

PRC/2017/5

DECISÃO

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

CONDENAÇÃO

VISADAS

BIMBO DONUTS PORTUGAL, LDA.

MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.

AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.

PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.

Índice

I	DO PROCESSO.....	14
I.1	Notícia da infração.....	14
I.2	Abertura de inquérito e extração de certidão do PRC/2016/4	14
I.3	Segredo de justiça	15
I.4	Registo do processo na rede europeia da concorrência	16
I.5	Diligências probatórias	17
I.5.1	Diligências de busca, exame, recolha e apreensão.....	17
I.5.2	Pedidos de elementos de informação e de documentação	18
I.5.3	Desentranhamento e restituição de documentos à Bimbo Donuts.....	20
I.6	Pedidos de identificação de informação confidencial	20
I.6.1	Utilização de informação confidencial como meio de prova	22
I.7	Decisão de Inquérito – Nota de Ilícitude.....	23
I.8	Acesso das visadas ao processo.....	25
I.9	Pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude	28
I.10	Audição Oral.....	29
I.11	Diligências Complementares de Prova e respetivo Relatório.....	29
I.12	Prorrogação do prazo de Instrução.....	31
II	DAS QUESTÕES PRÉVIAS.....	32
II. 1	Da alegada nulidade da Nota de Ilícitude derivada da alegada proibição de prova...	33
II.1.1	<i>Posição das visadas Bimbo Donuts e MCH</i>	33
II.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	35

II. 2	Da alegada nulidade da prova derivada da alegada violação do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa	53
II.2.1	<i>Posição da visada MCH</i>	53
II.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	56
II. 3	Da nulidade da prova derivada da circunstância de a mesma ter sido recolhida sem despacho de Juiz de Instrução Criminal	66
II.3.1	<i>Posição das visadas Bimbo Donuts e MCH</i>	66
II.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	68
II. 4	Da alegada nulidade do inquérito e da Nota de Ilícitude por alegada violação do direito de defesa e do direito ao contraditório	71
II.4.1	<i>Posição da visada Bimbo Donuts</i>	71
II.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	73
II. 5	Do alegado “efeito à distância” aplicável à prova apreendida	79
II.5.1	<i>Posição da visada Bimbo Donuts</i>	79
II.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	80
II. 6	Da alegada impossibilidade de responsabilização da Bimbo Donuts por condutas relativas ao segmento do pão	81
II.6.1	<i>Posição da visada Bimbo Donuts</i>	81
II.6.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	82
II. 7	Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos	91
II.7.1	<i>Posição da visada Pingo Doce</i>	91
II.7.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	92
II. 8	Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade arguida no PRC/2016/4 e subsidiariamente no presente processo	96
II.8.1	<i>Posição da visada Pingo Doce</i>	96
II.8.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	97

II. 9	Da alegada nulidade da Nota de Ilícitude derivada do tratamento de confidencialidades.....	97
II.9.1	<i>Posição da visada Pingo Doce</i>	97
II.9.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	100
II.10	Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória.....	110
II.10.1	<i>Posição da visada Pingo Doce</i>	110
II.10.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	110
II.11	Da alegada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência	115
II.11.1	<i>Posição das visadas Pingo Doce e Bimbo Donuts</i>	115
II.11.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	117
II.12	Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Ilícitude.....	132
II.12.1	<i>Posição da visada Auchan</i>	132
II.12.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	133
II.13	Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça efetiva ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan.....	139
II.13.1	<i>Posição da visada Auchan</i>	139
II.13.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	140
II.14	Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional.....	143
II.14.1	<i>Posição das visadas Auchan e Bimbo Donuts</i>	143
II.14.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	145
II.15	Da alegada nulidade das inquirições derivadas da falta de notificação de todas as visadas para comparecer.....	155
II.15.1	<i>Posição da visada Pingo Doce</i>	155
II.15.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	155
III	DOS FACTOS.....	158

