



Tribunal da Relação de Lisboa

3ª Secção

Rua do Arsenal - Letra G - 1100-038 Lisboa
Telef: 213222900 Fax: 213479845 Mail: lisboa.tr@tribunais.org.pt

200460-10080840



R J 8 8 4 3 0 5 6 8 6 P T

Exmo(a). Senhor(a)

Avenida de Berna, N.º 19
1050-137 Lisboa

Processo: 18/12.0YUSTR.E1.L1	Recurso Penal	N/Referência: 6815566 Data: 31-01-2014
Origem Atos de processo de contraordenação, nº 18/12.0YUSTR do Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Serv.Mº Pº) - Unidade de Apoio		
Recorrido: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		
Arguido: Lactogal - Produtos Alimentares, S.A.		

Notificação por via postal registada

Assunto: Acórdão

Fica V. Exª notificado, na qualidade de Mandatário do Recorrido Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do douto acórdão proferido, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no 3º dia útil posterior ao do envio – art.º 113º, n.º 2, do C. P. Penal).

O Oficial de Justiça,

Sandra Marques



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo nº 18/12.0YUSTR.E1.L1

(Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – 1º Juízo)

Acordam os Juízes, em conferência, na 3ª Secção Criminal deste Tribunal:

I – Relatório:

Lactogal, Produtos Alimentares, S.A., pessoa colectiva n.º 503.183.997, com sede social na Rua do Campo Alegre, 830, 4150-171 Porto, interpôs recurso de impugnação da decisão contra si proferida pela Autoridade da Concorrência (de ora em diante designada por AdC), que lhe aplicou uma coima no valor de 341.098,00€, pela prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos artºs 4º, 43º/1-a) e 44º, da Lei 18/2003, de 11/6 (Lei da Concorrência, de ora em diante designada por IdC).

Efectuado julgamento pelo Tribunal recorrido, veio o recurso a ser julgado improcedente.

A arguida recorreu, de novo, concluindo as alegações nos termos que se transcrevem:

« 1. Em 15 de Junho de 2012, a AdC condenou a Lactogal, nos termos do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 4º, da Lei da Concorrência, por uma infracção por fixação de preços de revenda, tendo decidido aplicar à empresa uma coima de € 341,098,00 (nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 43º da lei da Concorrência).

2. A Lactogal interpôs recurso de impugnação daquela decisão para o Tribunal da Concorrência,

3. O Tribunal da Concorrência decidiu negar provimento ao recurso, mantendo a condenação da arguida e a respectiva coima aplicada pela AdC, decisão que está em causa no presente recurso,

4. Não existe particular divergência no processo quanto à matéria de facto (como decorre da própria Sentença recorrida),

5. Até 2003, a Lactogal vendia directamente os seus produtos ao canal Horeca (hotéis, restaurantes e cafés),

6. Em 2003, a Lactogal decidiu abrir a sua rede de distribuição a terceiros por razões de eficiência (cf. página 58 da Sentença),

7. Para esse efeito celebrou com 55 distribuidores um contrato de distribuição, tendo igualmente cedido os seus clientes a alguns desses distribuidores,

8. A Lactogal acordou com os distribuidores que receberam clientes que estes deveriam observar os preços de revenda que vinham sendo praticados entre a Lactogal e os seus clientes, durante um período de transição destinado a assegurar a efectiva passagem de clientes (cf. páginas 59 e 64 da Sentença).

12. Para este efeito, os contratos continham cláusulas e anexos que determinavam os preços de venda que aqueles distribuidores deveriam observar, tendo sido utilizada a mesma minuta para todos os distribuidores.

13. Pelo menos desde 2005, os distribuidores e a Lactogal afastaram-se do clausulado em causa e convergiram no entendimento de que os distribuidores eram livres de determinar os preços de revenda, nunca tendo a Lactogal procurado controlar os preços de revenda praticados (cf. páginas 57, 64 e 71 da Sentença).



6

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

14. As cláusulas que previam a fixação de preços de revenda deixaram de ser implementadas pelo menos a partir de 2005 (cf. páginas 57, 64 e 71 da Sentença).
12. Os contratos nunca foram revogados por escrito.
13. Não se produziram efeitos restritivos concretos no mercado, antes se tendo considerando provado que a abertura da rede de distribuição gerou um efeito pro-concorrencial (cf. página 58 da Sentença).
14. A AdC primeiro, e agora o Tribunal recorrido, entenderam que existiu uma infracção permanente pelo objecto, entre 2003 e 2010, apenas por ter sido celebrado o contrato e por este nunca ter sido revogado por escrito (d. página 72 da Sentença).
15. As infracções da concorrência pelo objecto previstas no artigo 4.º da Lei da Concorrência são configuradas como infracções de mera actividade, e não como infracções de resultado, na medida em que não se torna necessário a demonstração de um dano ao bem jurídico concorrência, ou seja, de efeitos restritivos.
16. A este propósito, o douto Tribunal a quo parece incorrer numa confusão conceitual ao equiparar a eventual execução (ou implementação) dos contratos celebrados entre a Lactogal e os distribuidores à verificação de efeitos restritivos da prática proibida (cf. páginas 71 e 72 da Sentença).
17. O Tribunal a quo considera irrelevante para efeitos de determinação da infracção o facto de ter dado como provado que os contratos não foram implementados a partir de 2005 (cf. páginas 65, 71 e 72 da Sentença), desconsiderando o tipo subjectivo do artigo 4.º da Lei da Concorrência, aplicável às infracções permanentes pelo objecto.
18. Sucede que a infracção terá de ser determinada atendendo ao concreto comportamento da arguida na relação comercial que estabeleceu com os seus distribuidores.
19. Como decorre da jurisprudência dos tribunais portugueses, a infracção pelo objecto tem de ser necessariamente dolosa (cf., inter alia, Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 31-07-2007, Proc. n.º 1050/06.TYLSB, pág. 31; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-11-2007, Proc. n.º 7251/2007-3).
20. No caso concreto, tendo a conduta da Lactogal sido configurada pelo Tribunal recorrido como uma infracção permanente pelo objecto, seria necessária a demonstração da existência continuada de dolo (cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 28-03-2001, Proc. n.º 00112623; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-09-1994, Proc. n.º 461823), o que é contrariado pelo facto dado como provado de que, a partir de 2005, as partes se afastaram do contrato, convergindo no entendimento de que os distribuidores eram livres de determinar os seus preços de revenda (cf. página 57 da Sentença).
21. Como refere Luís Morais, para determinar se existe convergência entre as partes quanto à conduta qualificada como o ilícita, releva «o exame in concreto do comportamento continuado das empresas em causa e não qualquer acto de formalização de um suposto entendimento, pois o que releva para o direito da concorrência é a substância do comportamento das empresas».
22. Refere o mesmo Autor que existe o estado anti-concorrencial perdura enquanto as empresas não se dissociarem do encontro de vontades por si gerado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

23. Na exacta medida em que o próprio Tribunal recorrido dá como facto provado que o regime de fixação de preços previsto nos contratos deixou de ser implementado a partir de 2005 por vontade das partes (cf., desde logo, página 57 da Sentença), impõe-se concluir que o tipo subjectivo da infracção deixou de estar preenchido (porque deixou de haver dolo).

24. Deixou de verificar-se a renovação contínua dos elementos do tipo e, conseqüentemente, a unicidade da infracção entre 2003 e 2010.

25. A jurisprudência é clara no sentido de que, nas infracções permanentes, o agente está actuar com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, mantendo em reiteração o animus (cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 28-03-2001, Proc. n.º 00112623).

26. A infracção tem assim de se renovar constantemente em todos os seus elementos constitutivos, devendo existir uma unidade do dolo (cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-09-1994, Proc. n.º 461823; Acórdão de 07-12-1989, BMJ 400,1990, pág. 240).

27. A conduta dolosa e, por inerência, a infracção por fixação de preços de revenda nas relações comerciais com os distribuidores, teria assim de ser circunscrita aos anos de 2003 e 2004.

28. Os factos ocorridos durante este período já prescreveram nos termos previstos na Lei da Concorrência (cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei da Concorrência).

29. Na parte final da Sentença, o Tribunal da Concorrência admite que, em tese, os contratos poderiam não ter sido revogados para permitir que a Lactogal beneficiasse eventualmente do facto de os preços previstos poderem assumir um papel de preços recomendados ou preços de referência (cf. página 65 da Sentença).

30. Como se clarificou, desde logo citando Orientações da Comissão Europeia, a recomendação de preços ou a existência de preços de referência não configura qualquer infracção nem traduz qualquer comportamento desconforme com o direito (cf. parágrafos 48, 226 e 228 das Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais, JO C-130, de 19.5.2010).

31. Na verdade, o que releva para este efeito é efectivamente o facto de as partes se terem, de forma livre e consciente, pelo menos desde 2005, afastado do regime contratual que vigorou em determinado momento e pelas particulares razões descritas (cf. páginas 57,58 e 64 da Sentença).

32. Não pode naturalmente sustentar-se que a Lactogal actuou com dolo, não porque quisesse impor preços - que de resto se concluiu e deu como provado não ter sido o caso, pelo menos a partir de 2005 - mas porque poderia ter algum tipo de interesse em manter como referência os preços constantes dos contratos (que, tal como provado, os distribuidores manifestamente não seguiam e a Lactogal não tentava sequer controlar ou impor).

33. Efectivamente, deve recordar-se que foi a Lactogal que decidiu abrir a sua rede de distribuição a terceiros por razões de eficiência (cf. página 58 da Sentença), prescindindo portanto de vender directamente os seus produtos ao preço que entendesse.

34. Acresce que, como é manifesto, os preços actualmente praticados no mercado não têm qualquer correspondência com os preços indicados nos contratos celebrados há já vários anos, pelo que nenhum interesse existiria em manter esses mesmos preços como preços de referência, o que em todo o caso não seria ilícito.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

35. O Tribunal sustenta que os contratos continuam a produzir efeitos obrigacionais na medida em que não foram revogados por escrito (cf. páginas 64 e 71 da Sentença).

36. Deve notar-se que a apreciação da conduta dos agentes económicas do ponto de vista do direito da concorrência não está dependente do regime jurídico-civil dos contratos que são entre eles celebrados,

37. Em todo o caso, sempre se dirá que, mesmo de um ponto de vista obrigacional, o comportamento das partes a partir de 2005 consubstancia, nos termos dos artigos 217.º e 236.º do Código Civil, uma revogação tácita das cláusulas de fixação de preços que, efectivamente e como provado pelo Tribunal a quo, deixaram de ser implementadas.

38. Finalmente e no que respeita à determinação da medida da coima, esta foi determinada pela AdC e mantida pelo Tribunal recorrido com base nos pressupostos de que (i) existiu uma infracção pelo objecto de fixação de preços de revenda; que (ii) a Lactogal agiu com dolo e o seu comportamento doloso foi constante desde 2003 até 2010 e que, finalmente, por estar em causa uma infracção pelo objecto, tipicamente considerada grave, (iii) a concorrência teria sido restringida de forma grave, ao abrigo da presunção de produção de efeitos restritivos (cf. páginas 74 e seguintes da Sentença).

39. Sendo certo que as infracções pelo objecto dispensam tipicamente a demonstração de efeitos restritivos para preenchimento do tipo, porque presumidos, já os mesmos deverão ser demonstrados (ao menos potencialmente) em sede de determinação da medida concreta da coima (cf. alíneas a) e b) do artigo 44.º da Lei da Concorrência).

40. Considerando que foi dado com o provado que os contratos deixaram de ser implementados pelo menos desde 2005, não poderiam ser aptos a produzir quaisquer efeitos, ainda que potenciais (como erradamente se afirma na página 70 da Sentença),

41. Dando o Tribunal da Concorrência como provado que, pelo menos desde 2005, os contratos deixaram de ser implementados por vontade das partes no que respeita ao regime de fixação de preços, deveria ter então concluído que o comportamento doloso da arguida não existiu durante todo o período que foi considerado.

42. Na exacta medida em que o valor da coima foi determinado partindo da premissa (errada) de que a infracção se revelaria apta a produzir efeitos restritivos durante 7 anos, desde 2003 até 2010 (cf. página 75 da Sentença), a mesma deveria ter sido proporcionalmente reduzida ao concluir-se, como faz o Tribunal a quo, que na prática os contratos não foram implementados pelo menos desde 2005 (podendo portanto presumir-se aquela aptidão apenas por um período de 2 anos, desde 2003).

43. A coima não pode ser exactamente a mesma no caso em que as partes contraentes, de forma livre e consciente, decidiram não implementar o contrato desde 2005 e num caso em que essas mesmas partes, por mera hipótese, tivessem continuado a implementar o contrato até ao presente (como presume a AdC).

44. Considera o Tribunal recorrido que existem razões de prevenção que justificam a aplicação da sanção (cf. página 76 da Sentença).

45. Ficou demonstrado no processo que a fixação de preços, que existiu entre 2003 e 2004, teve como objectivo garantir uma passagem de clientes para novos distribuidores, na sequência da decisão unilateral da Lactogal de abrir a sua rede de distribuição a terceiros (cf. páginas 58, 59 e 64 da Sentença).



6

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

46. Mais ficou demonstrado que a abertura da rede de distribuição a terceiros teve um efeito pró-concorrencial (cf. página 58 da Sentença)

47. Finalmente, ficou também demonstrado que a Lactogal colaborou de forma plena com a AdC, nomeadamente para explicitação do quadro factual do caso em apreço (cf. página 76 da Sentença).

48. Ficou por último demonstrado que os contratos deixaram de ser implementados desde 2005.

49. Inexistem portanto razões de prevenção, especial ou geral, que justifiquem a aplicação de uma sanção.

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exas doutamente suprirão, requer-se:

a) Seja a Lactogal absolvida da infracção por que vem condenada, dando-se como provado que a mesma cessou em 2004 por falta de preenchimento do tipo subjectivo entre 2005 e 2010;

b) Seja declarada prescrita a infracção que se tenha por verificada entre 2003 e 2004.

c) Subsidiariamente, seja a coima aplicada pelo Tribunal recorrido dispensada, ou reduzida proporcionalmente, à luz dos critérios legais de determinação da coima e das circunstâncias concretas do caso».

