventado, atento o lapso de tempo decorrido, não ter memória de discussão sobre o clausulado concreto. O plano EDP Continente foi objecto de apresentação pública, em vários meios de comunicação social, pelo presidente da EDP Energias, António Mexia.

Ora, a este propósito, como se teve ocasião de assinalar a respeito da fundamentação da matéria de facto, decorre, impressivamente, do que antecede que a EDP Comercial actuou,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

invariavelmente, determinada, orientada e supervisionada pela EDP Energias, sendo, por isso, irrelevante, para efeitos de apuramento da sua responsabilidade contraordenacional, que não figure como parte subscritora do acordo. É, de igual modo, irrelevante, para os efeitos ora em análise, a circunstância de o clausulado ter sido, ou não, pormenorizadamente analisado pelo CAE: o que releva é que podia ter sido, que o clausulado lhe foi comunicado e esteve à sua disposição, na véspera da entrada em vigor, sobre ele podendo ter exercido total escrutínio, inclusive, impedindo a sua entrada em vigor. Se o CAE da EDP Energias *afrouxou* esses poderes de sindicância e escrutínio, relativamente aos quais detinha pleno controlo e domínio do facto, só a si pode ser assacado e, logicamente, não pode ter a virtualidade de o eximir da responsabilidade contraordenacional decorrente da consignação de uma cláusula anti-concorrencial. A ser assim, no limite, estaria encontrada uma fórmula de eximir de responsabilidade, apenas porque assim se quis, a empresa-mãe que gizou, concebeu, determinou, autorizou e supervisionou o Plano executado pela empresa *filha*. Há, pois, que concluir que a EDP Energias era a detentora do domínio integral do facto atinente ao clausulado inscrito pelas Partes no Acordo de Parceria, razão porque o carácter ilícito da cláusula anti concorrencial ali aposta, lhe é imputável. Das regras da experiência comum e da normalidade social resulta que, no particular contexto económico, comercial e jurídico, em que a Parceria foi forjada, a EDP Energias representou e actuou com intenção de avalizar e implementar, por via da EDP Comercial, a cláusula anti concorrencial censurada.

Vejamos, agora, se relativamente às Visadas SONAE Investimentos e SONAE MC há lugar a idêntica responsabilização.

Do acervo factual aturado resulta que, pelo menos desde 5 de janeiro de 2012, a Sonae Investimentos detém 100% do capital da MCH, outorgante do Acordo de Parceria. Segundo Ângelo Paupério – ouvido na qualidade de legal representante – a Sonae Investimentos reúne seis vezes por ano, com o fito de empreender uma análise trimestral dos negócios das suas participadas, aprovar o plano estratégico anual das participadas e proceder a um balanço intermédio. Aquando da negociação e celebração do acordo de Parceria, a Sonae Investimentos e a Sonae MC tinham dois administradores comuns: Ângelo Paupério e Paulo Azevedo, dedicando-se as holdings a aprovar a estratégia apresentada por cada uma das sociedades representativa da unidade de negócio e, nessa medida e em consequência, a determinar a alocação dos meios



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

financeiros e humanos necessários para o efeito. Em matéria de consolidação de contas, a SONAE INVESTIMENTOS consolida as contas das *filhas* e, por seu turno, as suas contas são consolidadas pela EFANOR Investimentos SGPS, S.A.. No caso da SONAE Investimentos, é a mesma expressamente inscrita e vinculada pela alínea a), do número 1 da cláusula 12, vinculação arrimada na circunstância de constituir a sociedade que *encimava* as sociedades participantes no ecossistema do cartão continente. Acresce que, a Direcção Legal da SONAE Investimentos negociou e assessorou o estabelecimento do Acordo de Parceria²⁰⁹. A SONAE CENTER, por seu turno, era detida a 100 por cento pela SONAE SGPS S.A.²¹⁰ Já a SONAE SGPS detinha 76,8556% da Sonae Investimentos, correspondendo 25,029% a uma participação direta e 51,827% a uma participação indireta através da sua subsidiária Sonaecenter Serviços, S.A. (cfr. a mesma documentação).