III.1	Identificação e caracterização das Visadas	158
III.1.1	Bimbo Donuts	158
III.1.2	Auchan.....	161
III.1.3	Pingo Doce	163
III.1.4	MCH.....	164
III.2	Identificação e caracterização dos mercados envolvidos.....	165
III.2.1	Dimensão do produto.....	166
III.2.1.1	Produção, comercialização e distribuição do(s) produtos(s)	166
III.2.1.2	Escoamento do(s) produto(s)	168
III.2.2	Dimensão geográfica	170
III.2.3	Conclusão quanto aos mercados	172
III.2.4	Posição das empresas visadas nos mercados identificados	173
III.2.4.1	Bimbo Donuts	173
III.2.4.1.1	Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Bimbo Donuts	176
III.2.4.2	Empresas de distribuição visadas.....	177
III.2.4.3	Posição relativa da Bimbo Donuts na faturação das empresas de distribuição visadas.....	180
III.2.5	<i>Pronúncia das Visadas</i>	188
III.2.6	<i>Apreciação da Autoridade</i>	194
III.3	Comportamentos das Visadas.....	205
III.3.1	Enquadramento quanto ao alinhamento horizontal dos PVP pelas empresas de distribuição com recurso ao fornecedor	207
III.3.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	209
III.3.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	212
III.3.1.3	Definição dos PVP.....	231

III.3.1.3.1	Pronúncia das Visadas.....	247
III.3.1.3.2	Apreciação da Autoridade	251
III.3.1.3.3	Tabelas de preços.....	264
III.3.1.3.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	272
III.3.1.3.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	274
III.3.1.3.6	Realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP	284
III.3.1.3.7	<i>Pronúncia das Visadas</i>	294
III.3.1.3.8	<i>Apreciação da Autoridade</i>	295
III.3.1.4	Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado	303
III.3.1.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	324
III.3.1.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	328
III.3.1.5	Correção de desvios.....	360
III.3.1.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	376
III.3.1.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	378
III.3.1.6	Formas de pressão, coação ou retaliação	400
III.3.1.6.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	416
III.3.1.6.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	419
III.3.2	Meios, forma e organização	432
III.3.2.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	437
III.3.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	437
III.3.3	Envolvimento das Visadas	446
III.3.3.1	Bimbo Donuts.....	447
III.3.3.1.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	453
III.3.3.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	455
III.3.3.2	MCH	482
III.3.3.2.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	485
III.3.3.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	486
III.3.3.3	Pingo Doce.....	504

III.3.3.3.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	506
III.3.3.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	509
III.3.3.4	Auchan	532
III.3.3.4.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	534
III.3.3.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	538
III.3.4	Conclusões da matéria de facto	595
IV	DO DIREITO	603
IV.1	Apreciação jurídica e económica dos comportamentos das Visadas	603
IV.1.1	Regime jurídico da concorrência aplicável	603
IV.1.1.1	Regime substantivo	604
IV.1.1.2	Regime processual	605
IV.1.1.3	<i>Pronúncia das Visadas</i>	605
IV.1.1.4	<i>Apreciação da Autoridade</i>	606
IV.1.2	Mercados relevantes	609
IV.1.2.1	Mercado relevante do produto ou serviço	612
IV.1.2.2	Mercado geográfico relevante	612
IV.1.2.3	Mercados relevantes identificados	613
IV.1.2.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	613
IV.1.2.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	613
IV.1.3	Tipo objetivo da infração	615
IV.1.3.1	Qualidade de empresa	618
IV.1.3.2	Existência de um concurso de vontades	620
IV.1.3.2.1	Prática concertada restritiva de hub and spoke	624
IV.1.3.2.2	<i>Pronúncia das Visadas</i>	639
IV.1.3.2.3	<i>Apreciação da Autoridade</i>	643
IV.1.3.3	Objeto restritivo da concorrência	652

IV.1.3.3.1	Conclusão quanto ao objeto restritivo da concorrência	669
IV.1.3.3.2	<i>Pronúncia das Visadas</i>	672
IV.1.3.3.3	<i>Apreciação da Autoridade</i>	679
IV.1.3.4	Caráter sensível da restrição da concorrência	699
IV.1.3.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	702
IV.1.3.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	704
IV.1.3.5	Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional	709
IV.1.3.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	710
IV.1.3.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	711
IV.1.3.6	Suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia	713
IV.1.3.6.1	O conceito de comércio entre os Estados-Membros	718
IV.1.3.6.2	A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros	719
IV.1.3.6.3	O conceito de caráter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia	721
IV.1.3.6.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	726
IV.1.3.6.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	728
IV.1.3.7	Conclusão da Autoridade quanto ao tipo objetivo da infração	734
IV.1.4	Tipo subjetivo da infração	735
IV.1.4.1	Ilícitude	741
IV.1.4.2	Culpa	743
IV.1.4.3	Punibilidade	747
IV.1.4.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	748
IV.1.4.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	751
IV.1.5	Execução temporal e natureza permanente da infração	765
IV.2	Determinação das sanções	770
IV.2.1	Prevenção geral e prevenção especial	770