Contra-alegou o Ministério Público, concluindo as respectivas alegações nos termos que se transcrevem:

«1- O artigo 4.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11/06 que tem a sua fonte no artigo 101.º n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, proíbe os acordos entre empresas que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, delimitando tipos de mera actividade e perigo, na modalidade de aptidão e tipos de resultado e de dano.

2- A arguida, entre 2003 e 2006, celebrou 59 contratos com os seus distribuidores em que estabeleceu restrições à livre fixação do preço.

3- A fixação de preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, devendo resultar tão só do livre jogo do mercado, com respeito pelas regras e princípios reguladores do mercado.

4- No caso sub judice estamos perante um tipo de mera actividade e de perigo- art.º 4 n.º 1 al. a)- no qual apenas se exige "que uma empresa celebre com outra um acordo que tenha por objecto o impedimento, o falseamento ou a restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do território nacional".

5- Pelo que independentemente dos concretos efeitos que se possam ter produzido, há por si só uma infracção anticoncorrencial por objecto, pois que os contratos são aptos a restringir a concorrência".

6- A Arguida sabia serem ilegais as cláusulas de fixação de preços, mas quis mantê-las e manter a vigência dos contratos, pelo menos até 2010, tendo agido sempre com dolo.

7- Nos termos do disposto no artigo 48.º n.º 1 al. b) Lei 18/2003 o prazo prescricional da contra-ordenação objecto dos autos é de 5 anos e estamos perante uma contra-ordenação de carácter permanente.

8- Não tendo os contratos celebrados entre 2003 e 2006 sido revogados, pelo menos até 2010, não se mostra exaurido o prazo prescricional.

9- A coima única aplicada mostram-se correctamente doseada e adequada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

10-A douta sentença recorrida fez boa apreciação dos factos e do direito, não se mostrando violado qualquer preceito legal.

Em face do exposto, deverá ser negado provimento ao recurso e confirmada a douta decisão recorrida».

Contra-alegou a Autoridade da Concorrência, concluindo as respectivas alegações nos termos que se transcrevem:

« I. Não se concorda com o conceito de objeto restritivo da concorrência adotado pela Lactogal nem com a tese por esta sustentada sobre a verificação do dolo numa infração desta natureza, no sentido de que o mesmo cessou em 2005, com as seguintes consequências, invocadas pela Lactogal: (i) a infração verificada após 2005 não seria punível, uma vez que as infrações por objeto só são puníveis por dolo mas não por negligência, por exigência não da lei mas do próprio conceito de objeto restritivo da concorrência; (ii) a infração anterior a 2005 já estaria prescrita, pelo que também quanto a esta a Lactogal não poderia ser condenada.

II. O objeto restritivo da concorrência (previsto no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, norma violada pela conduta ora em apreço) e no artigo 101.º do TFUE (cuja interpretação constitui uma referência orientadora da interpretação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003) significa a adequação objetiva do acordo, considerado no seu contexto económico, e não a intenção das partes no acordo, sendo esta a orientação do TJUE e dos tribunais nacionais - e que, cremos, subjaz ao decidido na Sentença recorrida - e da doutrina.

III. A tese defendida pela Lactogal segundo a qual o objeto restritivo da concorrência só é punível por dolo e não por negligência, pressupõe que o conceito de objeto se reconduziria à intenção de lesar a concorrência. Não sendo esse o correto conceito de objeto restritivo da concorrência, falece a tese sustentada pela Lactogal, podendo uma conduta restritiva da concorrência pelo seu objeto ser punível tanto quando se verifique o dolo como quando se verifique a negligência, como, aliás, estipulado pelo legislador no artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003.

IV. A imposição pelo fornecedor ao distribuidor de preços de revenda fixos ou mínimos e margens comerciais (doravante, de modo abrangente, na referência à fixação de preços incluiremos a fixação de margens) constitui um ato objetivamente adequado a restringir a concorrência, configurando uma infração pelo objeto (não sendo necessário, sequer, apurar os respetivos efeitos restritivos da concorrência).

V. Acresce que a fixação de preços é uma infração grave, preenchendo o requisito da "sensibilidade" da conduta exigido pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e pelo artigo 101.º do TFUE, como estabelecido pela jurisprudência do TJUE e nacional e pela Comissão Europeia no Regulamento n.º 330/2010 e nas Orientações Relativas às Restrições Verticais, entendimento este que nós parece ter sido corretamente seguido na Sentença.

VI. No caso dos autos, a infração foi cometida com dolo porquanto a Lactogal agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração que lhe é imputada, sabendo que a sua conduta é proibida por lei, mas tendo ainda assim querido realizar todos os atos necessários à sua verificação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

VII. Na apreciação do dolo, deve ainda ser tida em conta a circunstância de a Lactogal ter celebrado um elevado número de contratos (59), com 55 entidades diversas, em momentos diversos, com o mesmo clausulado de fixação de preços.

VIII. O dolo da infração não cessou em 2005: em 2006 ainda foram celebrados contratos com o mesmo clausulado e os contratos não foram revogados, mantendo-se em vigor na ordem jurídica, o que é, à luz dos conceitos jusconcorrenciais, suficiente para se entender que, mantendo-se as vontades alinhadas na manutenção dos contratos, o objeto restritivo da concorrência manteve-se até, pelo menos, 2010 (data em que a Lactogal declarou à AdC que aqueles eram os contratos em vigor), tendo também sido confirmada a não revogação dos contratos na audiência de julgamento que teve lugar em 2013.

IX. O cumprimento ou incumprimento dos contratos no que toca à fixação de preços, após 2005, não é relevante para a aferição da permanência de uma infração com objeto restritivo da concorrência (como entendido pela jurisprudência do TJUE, e seguido na Sentença); só o seria se estivesse em causa apurar se a infração produziria concretos efeitos restritivos da concorrência, aspeto irrelevante nos presentes autos uma vez que foi imputada uma infração apenas pelo objeto e não pelo efeito (ou também pelo efeito).

X. A manutenção dos contratos não pode ser imputável a uma alegada violação de um dever de cuidado, por parte da Lactogal, que celebrou, como acima mencionado, 59 contratos com 55 entidades em momentos diferentes; manifestou expressamente a consciência da vigência dos contratos ao indicar à AdC no decurso do processo contraordenacional, em 2010, que aqueles eram os contratos em vigor, sem nunca os revogar, não obstante ter sido notificada da nota de ilicitude e da Decisão e confirmando em 2013 que os contratos não foram revogados.

XI. Pelos mesmos motivos, não existiu qualquer revogação tácita dos contratos, nem se pode entender que a fixação de preços aí contida passasse a corresponder, materialmente, a uma recomendação de preços.

XII. Também pelos mesmos motivos, não se verificou a prescrição no presente processo contraordenacional relativamente às infrações de 2003 e 2004, sendo a infração permanente e não tendo ainda cessado, na medida em que as vontades das partes nos contratos permaneceram alinhadas quanto à manutenção dos contratos até, pelo menos, 2010, confirmando-se, aliás, a sua não revogação também em 2013.

XIII. Finalmente, não se vê qualquer fundamento para a dispensa ou redução da coima.

Termos em que se requer que seja negado provimento ao Recurso na totalidade, mantendo-se, na íntegra, a douta Sentença Recorrida, assim se fazendo justiça».

Nesta instância, a Exm^a Procuradora-Geral Adjunta após visto.

II- Questões a decidir:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Do artº 412º/1, do CPP resulta que são as conclusões da motivação que delimitam o objecto do recurso e consequentemente, definem as questões a decidir em cada caso (1), exceptuando aquelas questões que sejam de conhecimento oficioso (2).

As questões colocadas pela recorrente, arguida, são:

- A cessação da infracção, a partir de 2005, por falta de dolo;
- A prescrição da infracção praticada anteriormente a 2005;
- A dispensa e redução da coima.

III- Fundamentação de facto:

Na sentença recorrida foram considerados provados os seguintes os factos (com sublinhados da nossa autoria):

1.1 A Arguida

1.1.1 Estrutura accionista

1. A Lactogal na sua forma actual nasceu em 1996, absorvendo as estruturas industriais e comerciais da produção de leite e de lacticínios das cooperativas Agros, UCRL, Lacticoop, UCRL e Proleite, UCRL (fls. 1030).

2. Deste modo, a Lactogal - Produtos Alimentares S.A. é detida em 100% pela Lactogal, SGPS, S.A. cujo capital social, por sua vez é detido pela Agros - SGPS (Unipessoal), Lda., Lacticoop - SGPS (Unipessoal), Lda. e Proleite/Mimosa - SGPS, S.A., em partes iguais (33,3% cada) (fls. 1031).

3. Em 31 de Dezembro de 2009, a Lactogal tinha como empresas participadas e associadas (fls. 1317), nomeadamente: a Noidal, S.A. (100%), a Lactimóvel, S.A. (100%), a Pronicol, S.A. ³ (51%), a Etanor, S.A. (78,46%), a Etanor/Penha, S.A. (60%) e a Leche Celta, S.L.U. ⁴ (100%).

1.1.2 Volume de negócios da Lactogal

4. O volume de vendas da Lactogal foi de € 684.745.741,05 no ano de 2005 (fls. 1061), de € 660.190.487,73 no ano de 2006 (fls. 1126), de € 707.803.707,04 (fls. 1185) no ano de 2007, de € 765.488.115,25 no ano de 2008 (fls. 1240), de € 686.574.204 em 2009 e de € 682.195.712 em 2010 (fls. 1617).

1.1.3 Produtos e marcas comercializadas

¹ Cf. Germano Marques da Silva, em «Curso de Processo Penal», III, 2ª edição, 2000, pág. 335, e Ac. do S.T.J. de 13/5/1998, em B.M.J. 477-º 263; de 25/6/1998, em B.M.J. 478º-242 e de 3/2/1999, em B.M.J. 477º-271.

² Cf. Artºs 402º, 403º/1, 410º e 412º, todos do CPP e Ac. do Plenário das Secções do S.T.J., de 19/10/1995, D.R., I – A Série, de 28/12/1995.

³ A empresa Pronicol, S.A. tem sede em Angra do Heroísmo, na Região Autónoma dos Açores.



6

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5. O Grupo Lactogal desenvolve a sua actividade na produção e comercialização, a nível nacional e internacional, de lacticínios e outros produtos alimentares sob insígnias, segundo a arguida, "líderes ou que ocupam posições de destaque no mercado nacional, nomeadamente Mimosa, Gresso, Agros, Adágio, Matinal, Vigor, Primor, Serra da Penha, Castelões e Pleno, entre outras" (fls. 1033). Com a aquisição do Grupo Espanhol Celta ⁵, o Grupo Lactogal adicionou ao seu portfólio de insígnias os produtos da marca Celta (fls. 1033).

6. A Lactogal produz e comercializa produtos destinados ao consumidor final e a "granel" (fls. 1033).

7. A Lactogal produz e comercializa as seguintes categorias de produtos, destinadas ao consumidor final: (i) leite UHT e leite pasteurizado; (ii) bebidas lácteas aromatizadas; (iii) manteiga; (iv) queijos; (v) iogurtes; (vi) natas; (vii) sobremesas lácteas; (viii) águas; e (ix) outras bebidas não lácteas (fls. 1033).

8. A Lactogal comercializa igualmente produtos a "granel" (cujo destino é a indústria nacional e a exportação), nomeadamente: (i) leite em natureza; (ii) leite em pó; (iii) natas; (iv) manteiga em blocos; e (v) soro lácteo em pó.

9. Mais especificamente, a Lactogal comercializa os seguintes produtos e marcas (fls. 25 e 26):

- (i) leite UHT das marcas Agros, Gresso e Mimosa (magro, meio gordo e gordo);
- (ii) leite UHT seleccionado da marca Matinal (magro e meio gordo);
- (iii) leite UHT biológico da marca Agros;
- (iv) leite UHT funcional das marcas Mimosa e Pleno (e.g. especial cálcio, efeito bifidus, especial mamãs, especial crescimento, soja, 0% lactose, vitaminado e cálcio);
- (v) leite aromatizado das marcas Agros, Mimosa e Gresso (e.g. chocolateado, morango e baunilha);
- (vi) iogurtes das marcas Adágio, Mimosa e Agros (e.g. iogurtes naturais, aromas, pedaços, polpa e líquidos);
- (vii) queijo flamengo, prato, fresco, magro, mozzarella e fundido das marcas Agros, Gresso, Mimosa, Castelões e La Fina; e
- (viii) manteiga das marcas Agros, Gresso, Matinal, Mimosa e Milhafre.

1.1.4 Cadeia de Valor do Grupo Lactogal

10. A Lactogal encontra-se activa na produção e na comercialização de lacticínios (fls.1032).

11. Os lacticínios produzidos pela Lactogal são obtidos a partir do processo de termização e de normalização do teor de gordura do leite em natureza ⁶ recebido nas unidades fabris (fls. 1473). No que

⁴ A empresa Leche Celta, S.L.U. tem sede em Ponededeume, em Espanha.

⁵ No âmbito da sua estratégia de internacionalização iniciada em 1997 com a criação de uma Sucursal em Espanha, a Lactogal adquiriu, em Setembro de 2006, o Grupo Celta (fls. 1030).

⁶ A matéria-prima leite que é adquirida pela Lactogal e que pode ser revendida a outros industriais ainda nessa forma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concerne à actividade produtiva, verifica-se que, em Portugal Continental, os principais fornecedores da matéria-prima leite ⁷ são as cooperativas accionistas, Agros, Lacticoop e Proleite (fls. 1032).