O Plano EDP Continente foi objecto de publicitação como pertencente ao Grupo SONAE no Relatório Financeiro consolidado relativo a 2012 da Sonae SGPS, sendo que, à data da celebração e negociação do Acordo de Parceria, Luis Soares Moutinho ocupava funções no Conselho de Administração da MCH e no Conselho de Administração da Sonae MC.

Donde, em síntese, a Modelo Continente, subscritora do Acordo de Parceria, a Sonae Investimentos expressamente abrangida pelo teor restritivo da cláusula 12.1.a) – cujo teor da Parceria assessorou e negociou por via da sua direcção Legal – e a SONAE MC que aprovou, na Comissão Executiva, o PLANO EDP Continente, são, por isto mesmo, responsáveis pelo teor do pacto de concorrência firmado.

Das regras da experiência comum e da normalidade social resulta que, no particular contexto económico, comercial e jurídico, em que a Parceria foi forjada, estas Recorrentes representaram a ilicitude da cláusula, actuando com intenção de a avalizar e implementar.

Não se apuraram quaisquer factos excludentes da ilicitude ou da culpa das Visadas.

Conclui-se, assim, que todas as Recorrentes praticaram a contraordenação p. e p. pela conjugação do disposto na alínea c), do número 1, do artigo 9.º do NRJC e alínea a), do número 1, do artigo 68.º do mesmo diploma.

²⁰⁹ Cfr. fls. 160 a 805 dos autos e fls. 24 do PA, vol. I.

²¹⁰ Cfr. fls. 1921, 1922 e 1974 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

*

B.2. Escolha e Determinação concreta da dosimetria da contraordenação

Preliminarmente, cumpre apreciar a invocada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 por violação do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 111.º da CRP. Segundo as Recorrentes, a coima associada à infração não se encontra quantitativamente determinada, por referencia a valores pecuniários nos seus limites mínimo e máximo.

Dispõe o referido preceito que

No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

Em primeiro lugar, importa salientar que o argumento invocado carece de rigor, face ao teor literal do preceito. Na verdade, da literalidade da norma resulta que o *quantum* máximo da coima tem um limite determinado: 10 por cento do valor de negócios apurado no exercício anterior à data da decisão final administrativa. O que sucede é que se esse *quantum* é determinável em função das especificidades próprias de cada empresa, objectivamente traduzidas no respectivo exercício anual.

De igual sorte, quanto ao momento normativamente relevante para esse apuramento, a norma contraordenacional acha-se, igualmente, clara, precisa e identificável: valora-se o ano em que foi proferida a decisão final da ADC, assim assegurando atualidade para efeitos de ponderação da dosimetria da coima, indelevelmente ligada à, concretamente apurada, robustez económica e dimensão empresarial das visadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Ainda a este propósito e com pertinência para a questão enunciada veja-se o entendimento preconizado por JORGE FIGUEIREDO DIAS e FLÁVIA LOUREIRO²¹¹, a respeito da norma censurada:

“Nos números seguintes do preceito em análise, o legislador estabelece grupos de molduras sancionatórias, aplicáveis às diversas infrações previstas no n.º 1 do artigo precedente. De acordo com o n.º 2, às contraordenações previstas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º - aquelas que respeitam à violação das regras referentes às práticas restritivas da concorrência e à das normas referentes ao procedimento de controlo de operações e concentração – a coima a aplicar pela AdC pode atingir os 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória [...].” [sublinhado da responsabilidade da AdC]

Finalmente, com reporte aos invocados parâmetros jufundamentais da legalidade e tipicidade relativa à amplitude entre a medida mínima e máxima da coima, podem ler-se os seguintes subsídios da jurisprudência do Tribunal Constitucional²¹²:

9. Não se trata de questão nova na jurisprudência constitucional. No âmbito da fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional já foi chamado, por diversas vezes, a apreciar a validade constitucional de normas específicas de regimes contraordenacionais, designadamente no que respeita à amplitude de diversas molduras sancionatórias, tendo tido que decidir dos termos em que as normas que contêm princípios constitucionais com relevo em matéria penal valem no domínio contraordenacional.