IV.2.2	Medida legal e determinação da coima	771
IV.2.3	Critérios para a determinação da coima	775
IV.2.3.1.1	A gravidade da infração	777
IV.2.3.1.2	A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração.....	780
IV.2.3.1.3	A duração da infração	781
IV.2.3.1.4	O grau de participação das Visadas na infração	782
IV.2.3.1.5	As vantagens de que as Visadas hajam beneficiado em consequência da infração	787
IV.2.3.1.6	O comportamento das Visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência	790
IV.2.3.1.7	A situação económica das Visadas	790
IV.2.3.1.8	Os antecedentes contraordenacionais das Visadas	791
IV.2.3.1.9	A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo	792
IV.2.4	Concurso de infrações	793
IV.2.5	<i>Pronúncia das Visadas</i>	795
IV.2.6	<i>Apreciação da Autoridade</i>	798
IV.2.7	Conclusão relativa à determinação das coimas aplicáveis	804
IV.2.8	Sanções acessórias aplicáveis.....	805
V	CONCLUSÃO.....	806
VI	DECISÃO	808

SUMÁRIO EXECUTIVO

- A. O processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na Autoridade sob a referência PRC/2016/4.
- B. Na sequência das referidas diligências, o conselho de administração da AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos (doravante, “processos da Grande Distribuição”), tendo procedido à abertura, em 21.03.2017, de inquérito no âmbito do presente processo contra as empresas Bimbo Donuts Portugal, Lda., Modelo Continente Hipermercados, S.A., Sonae MC, SGPS, S.A.¹, Modelo Continente, SGPS, S.A.², Auchan Retail Portugal, S.A., Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. e Jerónimo Martins – SGPS, S.A.³.
- C. A decisão do conselho de administração da AdC baseou-se no facto de inexistirem elementos de conexão com o PRC/2016/4 ou com os demais processos da Grande Distribuição, face à factualidade, às entidades potencialmente envolvidas e à eventual duração das práticas indiciadas, inexistindo qualquer relação de causa-efeito entre os vários processos.
- D. Na presente decisão conclui-se que, de forma permanente e ininterrupta, durante, pelo menos, aproximadamente onze anos (2005-2016), os comportamentos adotados pelas visadas Bimbo Donuts, MCH, Pingo Doce e Auchan consubstanciaram uma fixação de PVP quanto aos produtos da Bimbo Donuts no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, alcançada de forma indireta, por via de contactos estabelecidos através do fornecedor (prática designada de “*hub and spoke*”).
- E. A prova junta aos autos evidencia que o objetivo prosseguido pelas visadas consiste em promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado, garantindo maiores

¹ O processo foi arquivado, em sede de Nota de Ilícitude, quanto à empresa Sonae MC, SGPS, S.A.

² O processo foi arquivado, em sede de Nota de Ilícitude, quanto à empresa Modelo Continente, SGPS, S.A.

³ O processo foi arquivado, em sede de Nota de Ilícitude, quanto à empresa Jerónimo Martins – SGPS, S.A.

índices de rentabilidade ao longo de toda a cadeia de distribuição na comercialização dos produtos da Bimbo Donuts à custa da violação da lei da concorrência.