12. Nas três unidades fabris que a Lactogal possui e que estão localizadas em Modivas -Vila do Conde, Oliveira de Azeméis e Tocha (fls. 1471), é recepcionada a matéria-prima leite em natureza que é depois submetida ao processo industrial de transformação em produto acabado.

13. Da matéria-prima base, o leite em natureza, é obtido o leite UHT e o leite pasteurizado (que se distinguem pelas diferentes temperaturas a que são tratados e, conseqüentemente, do tempo útil durante o qual podem ser consumidos), a manteiga, a manteiga em blocos (para ser vendida à indústria alimentar), as natas, o queijo, os iogurtes, as sobremesas lácteas e o leite em pó (produto que resulta do processo industrial de secagem de leite e que se destina, primordialmente, para venda à indústria).

14. Os produtos acabados são, por sua vez, armazenados nos centros de distribuição. Estes centros são localizados dentro dos centros fabris, mas são unidades orgânicas funcionalmente independentes da produção. Para além dos centros localizados junto das unidades fabris, a Lactogal também possui centros logísticos próprios em Pombal e Algoz, e Delegações em Beja, Chaves, Funchal, Ponta Delgada e Viseu. Pode também utilizar Centros de Operadores subcontratados (fls. 1471).

15. A Lactogal, como entidade central do Grupo, assume funções de produção das várias categorias de produtos lácteos e de distribuição não só desses produtos como também de águas, sumos e refrigerantes. Desta forma, as demais entidades produtivas do Grupo, a Pronicol e a Etanor/Penha, recorrem à estrutura comercial da Lactogal para colocar os seus produtos no mercado (fls. 1033).

Canais de distribuição

16. De acordo com a informação disponibilizada pela Lactogal, esta empresa desenvolve as suas actividades de distribuição e comercialização procurando assegurar uma presença directa na totalidade dos canais existentes (fls. 1037).

17. Efetivamente, e segundo a Lactogal, os canais de distribuição até ao consumidor final são diversos. A entrega de produtos para a denominada Grande Distribuição é normalmente efectuada para grandes unidades logísticas centralizadas, pertença dessas cadeias, que posteriormente efectuam, já por sua própria conta, a distribuição loja a loja (fls. 1472).

18. A distribuição de produto para os retalhistas que não pertencem aos grandes grupos é assegurada por grossistas ou distribuidores ⁸. Segundo a arguida, a Grande Distribuição também opera neste

⁷ A Pronicol, S.A., empresa do grupo, produtora nos Açores, recorre, essencialmente, à Unicol, S.A. para abastecimento do leite em natureza necessário à sua actividade.

⁸ A distinção da definição entre grossistas e distribuidores, corresponde a uma tradição de distinguir duas formas de abastecimento: (i) o grossista, tradicionalmente, é dotado de uma estrutura de armazéns e lojas (cash & carry), onde os retalhistas vão comprar; e (ii) o distribuidor tem a sua própria logística de armazenagem (em regra muito mais pequena que o grossista); mas não tem loja física, pelo que para vender tem que visitar o retalhista, com a sua frota de



lado da cadeia, destacando-se no mercado o Recheio, que pertence ao grupo Jerónimo Martins, a Makro e, mais recentemente, o grupo Sonae.

19. A Lactogal tem a sua própria frota de viaturas destinada à venda de produtos perecíveis (com data de validade curta) e que cobre determinadas áreas geográficas urbanas (fls. 1472).

20. A Lactogal tem a sua própria rede de vendedores que cobrem áreas geográficas bem definidas. Cada vendedor tem a sua própria carteira de clientes e rotas pré-definidas para percorrer. Esta rede de venda atua, principalmente, em zonas de maior densidade populacional.

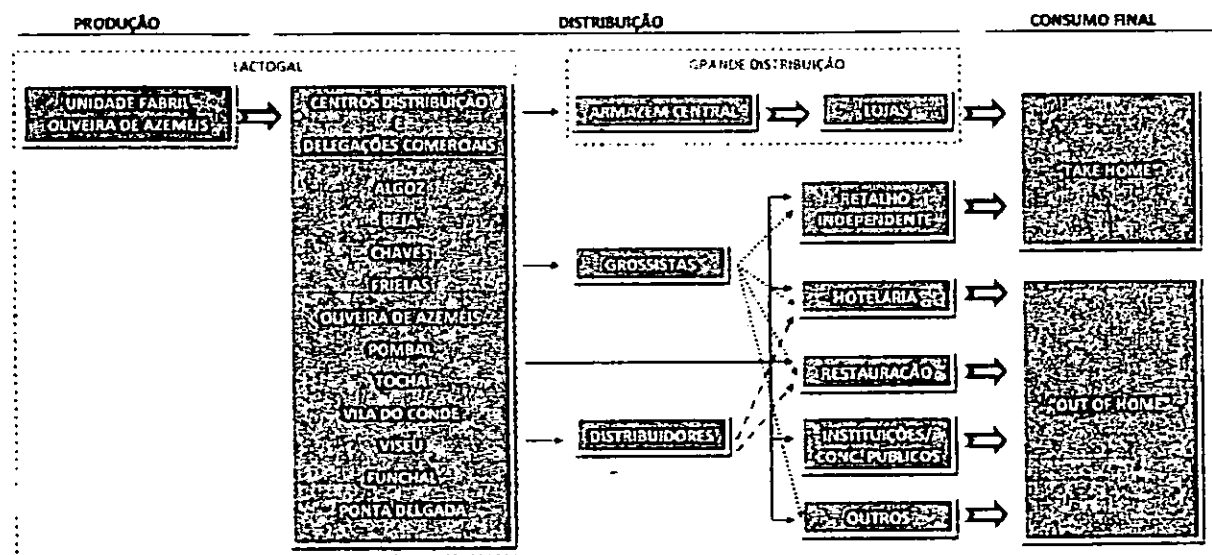
21. A Lactogal refere ainda que, para uma mais ampla e completa cobertura no canal Horeca, celebrou contratos com alguns distribuidores que operam em determinadas zonas geográficas (fls. 1037).

22. Nas regiões onde a Lactogal, por opção de gestão, não possui rede de vendas própria, esta é substituída por Distribuidores (fls. 1472).

23. Noutras vertentes de negócio, a Lactogal está presente em Concursos Públicos (e.g., leite escolar) e vende produtos para a indústria e exportação (fls. 1037).

24. A figura que se segue apresenta um diagrama exemplificativo dos fluxos de distribuição existentes (fls. 1039).

Figura 1. Cadeia de distribuição da Lactogal



1.2 Contratos de distribuição no segmento Horeca

25. A Lactogal possuía, em Setembro de 2010, 55 distribuidores em Portugal (ver listagem fornecida pela Arguida, de fls. 27 a 29).

veículos. Esta distinção tem raízes históricas, mas a realidade actual faz com que a fronteira entre o que distingue o grossista do distribuidor seja bastante tênue. Isto porque, hoje em dia, o grossista já não espera que o cliente vá à sua loja: existem cadeias de grossistas que possuem frota de distribuição e que vão



6

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

26. Para cada distribuidor referido infra, a Arguida apresentou os seguintes contratos de distribuição:
- 1) AREL - Armazenistas Merceria Reunidas Estareja, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 6 de Janeiro de 2005 (fls. 30 a 43);
 - 2) Alfredo Ramos Rodrigues - Frutas e Produtos Hortícolas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 10 de Novembro de 2005 (fls. 652 a 664);
 - 3) António Antunes & Filhos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 27 de Setembro de 2005 (fls. 44 a 57);
 - 4) António Calhau Lobo da Silveira, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 7 de Junho de 2004 (fls. 58 a 73);
 - 5) António Ezequiel, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 14 de Julho de 2003 (fls. 74 a 90);
 - Contrato de distribuição, de 18 de Fevereiro de 2004 (fls. 91 a 106);
 - 6) A Garrafeira Fátima - S.C. Prod. Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 13 de Abril de 2004 (fls. 665 a 680);
 - 7) Afonso & Filhos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 26 de Maio de 2003 (fls. 681 a 703);
 - 8) António Martins Seabra:
 - Contrato de distribuição, de 1 de Julho de 2003 (fls. 109 a 136);
 - O contrato supra mencionado foi rescindido em 24 de Agosto de 2005 (fls. 107);
 - 9) Bastos & Bastos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 25 de Fevereiro de 2005 (fls. 151 a 163);
 - 10) Beira Sumos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 19 de Fevereiro de 2004 (fls. 164 a 179);
 - Contrato de distribuição, de 19 de Maio de 2003 (fls. 180 a 190);
 - 11) BINAL- Sociedade de Bebidas e Produtos Alimentares, Lda., SAGIAL - Sociedade Alimentação e Bebidas, Lda. e DISTRO - Distribuidora de Produtos Alimentares do Centro, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 25 de Fevereiro de 2004 (fls. 191 a 198);
 - Contrato de distribuição, de 21 de Maio de 2003 (fls. 199 a 207);
 - 12) Central Food Services - Serviço de Catering, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 20 de Fevereiro de 2004 (fls. 711 a 726);
 - 13) Costas & Oliveira, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 23 de Agosto de 2004 (fls. 208 a 223);
 - 14) CAVILAT - Comércio e Distribuição de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 5 de Abril de 2004 (fls. 224 a 239);
 - 15) Cascais & Curralo, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 9 de Março de 2004 (fls. 240 a 255);
 - 16) Chocosumos - Comércio e Distribuição de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 19 de Maio de 2003 (fls. 727 a 751);

ao retalhista, não esperando por ele na loja. Portanto, operam da mesma forma que o distribuidor e, adicionalmente, têm o "cash & carry" tradicional (fls. 1472).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 17) Costa & Freitas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 3 de Julho de 2003 (fls. 256 a 271);
- 18) Carlos A. C. Santos Barata - Distribuição, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 11 de Setembro de 2003 (fls. 752 a 775);
- 19) DIBINORTE - Distribuição de Bebidas Norte, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 15 de Outubro de 2004 (fls. 272 a 286);
- 20) Distribuidora Alcacerense, Comércio e Distribuição de Bebidas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 7 de Junho de 2004 (fls. 287 a 302);
- 21) Domingos Rolo & Filhos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 15 de Outubro de 2004 (fls. 303 a 318);
- 22) Dom Vinho - Distribuição, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 12 de Setembro de 2005 (fls. 319 a 332);
- 23) Districonde - Distribuição Produtos Alimentares Unipessoal, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 29 de Julho de 2005 (fls. 776 a 789);
- 24) F. Gomes & Filho, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 12 de Maio de 2005 (fls. 333 a 346);
- 25) Fernando Anes, Unipessoal, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 16 de Março de 2005 (fls. 347 a 360);
- 26) Glaciar - Gelados congelados, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 15 de Fevereiro de 2006 (fls. 361 a 373);
- 27) logurviana - Comércio Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 15 de Julho de 2005 (fls. 374 a 387);
- 28) J. Castro & Cruz, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 20 de Junho de 2006 (fls. 388 a 400);
- 29) J. B. Monteiro, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 16 de Fevereiro de 2004 (fls. 790 a 805);
- 30) José Daniel Ferreira Simões, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 29 de Abril de 2004 (fls. 401 a 416);
- 31) José Maria Gonçalves de Lima:
 - Contrato de distribuição, de 28 de Janeiro de 2004 (fls. 417 a 432);
- 32) João Carlos Filipe, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 10 de Outubro de 2005 (fls. 433 a 446);
- 33) José Francisco Brito & Filhos, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 9 de Maio de 2003 (fls. 447 a 455);
- 34) LATINA - Distribuição de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 3 de Fevereiro de 2004 (fls. 456 a 471);
- 35) Leitão & Mamede, Distribuidores de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contratos de distribuição, de 6 de Junho de 2003 e de 11 de Fevereiro de 2004 (fls. 806 a 821 e fls. 822 a 839);
- 36) LIBARGEL - Alimentos Congelados, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 12 de Setembro de 2005 (fls. 472 a 485);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 37) Lopes, Cascais & Tomé, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 9 de Março de 2004 (fls. 486 a 501);
- 38) LOS MARES - Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 7 de Junho de 2004 (fls. 840 a 855);
- 39) Manuel Duarte Amorim, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 14 de Janeiro de 2005 (fls. 502 a 513);
- 40) MARISCORVO - Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 20 de Outubro de 2003 (fls. 856 a 874);
- 41) MINERALIS - Comércio e Distribuição de Bebidas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, 28 de Janeiro de 2004 (fls. 875 a 890);
- 42) Mateus & Martins, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 19 de Março de 2006 (fls. 891 a 903);
- 43) Manuel Duarte - Comércio de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 26 de Agosto de 2003 (fls. 514 a 522);
- 44) M. Alves - Comércio de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 23 de Julho de 2003 (fls. 904 a 924);
- 45) PRALIBEL - Produtos Alimentares da Beira, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 22 de Abril de 2004 (fls. 523 a 538);
- 46) Representações Mavirol, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 18 de Fevereiro de 2004 (fls. 539 a 554);
- 47) SARJOI - Distribuição de Bebidas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 18 de Fevereiro de 2004 (fls. 555 a 570);
 - Contrato de distribuição, de 19 de Maio de 2003 (fls. 601 a 618);
- 48) SOCIPEDROS - Comércio Alimentar, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 9 de Fevereiro de 2004 (fls. 932 a 947);
- 49) SODICEL-Sociedade e Representações de Leiria, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 14 de Maio de 2004 (fls. 571 a 586);
- 50) SOTARVIL - Sociedade Visiense de Produtos Alimentares e Bebidas, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 25 de Fevereiro de 2005 (fls. 587 a 600);
- 51) SUPERALIS, Gestão de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição de 19 de Maio de 2003 (fls. 948 a 971);
- 52) Sousa & Morgado, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 16 de Maio de 2003 (fls. 972 a 983);
- 53) UNIRAIA - Sociedade de Distribuição de Bebidas da Raia, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 10 de Março de 2005 (fls. 619 a 632);
- 54) VIPANI - Produtos Pastelaria e Panificação, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 16 de Março de 2005 (fls. 633 a 646);
- 55) VENGAPOR - Comércio de Produtos Alimentares, Lda.:
 - Contrato de distribuição, de 31 de Julho de 2003 (fls. 998 a 1020).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

6

27. Nos termos dos referidos contratos de distribuição, o distribuidor compra à Lactogal os produtos listados no Anexo I do contrato para os revender aos seus próprios clientes e aos clientes transferidos pela Lactogal (e que anteriormente eram fornecidos directamente pela Lactogal) em geral do canal Horeca⁹, referidos no Anexo II e localizados na zona indicada no Anexo III dos contratos (cláusulas 3.ª e 4.ª, fls. 31 a título de exemplo).