Neste âmbito, o Tribunal Constitucional tem constantemente sublinhado «a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções» entre o ilícito contraordenacional e o ilícito penal, para justificar que os princípios que orientam o direito penal não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social.

A mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012

²¹¹ In “Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense”, Almedina, 2013, anotação ao artigo 69.º, por Jorge de Figueiredo Dias e Flávia Loureiro, p. 363 e ss.

²¹² Decisão sumária n.º 216/2016, disponível no site do TC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. n.º 322/17.1YUSTR

(disponível no site do Tribunal). Neste aresto o Tribunal chegou mesmo a afirmar que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contraordenacional. Note-se, porém, como sublinha Nuno Brandão (in Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material, Coimbra, 2016, pp. 896-898), que o Tribunal nunca abandonou por completo a exigência de tipicidade, tendo antes passado a situá-la no âmbito do princípio do Estado de direito vertido no artigo 2.º da nossa Constituição.

Não, assiste, por isso razão às Recorrentes que, uma vez mais, por via da enunciação de uma pretensa inconstitucionalidade pretendem manifestar discordância com o teor da opção legislativa ali consignada.

Estabelecida a responsabilidade contraordenacional das Visadas, retoma-se o cotejo, com maior proximidade, das douts conclusões de Recurso das Recorrentes, sendo que, nesta sede, entre o mais, peticionam a redução do dosimetria das coimas fixadas.

Ora, a este respeito, a decisão recorrida iniciou o seu *ter* decisório convocando, como parâmetros norteadores, as necessidades de prevenção geral e especial, subjacentes à punição contraordenacional, às quais, pela pertinência e bem fundado, se adere.

Seguidamente, lançando mão dos critérios enunciados no n.º 1 do artigo 69.º, da Lei n.º 19/2012, decisão recorrida propôs-se ponderar a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação do visado pelo processo na infração; as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; a colaboração prestada à AdC da Concorrência até ao termo do procedimento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Ora, nesta ponderação, como bem salienta a decisão recorrida, o valor máximo da coima acha-se balizado pelo disposto no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, isto é, a coima não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à Decisão da AdC final condenatória proferida pela AdC, por cada uma das empresas infratoras.

Além disso, em consonância com a jurisprudência da União, no que respeita à definição da coima para as *holdings*, a decisão recorrida acolheu, como decisivo, o volume de negócios refletido na sua contabilidade consolidada, enquanto elemento que melhor ilustra a capacidade do grupo em causa para mobilizar os fundos necessários para o pagamento da coima²¹³. Salientou, para isso, que aquela contabilidade destina-se justamente a traduzir a situação económico-financeira da pessoa em causa; ou seja, a consolidação contabilística evidencia que, no plano económico-financeiro, aquele volume agregado pode ser imputado à própria *holding*, permitindo obter uma imagem fiel do património, da situação financeira e dos resultados de todas as sociedades que fazem parte de um grupo²¹⁴.

Em contraponto, a decisão reconhecida reconheceu a necessidade de, nesse apuramento, deduzir o volume de negócios das sociedades participadas, a fim de superar uma eventual dupla penalização.

Ex abundantis, trouxeram-se, ainda, à colação, os subsídios decorrentes das Linhas de Orientação para o cálculo de coimas aprovadas pela AdC, com base na ponderação dos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012. A este respeito, a douda decisão recorrida reiterou a génese e teleologia desse documento, assinalando, contudo, que do mesmo não pode esperar-se uma aplicação automática e um cálculo aritmético, que desconsidere as vicissitudes do caso concreto.