- F. A prova evidencia também que as insígnias têm conhecimento, através do fornecedor, do comportamento perspetivado pelas suas concorrentes em matéria de *pricing* e contribuem, através do seu próprio comportamento, com essa mesma intenção, para a realização do objetivo comum.
- G. Em síntese, as empresas de distribuição visadas – os *spokes* – não comunicavam diretamente entre si, mas recorriam à visada Bimbo Donuts – o *hub* – que, enquanto *pivot* e participante ativa no comportamento ilícito, transmitia informações e diretrizes àquelas visadas com vista ao alinhamento horizontal de PVP no mercado retalhista.
- H. A prática de fixação indireta dos PVP em causa qualifica-se como uma restrição grave da concorrência, proibida nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
- I. Não obstante os acordos verticais de fixação de PVP estabelecidos entre cada empresa de distribuição e o fornecedor, consubstanciarem, em si mesmos, infrações às mesmas disposições legais, a AdC entende que não é essa circunstância que melhor reflete o acordo efetivo e mais abrangente que é revelado pela prova junta aos autos, que demonstra a existência inequívoca de uma dimensão horizontal, em acréscimo às componentes puramente verticais, que são instrumentais face à prática de “*hub and spoke*”.
- J. Não sendo possível excluir que os comportamentos investigados estejam ainda em curso, a Autoridade impõe também, como medida de conduta, a imediata cessação da prática restritiva da concorrência objeto da presente Decisão.

PRC/2017/5

DECISÃO

A Autoridade da Concorrência (“Autoridade” ou “AdC”),

Considerando as competências que lhe são atribuídas pelo disposto na alínea a) do artigo 5.º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, ambos dos Estatutos da Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (“Estatutos”);

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“LdC” ou “Lei n.º 19/2012”)⁴ e as regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)⁵,

No processo de contraordenação aberto nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, registado sob a referência interna **PRC/2017/5** (processo ou PRC/2017/5), em que são visadas:

- A. **BIMBO DONUTS PORTUGAL, Lda.**, com o número de pessoa coletiva 501487646 e sede na Rua da Indústria, n.º 25 – Bairro São Carlos, 2725-473 Mem Martins (Bimbo Donuts)⁶;
- B. **MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 502011475 e sede na Rua João Mendonça, n.º 505, 4464-503 Senhora da Hora, Matosinhos (MCH);
- C. **PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 500829993 e sede na Rua Actor António Silva, n.º 7, 1649-033 Lisboa (Pingo Doce);

⁴ Na redação que lhe é dada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

⁵ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JO) de 17 de dezembro de 2007, C 306/1.

⁶ Na data de abertura de inquérito no presente Processo, a designação social da Bimbo Donuts Portugal, Lda. era Bakery Donuts Portugal, Lda. As referências a essa designação social devem, pois, considerar-se feitas à Bimbo Donuts.

D. **AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 502607920 e sede na Travessa Teixeira Júnior, n.º 1, 1300-553 Lisboa (Auchan)^{7, 8};

Considerando a Nota de Ilícitude deduzida no processo, por decisão do conselho de administração da AdC, de 24 de junho de 2020, bem como as pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude submetidas à AdC pelas empresas visadas, complementadas por audição oral, sempre que aplicável, e por diligências complementares de prova ocorridas na fase de instrução do processo;

Considerando todos os elementos constantes do processo, incluindo aqueles que às visadas, ao abrigo dos seus direitos de audição e defesa, aprovou comunicar à AdC;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito⁹:

⁷ Na data de abertura do presente inquérito, a designação social da Auchan Retail Portugal, S.A. era Auchan Portugal – Hipermercados, S.A. As referências a essa designação social devem, pois, considerar-se feitas à Auchan.

⁸ Na abertura do presente inquérito foi igualmente considerada visada a sociedade Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A. (“Auchan Portugal Investimentos”), que no âmbito de uma operação de reestruturação do Grupo Auchan, nomeadamente de uma fusão, foi incorporada, mediante a transferência global do seu património na sociedade Auchan, conforme melhor detalhado *infra* no capítulo III.1.2.

⁹ Doravante, as visadas MCH, Pingo Doce e Auchan serão designadas por “empresas de distribuição visadas” quando mencionadas conjuntamente entre si e por “visadas” ou “empresas visadas” quando mencionadas em conjunto com a Bimbo Donuts.