28. Na cláusula 5.ª dos contratos, lê-se que (fls. 31 verso a título de exemplo):

"1. [...] o segundo outorgante [o distribuidor] fica obrigado a praticar e respeitar, como preços mínimos obrigatórios, os preços de venda pré-tabelados pela LACTOGAL, ficando desde já estabelecidos, a partir da data que antecede as assinaturas do presente contrato e até alterações futuras, os preços que constam da tabela que fica junta e a constituir o ANEXO IV.

2. As margens de comercialização e as demais remunerações, directas ou indirectas, do segundo outorgante por esta sua actividade de compra e venda, bem como o seu modo e forma de pagamento, vão definidas no ANEXO V."

29. O distribuidor fica ainda obrigado, nos termos do n.º 1 da cláusula 8ª dos referidos contratos, "b) a praticar preços de revenda aos clientes por si fornecidos no respeito pelas tabelas e pela facturação da LACTOGAL" (fls. 32 a título de exemplo).

30. Nos anexos IV e V dos referidos contratos, encontram-se definidos, entre outros, e para cada produto comercializado, o preço de revenda do distribuidor aos seus clientes ("P. Revenda Distribuidor") e/ou a sua respectiva margem comercial (fls. 39 a 42 e fls. 70 a 72 a título de exemplo).

31. Os anexos, com efeito, não têm todos o mesmo formato, sendo que alguns só indicam, para cada produto comercializado, o preço de venda da Lactogal ao distribuidor ("Net Price Distribuidor") (fls. 1453) e o preço de revenda do distribuidor ("P. Revenda Distribuidor")¹⁰.

32. Outros contratos contêm anexos mais completos,¹¹ sendo a margem total do distribuidor fixada pela Lactogal, em geral, no anexo V dos referidos contratos¹².

⁹ Os contractos celebrados com Afonso e Filhos, Lda. (fls. 682), António Martins Seabra (fls. 110), Carlos A. C. S. Barata (fls. 753), M. Alves, Lda. - Comércio de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 905), Manuel Duarte - Comércio de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 516) e Vengapor - Comércio de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 999) não limitam os clientes a quem os distribuidores podem revender os produtos aos do designado canal Horeca (cláusulas 4as dos referidos contractos).

¹⁰ Caso do Anexo IV dos contractos celebrados com Arei Armazenista Mercearia Reunidas Estarreja, Lda. (fls. 39 e seguintes), com António Antunes & Filhos, Lda. (fls. 53 e seguintes), com Bastos & Bastos, Lda. (fls. 159 e seguintes), com Dom Vinho - Distribuição, Lda. (fls. 328 e seguintes), com F. Gomes & Filho, Lda. (fls. 341 e seguintes), com Fernando Ares, unipessoal, Lda. (fls. e seguintes), com Glaciar - Gelados Congelados, Lda. (fls. 370 e seguintes), com logurviana - comerc. Prod. Alimentares, Lda. (fls. 383 e seguintes), com J. Castro & Cruz, Lda. (fls. 397 e seguintes), com João Carlos Filipe, Lda. (fls. 441 e seguintes), com Libergel - Alimentos Congelados, Lda. (fls. 481 e seguintes), com Manuel Duarte Amorim, Lda. (fls. 511 e seguintes), com Sotarvil - Soc. Vrs. Pr. Al. Bebidas, Lda. (fls. 596 e seguintes), com Uniraia - Sociedade de Distribuição de Bebidas e da Raiz, Lda. (fls. 628 e seguintes), com Ypani - Prod. Psat. Panificação, Lda. (fls. 641 e sgts), Alfredo Ramos Rodrigues - Frutas e Produtos Horticolas, Lda. (fls. 660 e seguintes), com Districnde - Dist. Prod. Alim. Unip, Lda. (fls. 785 e seguintes), com Mateus & Martins, Lda. (fls. 900 e seguintes). Estes contractos, em geral não contêm Anexo V.

¹¹ Incluindo o Rappel Extra Mensal e o "NIP Distribuidor" "preço de venda da Lactogal ao distribuidor liquido do rappel mensal a atribuir caso atingissem os objectivos de vendas definidos no anexo relativos à venda de produtos da marca Pleno" (fls. 1454).

¹² Casos dos Anexos V dos contractos com António Calhau Lobo da Silveira, Lda. (fls. 70 e seguintes), com António Ezequiel, Lda. (fls. 86 e seguintes e 103 e seguintes), com Beira Sumos, Lda. (fls. 176 e seguintes e 189 e seguintes), com Binal - Sociedade de Bebidas e Produtos Alimentares, Lda. (fls. 197 e seguintes e 206 e seguintes), com Costas & Oliveira, Lda. (fls. 220 e seguintes), com Cavillat - Comércio e Distribuição de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 236 e seguintes), Cascais & Curralo, Lda. (fls. 252 e seguintes), Costa & Freitas, Lda. (fls. 270 e seguintes), Dibinorte - Dist. Bebidas Norte, Lda. (fls. 283 e seguintes), Distribuidora Alcacereense, Comércio e Distribuição de Bebidas, Lda. (fls. 299 e seguintes), Domingos Rolo & Filhos, Lda. (fls. 314 e seguintes), com José Daniel Ferreira Simões, Lda. (fls. 413 e seguintes), com José Maria Gonçalves de Lima (fls. 429 e seguintes), com José Francisco Brito & Filhos, Lda. (fls. 447 e



33. Assim, em todos os contratos de distribuição assinados entre a Arguida e os seus distribuidores no canal Horeca, o preço de revenda do distribuidor encontra-se expressamente fixado pela Lactogal nos contratos (directamente ou indirectamente, sendo a própria margem de revenda fixada pela Lactogal).

34. Sublinha-se ainda que o "incumprimento pontual, pela outra parte, de qualquer das suas obrigações legais ou contratuais" é motivo para a outra parte de resolução do contrato (cláusula 11.3, alínea a), fls. 33 verso e 34 a título de exemplo).

1.3 A política de preços na perspectiva da Lactogal

35. Quanto à política de preços adoptada pela Arguida, veio esta explicar que (fls. 1454):

"A política de definição de preços de venda e revenda tinha como objectivos, por um lado, garantir um nível de rentabilidade adequado para ambas as partes - Lactogal e Distribuidores, e, por outro lado, defender as marcas Lactogal e o funcionamento regular do mercado de distribuição.

36. Referiu ainda a Arguida que:

"Conforme já foi explicado, existe um sem número de operadores no mercado, com formatos de distribuição e dimensão muito heterogéneos e todos competem entre si na intermediação e venda ao cliente final - retalho alimentar e Horeca.

No passado tivemos experiências muito desagradáveis de operadores que aproveitaram diferenças de preço do mercado e actuavam não como grossistas ou distribuidores, mas como arbitragistas financeiros: produtos por nós vendidos a um distribuidor, em vez de serem vendidos a um retalhista, eram "desviados" para Cash & Carry's. Isto porque existem vários canais "paralelos" de distribuição desde o fabricante até ao consumidor final, e a Lactogal pretendia evitar apenas que um distribuidor com quem tinha celebrado um Contrato cujo principal propósito era vender numa determinada área ao canal Horeca, aproveitasse de forma oportunista um diferencial de preços em determinado momento e se "desviasse" do objecto do Contrato, para vender produto a outros operadores no mercado" (fls. 1454).

37. A Lactogal explicou, no entanto, que a referida política de preços foi alterada em 2005 e que, a partir deste momento, os distribuidores ficaram "livres de determinar o preço de revenda que bem entendessem" (fls. 1454).

seguintes), com Latina - Distribuição de Prados Alimentares, Lda. (fls. 468 e seguintes), com Lopes Cascais & Tomé, Lda. (fls. 498 e seguintes), com Pralibel - Produtos Alimentares da Beira, Lda. (fls. 535 e seguintes), com Representações Mavirol, Lda. (fls. 551 e seguintes), com Sarjoi - Distribuição de Bebidas, Lda. (fls. 567 e seguintes), com Sodidel - Sociedade e Representações de Leiria, Lda. (fls. 583 e seguintes), com Garrafeira Fátima - S.C. Prod. Alimentares, Lda. (fls. 677 e seguintes), Central foodservices - Serviço de Catering, Lda. (fls. 723 e seguintes), Chocosumos, Comércio e Distribuição de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 748 e seguintes), J. B. Monteiro, Lda. (fls. 802 e seguintes), Leilão & Mamede, Distribuidores de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 818 e seguintes e 836 e seguintes), com Los Mares - Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Lda. (fls. 852 e seguintes), Mariscovor - Produtos Alimentares, Lda. (fls. 871 e seguintes), Mineralis - Comércio e Distribuição de Bebidas, Lda. (fls. 887 e seguintes), Socipedros - Comércio Alimentar, Lda. (fls. 944 e seguintes), Superalis, Gestãode Produtos Alimentares, Lda. (fls. 968 e seguintes), Sousa & Morgado, Lda. (fls. 980 e seguintes)

¹³ Ver ainda os anexos V dos contratos assinados com Afonso & Filhos, Lda. (fls. 698 e seguintes), com Carlos A.C. Santos Barata - Distribuição, Lda. (fls. 770 e seguintes), com M. Alves - Comércio de produtos Alimentares, Lda. (fls. 920 e seguintes) e com Vengapor - Comércio de produtos Alimentares, Lda. que têm um formato diferente mas onde as margens de comercialização/ de revenda encontram-se definidas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

6

38. Acrescentou, no entanto, a Lactogal que "[e]sta alteração nunca foi formalizada em sede de alteração aos Contratos, pois a prática comercial e a flexibilidade exigida pelo mercado na determinação dos preços assim o exigiu" (fls. 1454).

39. A respeito dos contratos de fornecimento celebrados com operadores do canal Horeca a Lactogal referiu ainda que (fls. 1478): "1. Estes contratos foram pensados num determinado contexto do mercado, nos anos 2004/2005, mas valendo aplicando-se apenas:

- a. a produtos específicos;
- b. a determinado tipo de lojas;

2. O seu valor económico, quer no âmbito da actividade da Lactogal quer dos produtos abrangidos, era - e efectivamente foi - reduzido.

3. Mesmo assim, logo a partir de 2006, por se ter percebido que não correspondiam aos objectivos desejados, foram progressivamente abandonados e deram lugar a uma prática relacional efectivamente liberta das condições ali escritas, com condições comerciais e financeiras, designadamente de preço, margem e rede de clientes, completamente novas e distintas das que tinham sido consideradas naqueles contratos.

4. Assim, a partir de 2006, estes contratos deixaram de ser tomados em consideração quer nas negociações pontual ou regularmente estabelecidas entre a Lactogal e os respectivos clientes quer na respectiva prática relacional efectiva*.

Concorrentes da Lactogal

Gelgurte - Indústrias Alimentares, S.A.

40. A Gelgurte - Indústrias Alimentares, S.A. (Gelgurte) cessou a produção e a comercialização de produtos lácteos frescos sob a marca Yoplait a 27 de Junho de 2010, que efectuava através de um contrato de franchise celebrado com a empresa Sodima Internacional, empresa proprietária da marca Yoplait (fls. 1382).

41. A actividade actual da Gelgurte cinge-se actualmente à produção de Marcas de Distribuição, cuja comercialização é da inteira responsabilidade do distribuidor proprietário da Marca de Distribuição (fls. 1382).

1.4.2 Fromageries BEL Portugal, S.A.

42. A Fromageries Bel Portugal, S.A. (Bel) é uma empresa do ramo alimentar que se dedica à transformação de leite em natureza e à comercialização dos produtos daí resultantes. A actividade principal corresponde à fabricação de queijo, apesar de no respectivo processo produzir outros derivados do leite (fls. 1384).

43. As principais marcas e produtos comercializados pela empresa são (fls. 1384):

- (i) Limiano (queijo);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- (ii) Terra Nostra (queijo e UHT);
- (iii) Vaca qué Ri (queijo);
- (iv) Minibabybel (queijo);
- (v) Pastor (queijo);
- (vi) Loreto (queijo, UHT e manteiga);
- (vii) Marcas brancas (queijo e manteiga);
- (viii) Outros produtos derivados dos processos de fabricação (natas, leite em pó, manteiga em blocos e lacto soro).

44. A Bel possui 3 unidades produtivas: uma em Vale de Cambra e duas na ilha de S. Miguel, nos Açores (na Ribeira Grande e na Covoada) (fls. 1384).

1.4.3 Parmalat Portugal - Produtos Alimentares, Lda.

45. No sector dos produtos lácteos, a Parmalat Portugal - Produtos Alimentares, Lda. (Parmalat) comercializa os seguintes produtos (fls. 1414):

- (i) Leite UHT (Gordo, Meio Gordo e Magro);
- (ii) Leites Especiais (com Cálcio, Omega 3, Fibras e para Fácil Digestão);
- (iii) Natas (Bater, Culinária);
- (iv) Leites Aromatizados (com Chocolate);
- (v) Molho Bechamel; e
- (vi) Manteiga.