Neste conspecto e, desde logo, a decisão recorrida, de forma crítica, procedeu à seguinte diferenciação, devidamente fundada:

²¹³ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.2013, Groupe Dascogne SA c. Comissão, processo C-58/12 P, parágrafo 53, Sentença do TCRS de 20.10.2016, grupo ANF c. AdC, processo n.º 36/16.0YUSTR (1.º Juízo), página 302.

²¹⁴ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.2013, Groupe Dascogne SA c. Comissão, processo C-58/12 P, parágrafo 54.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

«No caso concreto, e nos termos das Linhas de Orientação, a AdC incorpora no seu exercício o volume de negócios realizado pelo grupo EDP diretamente relacionado com a infração e durante esse período, de acordo com os dados fornecidos pelo mesmo, ponderando um referencial entre 0% e 30% desse valor, sempre balizado, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação, pelo limite legal de 10% do volume de negócios total. Efetivamente, o volume de negócios no mercado afetado constituiu um elemento objetivo que fornece uma justa medida da nocividade da prática para o jogo normal da concorrência, refletindo a importância económica da infração e o peso relativo da empresa infratora na mesma.²¹⁵

No caso concreto das Recorrentes Sonae, na ausência de volume de negócios no mercado diretamente relacionado com a infração e durante esse período (i.e. no mercado de comercialização de energia elétrica) atentas as características da infração em apreço que implicaram justamente o compromisso por parte do Grupo Sonae de não participar nesse mercado, de acordo com as Linhas de Orientação e lei aplicável, deve ponderar-se como referencial o volume de negócios total no último ano da infração, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação no quadro da infração concreta, dos factos em causa e dos seus agentes.»

Não tendo sobrevivendo fundamento para inverter aquela ponderação, importa prosseguir na apreciação dos demais critérios legalmente estabelecidos. Neste enquadramento, não merece censura a ponderação crítica empreendida pela decisão recorrida quanto à gravidade da infracção (cfr. pontos 851 a 857), quanto à natureza e a dimensão do mercado afectado pela infracção (cfr. pontos 858 a 863), a duração da infracção, o grau de participação na infracção (cfr. pontos 867 a 876), as vantagens resultantes da infracção (pontos 877 a 881), a situação económica das Visadas (cfr. pontos 883 a 884), a circunstância de não registarem antecedentes contraordenacionais e o comprometimento com o dever legal de colaboração sobre elas incidente.

²¹⁵ Neste sentido, *vide*, a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal Geral Portugal Telecom, SGPS SA e Comissão Europeia supracitado, parágrafo 236 e 237 e demais jurisprudência aí citada e, no mesmo sentido, as Linhas de Orientação da AdC, parágrafo 19 e nota de rodapé 5.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

Em conclusão, a decisão recorrida alcançou os *quantums* abaixo discriminados, correspondentes a percentagens inferiores a 1 por cento do volume de negócios total de cada uma das Visadas:

	VN total (fls. 177 da Dec.)	Coima aplicada (fls. 190 da Dec.)	%
EDP Energias	11 409 140 000,00	2 900 000,00	0,03%
EDP Comercial	3 186 024 000,00	25 800 000,00	0,81%
Sonae Investimentos	1 718 081 203,00	2 800 000,00	0,16%
Sonae Modelo Continente	3 500 000 000,00	6 800 000,00	0,19%

Em aditamento desta dought valoração, afigura-se que, emergiu da prova produzida em julgamento, que a cláusula censurada se insere num Acordo de Parceria que, individualmente considerado, não merece reparo.

Na verdade, há que valorar, como militando em favor das Recorrentes, a circunstância de o Plano de Parceria ter resultado na atribuição de descontos importantes para várias famílias portuguesas, num contexto em que, por força da intervenção da Troika, se verificou um empobrecimento daquelas. Neste, particularmente difícil, contexto vivido pelos portugueses, aceita-se que a Parceria auxiliou as famílias na aquisição de bens de natureza essencial.