I DO PROCESSO

I.1 Notícia da infração

1. O processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na Autoridade sob a referência PRC/2016/4, instaurado por decisão do conselho de administração da AdC de 3 de junho de 2016, contra a empresa Super Bock Bebidas, S.A. (PRC/2016/4).
2. Nas diligências de busca e apreensão realizadas no PRC/2016/4 entre os dias 25 de janeiro e 3 de fevereiro de 2017 surgiram, para além de indícios relativos ao envolvimento da empresa ali visada em práticas restritivas da concorrência, fortes indícios do envolvimento de outras empresas ativas no mercado da distribuição retalhista alimentar e no mercado da produção, fornecimento e comercialização de outros produtos alimentares e não alimentares em práticas restritivas da concorrência distintas, tendo a AdC decidido realizar diligências de busca e apreensão adicionais.
3. As referidas diligências adicionais realizaram-se entre os dias 7 de fevereiro e 3 de março de 2017 num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar.
4. Em resultado destas últimas diligências, foram encontrados e apreendidos documentos que confirmaram o envolvimento dessas empresas de distribuição retalhista, bem como de alguns fornecedores de produtos alimentares e não alimentares, em potenciais práticas restritivas da concorrência, de cariz simultaneamente vertical e horizontal.

I.2 Abertura de inquérito e extração de certidão do PRC/2016/4

5. Na sequência das diligências de busca adicionais realizadas no PRC/2016/4, o conselho de administração da AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos, tendo então decidido, oficiosamente, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, proceder à abertura, em 21 de março de 2017, de inquérito no âmbito do presente processo (cf. fls. 2 a 5 do processo).
6. A decisão do conselho de administração da AdC baseou-se no facto de inexistirem elementos de conexão entre a factualidade, as entidades potencialmente envolvidas e

a eventual duração das práticas indiciadas em causa nos dois processos contraordenacionais¹⁰, não existindo nenhuma relação de causa-efeito entre as práticas investigadas em cada um deles¹¹.

7. Neste sentido, procedeu-se à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 para o presente processo, em suporte de papel e digital (cf. Termos de Extração de Certidão constantes de fls. 3568 a 3577, 3585 e 5355 a 5367 do processo).
8. O ilícito indiciado nos presentes autos diz respeito ao estabelecimento ou, pelo menos, à promoção de uma fixação ou alinhamento horizontal dos preços de venda ao público de produtos da Bimbo Donuts no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, por um determinado período temporal, com o objetivo de levar a condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, criando deste modo um entrave à concorrência nos mercados em causa.
9. As diligências de investigação realizadas durante a fase de inquérito levaram a concluir pelo envolvimento das empresas Bimbo Donuts, MCH Pingo Doce, e Auchan, pelo que as mesmas assumem a qualidade de empresas visadas no presente processo contraordenacional.

I.3 Segredo de justiça

10. Na Decisão de Abertura de Inquérito de 21 de março de 2017, o conselho de administração da AdC determinou a imposição do segredo de justiça ao processo, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012¹².
11. Esta decisão baseou-se, fundamentalmente, na necessidade de proteção dos interesses da investigação, que podiam ser prejudicados pela publicidade do inquérito

¹⁰ Concretamente, no PRC/2016/4 estava em causa a prática, pela empresa Super Bock Bebidas, S.A., de fixação, por meios diretos e indiretos, de preços e outras condições aplicáveis à revenda dos seus produtos por uma rede distribuidores independentes no canal HORECA, referente a Hotéis, Restaurantes e Cafés (restrição vertical).

¹¹ Cf. artigo 36.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS) e artigo 24.º do Código de Processo Penal, *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 41.º do RGIMOS.

¹² Cf. artigo 2.º da Decisão de Abertura de Inquérito, fls. 2 a 5 do processo.

atendendo, em particular, à obtenção dos elementos probatórios necessários ao preenchimento do tipo contraordenacional imputado às visadas.

12. Em 13 de agosto de 2018, veio a visada MCH requerer a manutenção do segredo de justiça no presente processo contraordenacional “*mesmo após o termo da fase de inquérito*” e, em particular, que esta Autoridade “*se abstenha de publicar qualquer notícia ou comunicado*” sobre uma eventual dedução de decisão de inquérito, devendo acrescentar “*aos fundamentos para sujeição dos referidos processos a segredo de justiça, a circunstância de a publicidade poder colidir com direitos da Visada*” (cf. fls. 5168 a 5176 do processo).
13. Na Nota de Ilícitude adotada em 24 de junho de 2020, o conselho de administração da AdC determinou o levantamento do segredo de justiça, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012, por considerar que deixavam de se verificar, na fase de instrução do processo, os fundamentos que determinaram a sua sujeição a segredo de justiça e que a adoção de uma Nota de Ilícitude não constituía qualquer juízo prévio e definitivo de condenação das visadas, não se vislumbrando interesses excepcionais para o desvio à regra da publicidade¹³.