1.4.4 Danone Portugal, S.A.

46. A atividade da Danone Portugal, S.A. (Danone) circunscreve-se à produção e comercialização de iogurtes e outros produtos efectuados à base de leite fermentado (i.e., que não obedecem aos requisitos do artigo 1.º da Portaria n.º 9 742/92, de 24 de Julho) (fls. 1487).

47. A Danone actualmente comercializa as seguintes marcas de iogurtes ou leites fermentados (nos quais se incluem produtos fabricados em Portugal e importações intra-grupo): Activia, Corpos Danone, Dan'UP, Danone, Actimel, Danacol, Danoninho Spider Man e Hannaah Montana, Meu Primeiro Danone, Densia, Cremoso, Daníssimo Extreme, Grego e Savia.

1.4.5 Nestlé Portugal, S.A.



48. A Nestlé Portugal, S.A. (Nestlé) dedica-se à produção e comercialização de diversos produtos alimentares destinados a seres humanos e a animais de companhia, bem como de acessórios, equipamentos e similares, considerados necessários para a preparação, distribuição e venda daqueles produtos (fls. 1508).

49. No âmbito do mercado específico dos produtos lácteos e dos produtos que, não sendo qualificados pela Nestlé Portugal como lácteos, incluem leite como ingrediente, a Nestlé Portugal comercializa actualmente, em Portugal Continental, no segmento Consumo no Lar, os seguintes produtos e marcas:

(i) Lácteos e Cereais (leite em pó para adultos com as marcas Nido e Molico e leite condensado com a marca Nestlé);

(ii) Nutrição Infantil (formulas infantis compostas por leite para lactentes e leite de transição, sob as marcas Nan e Nidina; leites de crescimento constituídos por bebidas lácteas infantis sob as marcas Nestlé, Nan Crescimento e Nidina 3; especialidades pediátricas compostas por produtos dietéticos de uso clínico sob as marcas Pre Nan, AL 110, Alfare e Althera; cereais líquidos infantis sob a marca Cerelac; e sobremesas homogeneizadas sob as marcas logolino, Cerelino e Nestlé);

(iii) Chocolates (com as marcas Nestlé e Kit-Kat); e

(iv) Bebidas (cápsulas para preparação e mistura de bebidas com café torrado, leite e chocolate, sob a marca Nescafé Dolce Gusto e bebidas solúveis de café e leite sob a marca Nescafé).

50. Na área de negócio dedicada ao mercado Fora do Lar, e dentro do sector dos produtos lácteos e dos produtos e/ou das categorias supra descritas, são igualmente comercializados pela Nestlé Portugal, os seguintes produtos específicos do canal Horeca:

(i) Bebidas (sumo em pó e concentrados sob as marcas Clic, San Pellegrino e Nestlé; leite em pó com as marcas Nestlé e Glecke);

(ii) Restauração Ambiente (sobremesas, pastelaria, toppings e leite condensado sob as marcas Nestlé e Davigel); e

(iii) Restauração Ultracongelada (sobremesas e snacks sob a marca Davigel).

51. O segmento Fora do Lar abrange ainda o canal Vending, dedicado à comercialização e venda de bebidas para máquinas de venda automática, destacando-se as Bebidas Vending (e.g., bebidas de chocolate com a marca Nesquik, leite com a marca Nescafé).

52. A Nestlé Portugal comercializa ainda, no mercado Fora do Lar, gelados de Impulso e de Restauração com as marcas Nestlé, Extreme e Maxibom.

53. A Nestlé Portugal não comercializa iogurtes e natas, nem tem qualquer actividade no mercado de venda a retalho e/ou por grosso de iogurtes e natas.

Adicionalmente, a Nestlé Portugal não comercializa, nem tem qualquer actividade no mercado de venda a retalho e/ou por grosso de água.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1.4.6 Lactalis Iberia

54. A Lactalis Iberia comercializa em Portugal Continental vários produtos lácteos, nomeadamente manteiga, natas, queijo e leite. Comercializa produtos de marcas como o President e a Galbani. Adicionalmente, comercializa leite UHT das marcas da distribuição.

55. A Lactalis Iberia possui os seguintes grupos de clientes:

- (i) As cadeias de distribuição moderna (e.g. Gestiretalho/Pingo Doce, Sonae, CPH, Regional Mercadorias, Minipreço, Leclerc, Makro e El Corte Inglés);
- (ii) Clientes distribuidores e grossistas;
- (iii) Clientes directos Horeca;
- (iv) Marcas da distribuição.

1.5 Quotas de mercado da Arguida e dos principais concorrentes

56. A Lactogal estima possuir, no mercado do leite ¹³, uma quota de mercado de 71,6% em 2005, de 68,9% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010 (Tabela 1).

Tabela 1. Quotas de mercado, no produto leite, de 2005 a 2010

	2005	2006
Lactogal	71,6%	68,9%
Bel	2,3%	2,3%
Nestlé	2,2%	2,3%
Parmalat	1,3%	1,3%
Marcas da Distribuição	13,3%	14,9%
Outras Marcas	9,3%	10,3%

Fonte: Lactogal, com base em dados da AC Nielsen (fls. 1030)

57. A Lactogal estima possuir, no mercado das bebidas lácteas aromatizadas, uma quota de mercado de 53,9% em 2005, de 51,9% em 2006, de... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010 (Tabela 2).

¹³ Relativamente aos produtos leites e bebidas lácteas aromatizadas, a Lactogal considera ter como principais concorrentes ao nível da distribuição as seguintes empresas: Sonae Distribuição (Modelo, Continente), Grupo Jerónimo Martins (Pingo Doce, Feira Nova, Recheio), Companhia Portuguesa de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tabela 2. Quotas de mercado, no produto bebidas lácteas aromatizadas, de 2005 a 2010

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Lactogal	53,9%	51,9%				
Parmalat	15,8%	15,0%				
Nestlé	12,7%	10,3%				
Marcas da Distribuição	13,9%	15,1%				
Outras Marcas	3,7%	7,7%				

Fonte: Lactogal, com base em dados da AC Nielsen (fis. 1030)

58. A Lactogal estima possuir, no mercado dos iogurtes, uma quota de mercado de 11,4% em 2005, de 11,7% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010 (Tabela 3).

Tabela 3. Quotas de mercado, no produto iogurtes, de 2005 a 2010

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Lactogal	11,4%	11,7%				
Danone	42,2%	41,0%				
Nestlé	20,7%	17,8%				
Marcas da Distribuição	17,6%	21,1%				
Outras Marcas	8,1%	8,4%				

Fonte: Lactogal, com base em dados da AC Nielsen (fis. 1030)

59. A Lactogal estima possuir, no mercado da manteiga¹⁴, uma quota de mercado de ... 2005, de ... em 2006, de... em 2007, de ... em 2008, de ... 2009 e de... em 2010 (Tabela 4).

Tabela 4. Quotas de mercado, de 2005 a 2010, na manteiga

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Lactogal	73,5%	71,3%				
Bel	4,3%	4,4%				
Lactalis	4,6%	5,5%				
Marcas da Distribuição	8,6%	11,7%				

Hipermercados (Pão de Açúcar, Jumbo), Lidl, Dia Portugal (Minipreço), Regional Mercadorias (Intermarché), Grupo E. Leclerc e Makro e, ao nível da indústria, as seguintes empresas: Serraleite, Parmalat, Unileite, Leche Rio (Espanha), Renoldy, Fromageries Bel Portugal, Nestlé e Lactalis.

¹⁴ Quanto aos iogurtes, a Lactogal considera como concorrentes no segmento de distribuição as empresas: Sonae Distribuição (Modelo, Continente), Grupo Jerónimo Martins (Pingo Doce, Feira Nova, Recheio), Companhia Portuguesa de Hipermercados (Pão de Açúcar, Jumbo), Lidl, Dia Portugal (Minipreço), Regional Mercadorias (Intermarché), Grupo E. Leclerc e Makro e no segmento de indústria as empresas: Danone, Nestlé e Gelgurte.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Outras Marcas 9,0% 7,1%

Fonte: Lactogal, com base em dados da AC Nielsen (fls. 1030)

60. A Lactogal estima possuir, no mercado do queijo ¹⁵, uma quota de mercado de 15,7% em 2005, de 14,7% em 2006, de ... em 2007, de... em 2008, de ... em 2009 e de... em 2010 (Tabela 5).

Tabela 5. Quotas de mercado, no queijo, de 2005 a 2010

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Lactogal	15,7%	14,7%				
Bel	23,0%	21,9%				
Lactalis	2,8%	2,7%				
Marcas da Distribuição	13,6%	17,4%				
Outras Marcas	44,9%	39,2%				

Fonte: Lactogal, com base em dados da AC Nielsen (fls. 1031)

1.6 Vendas da Lactogal, por segmento

61. A Tabela 6 a seguir apresenta os valores de vendas da Lactogal dos produtos leite ¹⁶, outras bebidas lácteas, iogurtes, manteiga ¹⁷, queijo, outros produtos lácteos ¹⁸, e outros produtos não lácteos ¹⁹, por classe de clientes, a saber: Grossistas ²⁰, Horeca ²¹, Nacionais ²², Distribuidores ²³ e Outros ²⁵ (fls. 1035).

62. Relativamente ao leite, as vendas totais da Lactogal foram de €379.802.310 em 2005, €377.021.250 em 2006, ... em 2007, em 2008, em 2009 e ... no primeiro semestre de 2010.

63. Relativamente às bebidas aromatizadas, as vendas totais da Lactogal foram de €42.037.581 em 2005, €41.113.703 em 2006, ... em 2007, ... em 2008, ... em 2009 e ... no primeiro semestre de 2010.

64. Relativamente aos iogurtes, as vendas totais da Lactogal foram de €53.396.538 em 2005, €54.032.376 em 2006, ... em 2007, ... em 2008, ... em 2009 e ... no primeiro semestre de 2010.

¹⁵ No que diz respeito aos queijos, os principais concorrentes referidos pela Lactogal no segmento distribuição são as empresas: Sonae Distribuição (Modelo, Continente), Grupo Jerónimo Martins (Pingo Doce, Feira Nova, Recheio), Companhia Portuguesa de Hipermercados (Pão de Açúcar, Jumbo) Lidl, Dia Portugal (Minipreço) Regional Mercadorias (Intermarché), Macro e no segmento indústria as empresas Parmalat e Nestlé.

¹⁶ A categoria 'leite' engloba todo o leite (UHT, pasteurizado, enriquecido e funcional, etc.), com exceção do leite a granel e leite em pó, que se encontram no grupo 'outros lácteos'.

¹⁷ O grande valor da manteiga na classe 'outros', respeita a manteiga a granel vendida à indústria e para exportação.

¹⁸ A categoria de 'outros produtos lácteos' engloba o chantilly, concentrados, leite a granel, leite em pó, e soro em pó.

¹⁹ A categoria 'outros produtos não lácteos' engloba as águas e os sumos.

²⁰ A categoria 'grossistas' engloba os grossistas sem distribuidores associados, mas com a Makro e o Recheio incluídos.

²¹ A categoria 'Horeca' engloba todo o consumo imediato, menos os distribuidores do canal Horeca.

²² A categoria 'Nacionais' reúne as classes Hipermercados, Supermercados Nacionais e Discounts.

²³ A categoria 'distribuidores' reúne todos os clientes classificados como distribuidores Horeca e distribuidores associados



65. Relativamente ao queijo, as vendas totais da Lactogal foram de €60.588.254 em 2005, €55.957.997 em 2006, ... em 2007, ... em 2008, ... em 2009 e ... no primeiro semestre de 2010.

66. Relativamente à manteiga, as vendas totais da Lactogal foram de €86.650.406 em 2005, €83.643.459 em 2006, ... em 2007, ... em 2008, ... em 2009 e no primeiro semestre de 2010.

Tabela 6. Volume de vendas da Lactogal, por produto e cliente, de 2005 a 2010

Leite	2005	2006	2007	2008	2009	1.ºS 2010
Nacionais	214.047.869	224.448.018				
Retalho Indep.	16.651.163	16.669.890				
Grossistas	84.001.979	68.992.927				
Distribuidores	12.229.377	7.566.720				
Horeca	7.327.690	6.722.485				
Outros	45.544.232	52.621.210				
Total	379.802.310	377.021.250				

Bebidas aromatizadas

Nacionais	20.696.776	21.690.935				
Retalho Indep.	2.175.211	2.121.051				
Grossistas	9.243.860	9.111.502				
Distribuidores	1.755.900	1.949.309				
Horeca	7.998.584	5.981.312				
Outros	167.250	259.594				
Total	42.037.581	41.113.703				

logurtes

Nacionais	26.076.109	27.291.937				
Retalho Indep.	14.280.262	13.939.328				
Grossistas	7.151.045	6.779.343				
Distribuidores	1.895.496	2.115.781				
Horeca	3.919.641	3.789.819				
Outros	73.985	116.168				
Total	53.396.538	54.032.376				

Queijo

Nacionais	23.341.298	21.651.700				
-----------	------------	------------	--	--	--	--



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

6

Retalho Indep.	6.344.657	5.758.372
Grossistas	16.751.018	13.393.867
Distribuidores	2.654.000	2.418.641
Horeca	2.276.531	2.184.791
Outros	9.220.750	10.550.626
Total	60.588.254	55.957.997

Manteiga

Nacionais	23.026.031	23.683.167
Retalho Indep.	4.940.142	4.372.212
Grossistas	11.031.328	9.740.210
Distribuidores	2.247.843	2.461.036
Horeca	2.114.873	2.145.904
Outros	43.290.189	41.240.930
Total	86.650.406	83.643.459

Fonte: Lactogal (fls. 1035 a 1037)

67. A Tabela 7 apresenta o peso das vendas da Lactogal por produto e por cliente, nomeadamente aos hipermercados, supermercados e lojas discount ('nacionais'), ao retalho independente, aos grossistas sem distribuidores associados, aos distribuidores no canal Horeca, diretamente no canal Horeca.