Donde, convocando o princípio da proporcionalidade, considera-se adequado corporizar esta valoração na redução em 10 por cento das coimas preteritamente fixadas pela Adc, e consequentemente, fixar as seguintes dosimetrias: **2.610.000,00 € a cargo da EDP Energias; € 23.220.000,00 a cargo da EDP Comercial; € 2.520.000,00 a cargo da SONAE INVESTIMENTOS e € 6.120.000,00 a cargo da SONAE MODELO CONTINENTE.**

Do que se acaba de explanar resulta que a pretensa inconstitucionalidade enunciada pelas Recorrentes – a interpretação normativa resultante *da conjugação dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), e 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, bem como dos artigos 41.º, n.º 1, e 58.º, n.º 1, alínea c) do RGCO, e 13.º, n.º 1, e 69.º da LdC, no sentido de que não é obrigatório, na Decisão da AdC final proferida em processo contraordenacional, indicar e fundamentar de forma individualizada a sanção aplicada, por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1 e 4, e 32.º, n.º 1, 5 e 10, da Constituição* – não tem arrimo na *ratio decidendi* nem da decisão recorrida nem na decisão judícia ora proferida. Com efeito, como resulta supra à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

saciedade, a procedeu-se de forma individualizada e autónoma à ponderação dos critérios legalmente determinados para efeitos de quantificação da coima. Contudo, naturalmente, que tendo presente que a infração jusconcorrencial imputada às Recorrentes é a mesma, o desvalor global da sua conduta não consente diferenciação, sendo que, em contraponto, sempre que algum circunstancialismo concreto demandava a diferenciação da ilicitude do comportamento das Visadas foi, efectivamente, empreendido.

Por último, tendo presente as necessidades de prevenção geral, a gravidade da infracção e a culpa com que as Recorrentes actuaram, afigura-se adequada e proporcionada a sanção acessória fixada na decisão recorrida, que não merece reparo.

*

III – DISPOSITIVO

Em face do exposto e com os fundamentos acima explicitados, julga-se parcialmente procedente o recurso apresentado e, confirmando-se a doughta decisão recorrida, decide-se

- I. condenar as **RECORRENTES EDP – Energias de Portugal, S.A., EDP Comercial – Comercialização de Energia S.A., SONAE Investimentos SGPS S.A, SONAE MC – Modelo Continente SPGS e Modelo Continente Hipermercados S.A.** pela prática de uma contraordenação, p. e p. pela alínea c), do número 1, do artigo 9.º do NRJC e alínea a), do número 1, do artigo 68.º do mesmo diploma;
- II. Consequentemente, fixa-se às Recorrentes as seguintes coimas: 2.610.000,00 € a cargo da **EDP Energias de Portugal S.A.**; € 23.220.000,00 a cargo da **EDP Comercial – Comercialização de Energia S.A.**; € 2.520.000,00 a cargo da **SONAE INVESTIMENTOS SGPS S.A** e € 6.120.000,00 a cargo da **MODELO CONTINENTE Hipermercados S.A.** Não fixar coima à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 322/17.1YUSTR

**Recorrente SONAE MC – Modelo Continente SGPS S.A. em virtude da
inexistência de volume de negócios;**

**III. Condenar as Visadas, nos termos constanes no artigo 71.º do NRJC, a título
de sanção acessória, na obrigação de procederem à publicação, no prazo
de 20 dias, a contar do trânsito em julgado, de um extrato da decisão
condenatória, na II série do DR e em jornal de expansão nacional;**

IV. Confirmar o montante de custas fixado a cada uma das Recorrentes.

*

Deposite e notifique.

30 de Setembro de 2020
A Juíza de Direito
Mariana Gomes Machado