I.4 Registo do processo na rede europeia da concorrência

14. Em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Regulamento n.º 1/2003)¹⁴, correspondentes aos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, a Autoridade comunicou, por escrito, à Comissão Europeia, em 18 de janeiro de 2018, a instauração do processo, tendo esta informação sido disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros.

¹³ Cf. comunicado 09/2020 da AdC, publicado em 25.06.2020, disponível em www.concorrencia.pt, consultado em 06.10.2020, e cópia junta a fls. 9204 do processo.

¹⁴ Publicado no JO de 4 de janeiro de 2003, L 1/1.

I.5 Diligências probatórias

15. No âmbito do inquérito conduzido pela Autoridade e com vista ao apuramento dos factos necessários à descoberta da verdade, foram realizadas, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, as seguintes diligências de investigação:

I.5.1 Diligências de busca, exame, recolha e apreensão

16. Conforme anteriormente referido, numa primeira fase, ainda no decurso da investigação realizada no âmbito do PRC/2016/4, foram encontrados indícios do envolvimento de empresas, que não eram visadas no referido processo, em eventuais práticas restritivas da concorrência.
17. Com efeito, ainda no âmbito do PRC/2016/4 e para além das diligências de busca realizadas em instalações da Super Bock entre os dias 25 de janeiro de 2017 e 3 de fevereiro de 2017, a Autoridade, devidamente mandada para o efeito pelo Ministério Público¹⁵, procedeu à realização de diligências de busca adicionais num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar.
18. Desse modo, a Autoridade realizou diligências de busca:
- i)* Em instalações da MCH, entre os dias 7 de fevereiro e 3 de março de 2017 (fls. 3603 a 3838 e 5370 a 5439 do processo);
 - ii)* Em instalações da Pingo Doce e da Jerónimo Martins, entre os dias 7 e 27 de fevereiro de 2017 (fls. 3839 a 3939 do processo); e
 - iii)* Em instalações da Auchan, entre os dias 16 de fevereiro e 3 de março de 2017 (fls. 3942 a 4048 e 5498 a 5503 do processo).
19. Já no âmbito do presente processo, a AdC instruiu e fundamentou um requerimento dirigido à autoridade judiciária competente, solicitando autorização para realizar

¹⁵Os requerimentos para a realização das diligências de busca, exame recolha e apreensão, bem como os despachos de fundamentação do Ministério Público e respetivos mandados foram juntos aos autos do referido processo contraordenacional que correu termos na AdC com a referência interna PRC/2016/4, no âmbito do qual foram realizadas as diligências em causa, salientando-se que estas foram entretanto, nesse mesmo âmbito, objeto de recurso de impugnação judicial.

diligências de busca e apreensão nas instalações da Bimbo Donuts, nos termos e para os efeitos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 (fls. 8 a 22 do processo), tendo o respetivo mandado sido emitido na sequência de despacho da secção de turno do Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa (DIAP de Lisboa) de 25 de maio de 2017 (fls. 23 a 30 do processo).

20. A Autoridade realizou as referidas diligências de busca nas instalações da Bimbo Donuts entre os dias 30 de maio e 7 de junho de 2017 (fls. 50 a 85 do processo).
21. Em 2 de outubro de 2018, vieram as visadas Jerónimo Martins e Pingo Doce reiterar os requerimentos apresentados no âmbito do PRC/2016/04, nos quais invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes às diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade¹⁶.
22. Uma vez que foi extraída certidão do PRC/2016/04 para o processo e que a mesma inclui os referidos requerimentos de arguição de alegadas nulidades/irregularidades (cf. fls. 3867 a 3887, 3889 a 3890, 3899 e 3912 do processo), remete-se para a resposta da AdC que indeferiu tal arguição¹⁷.