Tabela 7. Peso das vendas da Lactogal, por produto e cliente, de 2005 a 2010

Leite	2005	2006	2007	2008	2009	1.ºS 2010
Nacionais	56%	60%				
Retalho Indep.	4%	4%				
Grossistas	22%	18%				
Distribuidores	3%	2%				
Horeca	2%	2%				
Outros	12%	14%				
Total	100%	100%				

Bebidas aromatizadas

Nacionais	49%	53%
Retalho Indep.	5%	5%
Grossistas	22%	22%



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Distribuidores	4%	5%
Horeca	19%	15%
Outros0%	1%	
Total	100%	100%

logurtes

Nacionais	49%	51%
Retalho Indep.	27%	26%
Grossistas	13%	13%
Distribuidores	4%	4%
Horeca	7%	7%
Outros0%	0%	
Total	100%	101%

Queijo

Nacionais	39%	39%
Retalho Indep.	10%	10%
Grossistas	28%	24%
Distribuidores	4%	4%
Horeca	4%	4%
Outros15%	19%	
Total	100%	100%

Manteiga

Nacionais	27%	28%
Retalho Indep.	6%	5%
Grossistas	13%	12%
Distribuidores	3%	3%
Horeca	2%	3%
Outros50%	49%	
Total	100%	100%

Fonte: Cálculos da AdC com base em informação fornecida pela Lactogal (fls. 1035 a 1037)

68. A Lactogal referiu que não possui o volume de vendas efectuado através do canal Horeca, na medida em que os dados disponibilizados pela Nielsen não cobrem este canal (fls. 1474).



69. No entanto, segundo a Lactogal, "no canal Horeca, os concorrentes não são diferentes. (...) Efectivamente, "um retalhista Horeca pode ir comprar a um "Cash", pode ser abastecido no seu próprio estabelecimento por um vendedor ou distribuidor e até pode ir comprar a um Hipermercado ou Supermercado (para, por exemplo, aproveitar um preço de promoção e nem tem que contabilizar a factura ...). Daí que todos concorrem com todos, para vender ao canal Horeca" (fls. 1474). Assim, de acordo com a Figura 1 supra, os clientes do canal Horeca podem ser diretamente abastecidos pela Lactogal, pelos grossistas ou pelos distribuidores.

1.7 Conclusões quanto à matéria de facto

70. Nos termos expostos, resulta assim em síntese provado, com fundamento na prova referenciada supra, que:

(i) A Lactogal dedica-se à produção e comercialização de lacticínios (parágrafo 10), procurando estar presente nos diversos canais, nomeadamente no canal Horeca (Figura 1);

(ii) A Lactogal celebrou aproximadamente 60 contratos de distribuição com distribuidores activos no canal Horeca entre 2003 e 2006 que, na sua grande maioria, não foram revogados, pelo que ainda se encontravam em vigor;

(iii) Estes contratos referem-se principalmente aos produtos infra listados, relativamente aos quais a Lactogal estima possuir a seguinte quota de mercado:

a. relativamente ao leite, de 71,6% em 2005, de 68,9% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010;

b. relativamente às bebidas lácteas aromatizadas, de 53,9% em 2005, de 51,9% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010;

c. relativamente aos iogurtes, de 11,4% em 2005, de 11,7% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010;

d. relativamente à manteiga, de 73,5% em 2005, de 71,3% em 2006, de 69,6% em 2007, de 69,6% em 2008, de 66,7% em 2009 e de 66,9% em 2010;

e. relativamente ao queijo, de 15,7% em 2005, de 14,7% em 2006, de ... em 2007, de ... em 2008, de ... em 2009 e de ... em 2010.

(iv) Nos termos da cláusula 5.ª dos referidos contratos, (a) o distribuidor fica obrigado a praticar e respeitar os preços de venda pré-tabelados pela Lactogal e (b) as suas margens directa e indirecta, por esta actividade de compra e venda, encontram-se fixadas no próprio contrato.

(v) A obrigação de respeitar os preços e revenda fixados pela Lactogal ainda se encontra no n.º 1 alínea b) da cláusula 8.ª do contrato.



71. A arguida agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção que lhe é imputada, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei, mas tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação.

72. A arguida não controlava na prática os preços que os distribuidores cobravam aos seus clientes, nem nunca suscitou o incumprimento de algum contrato por tal motivo.

73. Pelo menos desde 2005, os distribuidores, na prática, fixavam livremente os seus preços de revenda, e a Lactogal considerava-os livres de fixarem tais preços, sem prejuízo de a Lactogal nunca ter formalmente cessado os contratos e de em 2006 ter celebrado contratos com idêntico clausulado.

74. A abertura da rede própria de distribuição da Lactogal a terceiros, com a conseqüente celebração dos contratos em causa, foi geradora de eficiências: permitiu a entrada no mercado de novos operadores, a melhoria da rede de distribuição, a redução de custos ineficientes, aumentou a liberdade de escolha dos consumidores, com vantagens concorrenciais.

75. Não se conhecem antecedentes contra-ordenacionais da arguida por idênticos factos.

Factos não provados:

Com relevância para a decisão da causa resultou não provado que pelo menos desde 2005 em diante, a Lactogal não queria nem tinha consciência de estar a praticar factos ilegais.

IV- Fundamentação probatória:

O Tribunal a quo justificou a aquisição probatória nos seguintes termos:

«A arguida admitiu, no essencial, a generalidade dos factos provados, nomeadamente a celebração dos acordos com os seus distribuidores, com o clausulado constante dos factos acima descritos. Mais admitiu os factos integrantes do dolo quanto aos anos de 2003 e 2004, defendendo que a partir de 2005 não actuou com intencionalidade.

Da análise comparativa da decisão administrativa, que toma por boa a versão da arguida quanto à política de preços após 2005, e da versão da arguida, verifica-se que não há grandes divergências quanto aos factos integrantes do elemento objectivo.

As divergências prendem-se com o elemento subjectivo, sendo que a arguida admite o dolo em 2003 e 2004, mas não após tal data, e com uma ponderação de Direito, quanto a saber se consiste numa prática restritiva da concorrência a assinatura de contratos com cláusulas restritivas da concorrência, ainda que na prática tais cláusulas não sejam aplicadas nem a sua execução controlada.

De qualquer modo, a convicção do tribunal quanto à maioria dos factos provados sempre resultaria clara da análise do teor dos docs. referidos a propósito de cada um dos factos, complementada com a demais prova, quer declarações da arguida e depoimentos de testemunhas ligadas a distribuidores, produzidos quer em fase administrativa, quer em fase de julgamento.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em audiência de discussão e julgamento procedeu-se à audição das seguintes testemunhas:

- Ana Margarida Mendes Camelo Oliveira Brochado, docente universitária, que exerceu funções de Economista para a Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas, durante sete anos e até Dezembro de 2012. Foi confrontada com os docs. de fls. 30, 109, 110, 111, 1855, 39, 67, 70 e ss., 58/73, 11 e 1859;

- Eugenia Pérez-Abad Martim, jurista, que trabalha para a Autoridade da Concorrência, desde Dezembro de 2007, onde exerce funções de instrutora de processos no Departamento de Práticas Restritivas. Foi confrontada com os docs. de fls. 361 e ss., 11, 109, 370, 1859 a 1862, 1396;

- António Ezequiel Costa Pais, empresário na área de distribuição alimentar, sócio gerente da António Ezequiel, Lda, a qual é distribuidora da Lactogal desde 2003. Foi confrontado com os docs. de fls. 74 a 90, 91 a 106, 46 e 82;

- José Carlos Henriques Leitão, empresário, sócio gerente da Leitão & Mamede – Distribuidores de Produtos Alimentares, Lda., a qual é distribuidora da Lactogal desde 2003. Foi confrontado com os docs. de fls. 806 a 821, 822 a 839, 1730 a 1732 e 809 verso;

- Fernando de Jesus Nunes, comerciante do ramo alimentar, que trabalha na Vengapor – Comércio de Produtos Alimentares, Lda., a qual é distribuidora da Lactogal há cerca de 20 anos. Foi confrontado com os docs. de fls. 998 a 1020;

- António José Pinto Figueira Curado, diretor de marketing, a exercer funções de Diretor de Marketing do grupo Águas do Areeiro, a qual foi distribuidora da Lactogal de 2001 a 2004. Foi confrontado com os docs. de fls. 192 e ss.;

- Luís Moreira de Sousa, empresário na área de distribuição alimentar, sócio gerente da Sousa & Morgado, Lda., a qual é distribuidora da Lactogal desde 2003. Foi confrontado com os docs. de fls. 972 e ss. e 980 e ss.;

- Orlando Abel Ferreira dos Santos, gestor, sócio gerente das empresas Súperalis e Chocosumos, distribuidores, entre outras marcas, da Lactogal desde 2003. Foi confrontado com os docs. de fls. 948 e ss., 1396 e 968;

- Carlos Alfredo Caldas Santos Barata, reformado, que foi sócio gerente da Carlos A.C.S. Barata, Lda., distribuidora exclusiva da Lactogal desde 1975/1976, até há sete ou oito anos atrás, sendo a sociedade atualmente cliente da Lactogal, embora já não distribuidor exclusivo. Foi confrontado com os docs. de fls. 752 e ss. e 770;

- José Afonso da Silva Ferreira, comerciante, distribuidor da Lactogal desde 2003. Foi confrontado com os docs. de fls. 682;

- Armando Serafim Ramos Ferreira, economista, diretor administrativo e financeiro da arguida desde 1998. Foi confrontado com os docs. de fls. 70, 109, 302, 388, 891, 948, 998, 999, 1012, 1013, 1396, 1853, 1859;

- Sandra Carla Pinto Martins, gestora, que trabalha para a arguida há 14 anos como gestora de marketing responsável por leite e bebidas, entre 2002 e 2008 gestora comercial responsável pelo canal Eureka. Foi confrontada com os documentos de fls. 361, 948, 1396, 1854, 1858.

As duas primeiras testemunhas, instrutoras da AdC prestaram depoimentos creíveis, pois objectivos e alicerçados na prova documental constante dos autos, dando conta do modo como a AdC instruiu o processo, os elementos e informações solicitadas, corroborando a convicção do tribunal quanto aos factos provados.

As testemunhas acima referidas com ligação profissional a empresas de distribuição da Lactogal prestaram depoimentos que se consideraram algo tendenciosos, com objectivos de protecção da arguida, importante operador



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

económico com o qual directa ou indirectamente terão de se relacionar no futuro, enfatizando logo à partida que os acordos não se aplicavam na prática ou se aplicaram durante muito pouco tempo ou que nada sabiam quanto aos acordos, não os tendo lido, ou tendo entregue a Advogado para análise mas não tendo discutido com este o teor do clausulado que desconheciam. Quando confrontados com o clausulado, os distribuidores eram evasivos, dizendo não perceber o conteúdo de algumas tabelas, não serem aplicáveis na prática, furtando-se por vezes a esclarecer efectivamente o seu conteúdo. Tendo em conta que estes distribuidores são profissionais, empresários deste ramo, cuja rentabilidade do negócio assenta precisamente no estabelecimento das margens comerciais e no conteúdo dos acordos celebrados com o fornecedor, não se julgou credível, em parte, o teor destes depoimentos evasivos, lacónicos, de quem diz não "ligar" aos contratos, desconhecer o seu conteúdo ou que estes foram celebrados mas aplicados pouco tempo ou nunca aplicados.

Também os depoimentos dos dois funcionários da Lactogal ouvidos se consideraram tendenciosos, quer em virtude da sua ligação profissional à arguida quer pelo teor lacónico e evasivo dos depoimentos pois que nenhum soube explicar por que razão, se o clausulado negocial era irrelevante, não tinha aplicação, a Lactogal nunca o alterou, nem houve conversas expressas com os distribuidores no sentido de informar que o clausulado já não se aplicaria.

Não obstante, tais depoimentos de testemunhas acima referidas ligadas a empresas distribuidoras ou de funcionários da arguida foram considerados credíveis na parte que corroboram a prova documental junta, isto é, a celebração de contratos entre a Lactogal e os seus distribuidores com tal clausulado. Mais confirmaram todos, distribuidores e funcionários da Lactogal, e nesta parte os depoimentos por coerentes entre si consideraram-se credíveis, que nunca houve lugar a revogação dos contratos, seja por escrito, como exigido contratualmente, seja por alguma conversa sobre a não aplicação das cláusulas restritivas mantida com funcionário da Lactogal. Os depoimentos de testemunhas ligadas aos distribuidores e de funcionários da Lactogal foram ainda considerados coerentes quando confirmaram que a minuta do contrato foi entregue pela Lactogal, o que se julgou credível, por razoável em termos de experiência comum, dada ser a contraente mais forte e com interesse em ter contratos idênticos com todos os distribuidores.

As divergências nos depoimentos prendem-se com a aplicação prática do disposto em tais cláusulas, sendo que uns referem que se aplicou em curto prazo, justificando tal aplicação em sentido próximo da versão da arguida, outros que nunca se aplicou, outros que se o conteúdo das cláusulas devesse ser efectivamente aplicado não teriam assinado o contrato, mas nenhum explicou porque o contrato se manteve com tais cláusulas. Note-se que alguns dos distribuidores equacionaram mesmo a possibilidade de estar a incumprir o contrato, ou de desde sempre o terem incumprido, denotando a sua convicção de que o contrato continua formalmente em vigor, apesar de os distribuidores não seguirem os preços indicados pela Lactogal.

Quanto ao período de aplicação prática do clausulado e ao móbil da inserção das cláusulas, dadas as diferenças nos depoimentos, deu-se como boa a versão da arguida, referida nos factos provados, à semelhança do que havia sido o entendimento da AdC.

A prova de que os contratos não haviam sido formalmente revogados em 2010 resulta dos próprios autos, mais propriamente do comportamento da arguida que em tal data os entregou à AdC como os contratos que mantinha com



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

os seus distribuidores. Dos depoimentos das testemunhas em audiência, como acima referido, resultou também que os contratos até tal data ainda não haviam sido formalmente revogados.

Em suma, da conjugação da globalidade da prova produzida, quer documentos, quer declarações e depoimentos, resulta apurado que a arguida celebrou com os seus distribuidores os contratos com o clausulado indicado nos factos provados, que pelo menos em 2005 os distribuidores deixaram, na prática, de cobrar aos seus clientes os preços indicados pela Lactogal, sem que a Lactogal alguma vez tivesse controlado tais preços, sem prejuízo de ainda em 2006 haver contratos celebrados com o mesmo clausulado e de nunca os contratos terem sido formalmente cessados.

Os factos provados relativos às vantagens da difusão da distribuição por terceiros resultaram dos depoimentos das testemunhas ouvidas e de regras de experiência comum.

A prova quanto à matéria integrante do elemento subjectivo resultou da análise crítica conjugada dos demais factos provados, ponderando-se o ramo de actividade, dimensão e experiência da arguida, e bem assim a manutenção dos contratos em vigor e a celebração de acordos em 2006 com idêntico clausulado, quando na prática a política de preços se alterou em 2005. Tudo conjugado, somos levados a crer que, mesmo após 2005, a arguida estava ciente da ilicitude da conduta, isto é sabia que a inclusão de tais cláusulas nos seus contratos e a manutenção dos mesmos em vigor era ilegal, e ainda assim quis praticar os factos. Diga-se, em termos de experiência comum, que ainda quando na prática a vivência do dinamismo de mercado implica que os preços de revenda oscilem livremente, a existência de contratos que indicam determinados preços sempre pode servir como referência para os distribuidores. Pelo menos desde 2005, embora os distribuidores fixassem livremente os preços de revenda, pois o mercado assim o exigia, os preços da Lactogal poderiam servir de referência, de orientação. Ora, tal leva-nos a crer que mesmo após 2005, a Lactogal tinha interesse em manter tal clausulado contratual, quis mantê-lo e daí que o tenha mesmo usado em contratos de 2006, e que não tenha ponderado alterar os contratos em vigor. Tal análise conjugada conduziu à prova dos factos relativos ao elemento subjectivo, considerando-se que mesmo após 2005, mais do que falta de cuidado ou mera representação de eventual ilegalidade, conformando-se ou não com ela, a arguida tinha certeza de que os contratos eram ilegais e quis mantê-los.

Os factos não provados resultaram da prova do seu contrário, pois como referido, da conjugação de todos os elementos, estamos convictos que a Lactogal bem sabia da ilicitude dos contratos e quis mantê-los, ainda que na prática permitisse que os distribuidores adequassem os preços às exigências do dinamismo de mercado. Também não resultaram provados quaisquer factos susceptíveis de integrar qualquer situação de erro por parte da arguida».

V- Fundamentos de direito:

Da qualificação do comportamento a partir de 2005, e da prescrição da infracção praticada até 2005:

Entende a recorrente que em face do provado em 72, 73 e 74 a infracção restringiu-se aos anos de 2003 e 2004, porque deixou de haver comportamento doloso da sua parte e, nessa medida, está prescrita



porque o procedimento contra-ordenacional se iniciou a 10 de Setembro de 2010. Constrói a sua tese mediante o entendimento de que se verificou infracção ao tipo do artº 4º/LdC, quer quanto ao elemento objectivo quer quanto ao subjectivo.

Entende que se verificou infracção ao tipo objectivo, do artº 4º/LdC, porquanto a sentença equiparou execução dos contratos com a verificação de efeitos restritivos da prática proibida. Funda-se numa passagem da sentença que refere que «a inclusão em contratos de cláusulas segundo as quais se fixam os preços, ou se estipulam preços mínimos obrigatórios, a praticar pelos distribuidores e/ ou as respectivas margens comerciais, integra por si só uma restrição sensível da concorrência, independentemente dos efeitos de tal contrato, os quais se prendem com a execução do mesmo e o seu cumprimento ou não cumprimento».

Claramente a recorrente não se deu conta do significado da transcrição, que literalmente não faz a equiparação que refere. Mas facilmente se percebe que a sentença distingue, e bem, efeitos restritivos, que diz que não ocorreram a partir de determinada data, com efeitos de execução. Antes dessa frase consta expressamente que: «Ainda que pelo menos desde 2005 não se tenha apurado qualquer efeito restritivo da concorrência, mantêm-se na ordem jurídica, perfeitamente em vigor, e produzindo efeitos obrigacionais para ambas as partes, ainda que na prática não cumpridos, vários contratos com cláusulas que consubstanciam restrições da concorrência pelo seu objeto. Assim, ainda que não haja produção de efeitos anticoncorrenciais, a infração por objeto permanece» e depois consta ainda que «Assim, existiu uma restrição sensível da concorrência, em virtude do objeto do clausulado contratual, não tendo a AdC que empreender a prova dos efeitos anticoncorrenciais concretos derivados da execução contratual», o que não tem outro significado que não seja a precisão da distinção pela qual o recorrente pugna.

Aliás, a mesma sentença define com absoluta clareza aquilo que está em causa nos autos: «A infração imputada consiste na violação do Direito da Concorrência em cláusulas de determinados contratos que, por si só, são restritivas da concorrência, independentemente da produção concreta de efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador. Assim, o desvalor da infração permanecerá, em nosso entender, enquanto o contrato continuar em vigor. A infração deve qualificar-se, pois, de permanente e não de instantânea »²⁴.

Entende, ainda, que se verificou infracção ao tipo subjectivo do artº 4º/LdC, porquanto a questão relevante não é a subsistência dos contratos com cláusulas restritivas mas a relação comercial concretamente estabelecida com os seus distribuidores. Defende a tese de que o preenchimento do tipo subjectivo em infracções permanentes sobre o objecto carece de ser doloso, pelo que «é necessário que esteja preenchido o tipo subjectivo doloso, o que significa que os autores da prática que preenche o tipo objectivo têm de ter conhecimento e vontade de praticar a restrição pelo objecto que está em causa, no caso em apreço a fixação dos preços de revenda dos distribuidores da Lactogal».

²⁴ A folhas 23.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E, a partir da confusão que estabelece entre a restrição que advém da manutenção em vigor dos vários contratos com cláusulas que consubstanciam restrições da concorrência pelo seu objecto e a restrição que adviria da concreta implementação prática dessas mesmas cláusulas, com efeitos restritivos, defende a tese de que a não implementação prática do clausulado anticoncorrencial, desde 2005, determinou a ausência do dolo da sua actuação.

A tese é improcedente, porque ainda que se pudesse dar por garantida a necessidade do dolo para o preenchimento do tipo subjectivo, a questão dos autos não se coloca a nível de efeitos dos acordos mas do objecto dos mesmos, contido nas cláusulas 5ª e 8ª, acima transcritas, que fizeram parte da contratação realizada até 2006 e que subsistiam em 2010, no óbvio interesse da recorrente. O facto ilícito consiste na inclusão nos contratos das cláusulas referenciadas e de mais nada. Por isso mesmo o dolo do tipo ocorre, porque a vontade determinante da inclusão dessas cláusulas nos contratos não sofreu alteração, sendo que conforme refere o MP na contra-motivação *«é forçoso concluir, não só pelo espírito mas desde logo pela letra do Regulamento e das respetivas Orientações que a conduta assumida pela Lactogal não está abrangida pela isenção conferida pelo Regulamento (CE) n.º 330/2010»*. Isto porque *«a fixação de preços de revenda pela Lactogal, nos moldes previstos nos contratos, não deixa margem de liberdade aos distribuidores que lhes permita determinar efetivamente o preço de revenda dos produtos e, assim, diminuírem o preço de revenda fixado»; «desta forma, a fixação pela Lactogal de preços de revenda — nomeadamente através da proibição de descontos, na medida em que são fixadas também as margens de comercialização e outras remunerações — restringe a capacidade de os distribuidores poderem concorrer entre si, já que elimina a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos»* e porque *«a restrição da liberdade de formação dos preços produz necessariamente uma distorção no mercado, como também expendido na Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 11.3.2008, nos seguintes termos: “[A] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço devê resultar apenas e tão só do livre jogo do mercado, tendo embora que respeitar certas regras e princípios, regras essas que visam regular o funcionamento do mercado e não colocar-lhe entraves e introduzir-lhe distorções. Ora o acordo celebrado pelas arguidas [no caso, uma fixação horizontal de preços], pelo seu próprio objeto, interfere com o regular funcionamento do mercado na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o fator ‘preço’ decisivo neste binómio oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento das empresas concorrentes [p. 61]»*.

Quanto à questão da caracterização do dolo nos tipos de mera actividade e de perigo, previstos no artº 4º, da Lei 18/2003, o MP dilucida-a de forma bastante clara, na contra-motivação, quer na perspectiva daquilo que vem sendo a orientação da jurisprudência nacional, quer da jurisprudência comunitária, sendo suficiente



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

à solução da questão a reprodução do entendimento exarado, acompanhado da nossa declaração de inteira concordância.

Tomando por referência a interpretação da norma feita pelo ac. desta Relação de 7/11/2007, no proc. 7251/07-3, que diz que «O primeiro dos tipos descritos nesta disposição legal exige apenas que uma empresa celebre com outra um acordo que tenha por objeto o impedimento, o falseamento ou a restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do território nacional», defende que «Não há qualquer referência, neste aresto, à exigência de uma intenção de lesar a concorrência, como elemento integrador do conceito de "objeto", nem em qualquer outro aresto de tribunais nacionais proferidos em processos contraordenais por infração ao regime jurídico de defesa da concorrência».

Tomando por referência a doutrina e jurisprudência da EU, refere que «Considerando a origem da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, é imprescindível, para a respetiva interpretação, atender (como faremos ao longo da presente Resposta) à prática das instituições da União Europeia e à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), também em observância do princípio da aplicação uniforme do direito da concorrência da União Europeia, consagrado no Regulamento n.º 1/2003, bem como à doutrina interpretativa dos arestos do TJUE» Richard Whish²⁵ apresenta uma definição do "objeto" anti-concorrencial, baseada nos desenvolvimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que se traduz como «Há tipos de acordos cujo caráter anticoncorrencial pode ser determinado simplesmente pelo seu objeto; a expressão 'objeto' neste contexto não significa a intenção das partes aquando da celebração do acordo, mas sim o sentido e orientação objetivos do acordo considerado no contexto económico em que deverá ser aplicada». «No mesmo sentido, encontram-se vários Acórdãos do TJUE, por exemplo, os proferidos nos processos *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA*, proc. C - 29/83, *Sandoz Prodotti Farmaceutici*, proc. n.º 277/87, *Tréfilunion*, proc. T-148/89, e *General Motors*, proc. C- 551/03. Assim, um acordo tem por objeto restringir a concorrência sempre que, considerado no seu contexto económico, esse seja o seu sentido e propósito objetivos e independentemente da intenção das partes».

«A tese defendida pela Lactogal segundo a qual o objeto restritivo da concorrência só é punível por dolo e não por negligência, pressupõe, na verdade, que o conceito de objeto se reconduziria à intenção de lesar a concorrência». «Não sendo esse, como demonstrado, o correto conceito de objeto restritivo da concorrência, falece a tese sustentada pela Lactogal, podendo uma conduta restritiva da concorrência pelo seu objeto ser punível tanto quando se verifique o dolo como quando se verifique a negligência». «Acresce que, independentemente da discussão conceitual, a tese da Lactogal esbarra num obstáculo inelutável: o legislador, no artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003, estipulou que as infrações são puníveis também por negligência sem estabelecer qualquer distinção entre as infrações por objeto ou por efeito».

E acrescenta: «Sublinhe-se, ainda, que não existe qualquer aresto do TJUE que mencione a necessidade de intenção para que uma infração por objeto seja punível». «fixar preços é um ato objetivamente adequado a impedir,

²⁵ Cf. Richard Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 6ª edição, 2009, p. 116.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

falsear ou restringir a concorrência»; «a imposição direta de preços de revenda fixos ou mínimos é um dos exemplos de restrição grave da concorrência, por objeto direto, apontados pela Comissão Europeia nas Orientações Relativas às Restrições Verticais».

Além do exposto, há ainda a considerar que, constituindo a própria celebração dos referidos contratos com os distribuidores uma infracção pelo objecto, independente do resultado, inexistente fundamento para a conclusão recursiva de que deixou de haver dolo a partir do momento em que a arguida deixou de controlar os preços praticados pelos distribuidores. Inexistente fundamento, porque não houve desoneração contratual, tendo-se mantido em vigor pelo menos até 10 de Setembro de 2010 (data do início do procedimento) o clausulado dos preços tabelados, sendo que estava nas mãos da arguida reagir perante qualquer prática dos distribuidores contrária ao tabelamento, porquanto, por força da vigência dos contratos, ela manteve os direitos, de exigir aos distribuidores o cumprimento desse clausulado, e/ou de resolver os contratos. É claro que a manutenção do clausulado em apreço (28 do provado) só se pode dever ao reconhecimento pela arguida de que dali lhe podia advir qualquer vantagem, pois de outra forma não se percebe o motivo pelo qual o manteve vigente, durante anos, pelo menos até 2010 (início do procedimento contra-ordenacional), bem sabendo que esse clausulado era subsumível a infracção à Lei da Concorrência. Aliás, a recorrente justificou-se dizendo que isso se deveu a exigências da prática comercial e flexibilidade exigidas pelo mercado (ponto 38 do provado), donde se conclui pela possibilidade de se prevalecer ulteriormente desse mesmo clausulado. Não seria, necessariamente, uma questão de manter preços de referência mas de fazer operar as cláusulas *qua tale*.

Em face do exposto, entende-se que o dolo subsistiu inalterado por todo o período em que a recorrente manteve o clausulado vigente, quer tenha feito uso dos poderes que ele lhe atribuía, quer não.

Em resultado disto não se pode falar num novo acordo, implementado em 2005, porque pura e simplesmente ele não existiu. O que houve foi um hiato de tempo durante o qual a recorrente não fez uso dos seus poderes, *ex contractu*, que nunca se alteraram.

A recorrente extrapola nitidamente do provado na defesa da sua tese de cessação do dolo e da consequente infracção. Mas o que se provou, com relevo para a questão que coloca, foi apenas o que consta dos pontos 27 a 34 e 70 a 73, sendo que o que consta dos pontos 35 a 39 se reporta à descrição da política de preços, na perspectiva da arguida, ou seja, é a explicação que ela deu, o que não se confunde com aquilo que se veio a provar. Ou seja: provou-se que a arguida explicou o que consta nos pontos 35 a 39, provou-se que essa é a sua versão, mas não se provou que essas explicações sejam verdadeiras, que tenham aderência à realidade. O mesmo vale por dizer que os factos desses pontos 35 a 39 são, em rigor, inócuos para qualquer solução plausível das questões jurídicas de fundo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O que aconteceu foi que a arguida deixou de controlar os preços convencionalmente tabelados, o que fez por sua recreação e não por via de alteração dos clausulados restritivos neles contidos. Não tem cabimento falar em revogação tácita desse clausulado, porque não se provou qualquer facto concludente nesse sentido, sendo certo que nos termos do artigo 217º/1, do CC, apenas pode ser havida como tácita a declaração negocial quando esta «se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revela». E muito menos se provou qualquer facto conducente à conclusão de que qualquer um dos outora contraentes tenha entendido que se tivesse operado uma revogação.

A revogação consiste na destruição voluntária da relação contratual pelos próprios autores do contrato. Ora, pura e simplesmente, o que se prova, é que a arguida deixou de fiscalizar o cumprimento desse clausulado, por sua conta e risco, sem que alguma vez isso tenha resultado de um encontro de vontades entre ela e os seus distribuidores, ainda que não escrito, mas relativo à revogação das cláusulas 5ª e 8ª. Claro que se tem por assente que a ausência de funcionamento desse clausulado beneficiaria os distribuidores, mas isso não significa que eles tivessem qualquer meio de defesa, assente que fosse numa declaração tácita da recorrente, para se opor ao funcionamento do mesmo, assim que a recorrente o resolvesse assumir de novo. Aliás, ela própria manifesta o entendimento de que, afinal, o clausulado vigorava, se bem que na forma de recomendação. Resulta daqui que os efeitos restritivos ínsitos nos contratos jamais foram eliminados, pelo que a tese doutrinária de Luis de Morais ²⁶, convocada na motivação do recurso, não tem, neste processo, campo de aplicação.

Aliás, ainda em 2006 (ponto 26) foram celebrados contratos com o mesmo clausulado sendo que, «nos termos da cláusula 5.ª dos referidos contratos, (a) o distribuidor fica obrigado a praticar e respeitar os preços de venda pré-tabelados pela Lactogal e (b) as suas margens directa e indirecta, por esta actividade de compra e venda, encontram-se fixadas no próprio contrato», sendo que «(v)A obrigação de respeitar os preços e revenda fixados pela Lactogal ainda se encontra no n.º 1 alínea b) da cláusula 8.ª do contrato» (ponto 70 do provado).

A solução de irrelevância jurídica contraordenacional do não cumprimento, pelos distribuidores, do clausulado de tabelamento dos preços de revenda, nestes contratos restritivos da concorrência pelo objecto, não é sequer novidade jurisprudencial. Já no acórdão Sandoz prodotti farmaceutici SpA, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirmou que: «o facto de o fornecedor não ter tomado medidas para fazer respeitar pelos seus clientes uma cláusula de um contrato que tem por objetivo restringir a concorrência não basta para subtrair essa cláusula à proibição do artigo [101.º, n.º 1] ».

Em face da manifesta improcedência da argumentação do recorrente que se suporta na referida confusão, improcede a pretensa falta de dolo, a partir de 2005.



Toda a teoria que o recorrente exara acerca da figura do crime permanente (caso em que há um único crime que se mantém no tempo - o que não se confunde com o crime continuado!) aplica-se ao caso, com a particularidade que a factualidade ilícita não se alterou, quer no elemento objectivo quer no subjectivo. Ou seja, improcede a primeira das questões colocadas neste recurso e com ela o primeiro dos pedidos formulados.

E, improcedendo a pretensa falta de dolo a partir de 2005, daí decorre que tem solução negativa a questão que versa a prescrição – do procedimento contra-ordenacional e não da pena -- pois que, conforme acertadamente refere a sentença recorrida: «A inserção em contratos de cláusulas consideradas anti-concorrenciais pode ser entendida como uma infracção permanente, relativamente à qual, nos termos do artigo 27.º do RGCO e do artigo 119.º do Código Penal, o prazo de prescrição conta-se a partir do momento em que cessar a consumação.

No caso concreto, não tendo havido uma revogação dos contratos celebrados pela Lactogal até pelo menos 2010, data em que a Lactogal os entregou à AdC como contratos em vigor com os seus distribuidores, independentemente dos efeitos dos contratos, a infracção objectiva perdurou pelo menos até tal data, evitando o decurso do prazo da prescrição. (...)

Não é pois correto afirmar que existe uma conduta dolosa que cessou em 2005 e uma conduta negligente subsequente, pois que a conduta global imputada é dolosa. (...)

O prazo da prescrição não se conta antes de 2010 e apenas se poderá contar desde a data de cessação de cada um dos contratos. Assim, o prazo de prescrição ainda não decorreu».

Pelo exposto, também improcede a segunda questão e o segundo dos pedidos formulados.

Da dispensa ou redução da coima:

Entende o recorrente que:

- A coima aplicada deveria ter sido dispensada ou reduzida, porque os contratos deixaram de ser implementados pelo menos a partir de 2005, pelo que eram inaptos a produzir efeitos restritivos;
- Não se demonstrou a existência desses efeitos restritivos e não há motivos para prevenção especial, sendo que se provou que a abertura da rede a terceiros teve efeitos pró-concorrenciais.

Sobre a dispensa de coima, cujo regime específico consta da Lei nº 39/2006, de 25/8, cumpre sublinhar que a AdC não aplicou tal dispensa. E crê-se que bem.

Com efeito, de entre os requisitos cumulativamente consignados no artigo 4º dessa Lei para a dispensa ou para a atenuação especial da coima, logo se constata que a sua concessão no âmbito desta matéria de concorrência sempre exigiria, além do mais, nos termos da al. c) do nº 1, que a empresa arguida tivesse posto termo à sua participação na infracção o mais tardar até ao momento em que fornecesse à AdC as

²⁶ Luis de Morais, «Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição das infracções de concorrência», Almedina, Coimbra, 2009.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

informações e os elementos de prova a que se refere a alínea a). Ora, como acima amplamente expusemos, o provado não mostra que a arguida tenha alguma vez posto termo à sua participação na infracção, dado que o clausulado contratual sobre os preços manteve-se em vigor, nada apontado para a sua alteração ou revogação.

Dai que, sem necessidade de outras considerações, se conclui que não tem razão de ser a pretendida dispensa de coima.

Quanto à medida concreta da coima, verifica-se que ela foi determinada mediante a consideração de que «nos termos do art. 43.º, n.º 1, al. a), da LdC, as infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da LdC são punidas com coima que não excederá 10% do volume de negócios no último ano da empresa.

Atendendo a que se provou que o volume de negócios da Lactogal foi em 2010 de € 682.195.712, 10% do referido montante corresponde a € 68.219.571,2.

De acordo com o artigo 44.º da LdC, as coimas são fixadas atendendo nomeadamente à gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional, às vantagens de que hajam beneficiado as empresas infratoras em consequência da infracção, ao carácter reiterado ou ocasional da infração, ao grau de participação na infração, à colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento administrativo e ao comportamento do infrator na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

In casu, a conduta assume uma gravidade considerável, pela conduta em si, de fixação de preços a aplicar pelos distribuidores, e por ser uma conduta resultante de normas expressas escritas, pelo número de contratos com clausulado idêntico e atendendo ao âmbito alargado da atividade da arguida, que envolve várias marcas sobejamente conhecidas no mercado nacional. Ainda que a abertura da rede de distribuição a terceiros tenha trazido vantagens concorrenciais, que não se negam e devem ser ponderadas, a fixação dos preços consiste numa restrição sensível da concorrência. E ainda que esteja apenas em causa a distribuição de algumas marcas por via dos distribuidores do canal HORECA (hotéis, restaurantes e cafés), e que o volume de tais vendas seja bem menor que o total de vendas da empresa, o que se deve ponderar, tal restrição mantém gravidade acentuada. Importa também ponderar o tipo de alimentos envolvidos na fixação de preços, como o leite, bem básico e fundamental.

A fixação de preços dos distribuidores tem como efeito uma diminuição da concorrência intramarca e evita pressão sobre a arguida para que esta baixe os seus preços. Na fase inicial, a arguida obteve pois vantagens significativas, ainda que não quantificadas. A favor da arguida, há porém que ponderar que pelo menos desde 2005 que os distribuidores não cumprem na prática o clausulado, e que a arguida não controla o seu cumprimento, considerando os distribuidores livres de fixarem livremente os preços, pelo que a arguida não beneficia muito com o clausulado, salvo o facto de os preços da Lactogal poderem ser tidos como referência ou de, em teoria, algum distribuidor zeloso e cumpridor poder querer cumprir o acordo a que se vinculou juridicamente.

O comportamento teve reiteração, havendo contratos celebrados em 2003, e mesmo em 2006 continuaram a ser celebrados contratos com tal teor, sendo que tais contratos continuaram em vigor pelo menos até 2010, sem que a arguida quisesse alterar o clausulado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como a parte mais forte da negociação, a arguida teve papel determinante na imposição do clausulado aos seus distribuidores. Ao contrário do esgrimido pela arguida, entendemos não haver qualquer violação dos princípios da legalidade ou da justiça relativa resultante da não responsabilização de tais distribuidores por parte da AdC.

A favor da arguida há ainda que ponderar que foi a própria arguida que forneceu à AdC os vários contratos e disse estarem em vigor em 2010, e confessou os factos até 2005, pelo que colaborou, em alguma forma, com a Autoridade.

Porém, não se provou que os contratos com tal clausulado tivessem sido alterados ou revogados.

Há que atender igualmente à dimensão da arguida e quotas de mercado, bem como ao seu volume de negócios, tal como consta dos factos provados, mas também, a seu favor, à ausência de antecedentes contraordenacionais por idênticos factos e ao grau mais reduzido do volume de negócios se pensado relativamente aos contratos em causa (alguns contratos do segmento HORECA).

A autoridade administrativa aplicou uma coima concreta que não se nos afigura desrazoável, ponderada a moldura abstrata aplicável, sendo que € 341.098 corresponde a 0,05% do volume de negócios da Lactogal no ano de 2010.

Atenta a gravidade do ilícito e grau de culpa da arguida, a aplicação efetiva da sanção assume-se necessária para garantir o futuro cumprimento das normas de ordenação social, levando a recorrente a adotar comportamentos respeitadores da livre concorrência entre os vários operadores económicos.

Ponderados todos os elementos acima referidos, com especial enfoque para a duração do ilícito e âmbito alargado de atividade da arguida, consideramos razoável e proporcional a coima aplicada pela Autoridade da Concorrência».

Como resulta bem claro, na quantificação da coima foi tida em conta a totalidade dos argumentos agora despendidos pela recorrente, nos precisos termos do provado e não do entendimento que ela tem desse provado, que extrapola indevidamente o seu sentido (como por exemplo, o entendimento de que a não implementação prática do clausulado em apreço se deveu a acordo entre a recorrente e os distribuidores, acordo esse que não se provou, como abundantemente acima foi explicado; ou o entendimento de que tendo deixado de ser implementadas as referidas cláusulas a situação deixaria a ter carácter necessariamente vinculativo, na economia dos contratos vigentes, etc.).

Não implica diminuição ou inexistência da necessidade efectiva de prevenção especial o facto de ter sido a recorrente a fornecer os contratos à AdC, sendo certo que o clausulado ilícito subsistiu e não foi alterado. A recorrente, conforme ela própria refere, limitou-se a dar uma explicação, que é a que mantém, para a inserção das cláusulas, mas não justifica a manutenção destas e nem consta que tenham sido alteradas. Em causa, não esqueçamos, não está uma infracção pelo resultado, mas pelo objecto, porque se entende que ele próprio subverte a livre concorrência.

Em suma, a medida da pena aplicada, encontrada com respeito pelos parâmetros legais e pelas particularidades dos factos apurados, não merece qualquer censura. Mostra-se legalmente parametrizada,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

adequada às circunstâncias do caso e à gravidade da conduta da arguida, tendo-se ponderado devidamente as atenuantes enunciadas.

Improcede, também nesta parte, a pretendida modificação da sentença mediante dispensa ou redução da coima.

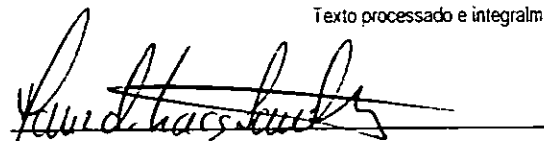
VI- Decisão:

Acorda-se, pois, negando provimento ao recurso, em manter a decisão recorrida nos seus precisos termos.

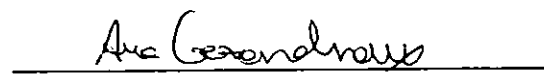
Custas pelo recorrente, com taxa de justiça de 4 ucs.

Lisboa, 29/ 01/2014

Texto processado e integralmente revisto pela relatora.



(Maria da Graça M. P. dos Santos Silva)



(Ana Paula Grandvaux Barbosa)