I.5.2 Pedidos de elementos de informação e de documentação

23. Durante a fase de inquérito e fase de instrução, foram efetuados os seguintes pedidos de elementos de informação e de documentação:
 - i) À Bimbo Donuts:
 - Em 4 de maio de 2018¹⁸, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24 de maio de 2018 (cf., respetivamente, fls. 4056 a 4062 e 4101 a 4163 do processo);

¹⁶ Cf. requerimento de 02.10.2018 registado sob o n.º E-AdC/2018/5148, fls. 5297 a 5339 do processo.

¹⁷ Cf. resposta de 16.05.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1055 e resposta de 17.05.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1079, fls. 3174 a 3190 e 3196 a 3202 do processo PRC/2016/4.

¹⁸ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/977.

- Em 6 de julho de 2018¹⁹, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24 de julho de 2018 (cf., respetivamente, fls. 4519 a 4525 e 4763 a 4770 do processo);
 - Em 11 de maio de 2021²⁰, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 26 de maio e 1 de outubro de 2021 (cf., respetivamente, fls. 8799 a 8804, 9023 e 9222 do processo);
- ii) À Auchan:
- Em 3 de julho de 2018²¹, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24, 27 de julho de 2018 e em 2 de agosto de 2018 (cf., respetivamente, fls. 4494 a 4501, 4803 a 4856, 4979 a 4986 e 5126 a 5131 do processo);
- iii) À MCH:
- Em 3 de julho de 2018²², tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 17, 20 e 27 de julho, em 16 de agosto, em 18 de setembro e em 1 de outubro de 2018 (cf., respetivamente, fls. 4486 a 4493, 4669 a 4704, a 4725 a 4728, 4958 a 4964, 5185 a 5188, 5192 a 5195 e 5289 a 5296 do processo);
 - Em 6 de dezembro de 2019²³, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 20 de dezembro de 2019 (cf., respetivamente, fls. 6358 a 6362 e 6418 a 6425 do processo);
- iv) À Pingo Doce:
- Em 13 de dezembro de 2018²⁴, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 28 de dezembro de 2018 (cf., respetivamente, fls. 5888 a 5893 e 5916 a 5925 do processo).

¹⁹ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1601.

²⁰ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/1268.

²¹ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1558.

²² Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1557.

²³ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2019/4963.

²⁴ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/3054.

I.5.3 Desentranhamento e restituição de documentos à Bimbo Donuts

24. No dia 21 de março de 2018, a Autoridade considerou que 905 (novecentos e cinco) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Bimbo Donuts durante as diligências de busca não detinham valor probatório relevante, designadamente por não se revelarem essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que já se encontravam no processo (cf. Auto de Desentranhamento, fls. 3527 a 3537 do processo).
25. Nessa medida, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à Bimbo Donuts, através da entrega de dispositivo de armazenamento externo com certificação digital, tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido entregues, por protocolo²⁵, nas instalações dos mandatários da Bimbo Donuts, em 23 de março de 2018 (cf. fls. 3539 a 3552 do processo).
26. Na sequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram então a constar do processo 1096 (mil e noventa e seis) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Bimbo Donuts durante as diligências de busca.

I.6 Pedidos de identificação de informação confidencial

27. Ao abrigo do artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade desenvolve durante a instrução de cada processo um procedimento de tratamento de informação confidencial, no âmbito do qual as visadas têm oportunidade de classificar as informações que consideram confidenciais, fundamentando a classificação proposta.
28. Sempre que a Autoridade não concorde com a referida classificação, informa as visadas do respetivo sentido provável de decisão, para que as visadas possam pronunciar-se num momento prévio à adoção de uma decisão final pela Autoridade.
29. Neste processo, foram efetuados, durante a fase de inquérito, os seguintes pedidos de identificação de informação confidencial:

²⁵ Notificação presencial.

i) À Bimbo Donuts:

- Em 23 de março de 2018 e em 16 de maio de 2018²⁶, conforme resulta do teor de fls. 3553 a 3560 e 4070 a 4075 do processo, correspondente a prova de correio eletrónico e documentos em papel respetivamente, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 4049 a 4055 – A e 4172 a 4174 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 2 e 30 de maio de 2018;

ii) À Auchan:

- Em 16 de maio de 2018²⁷, conforme resulta do teor de fls. 4083 a 4089 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 4197 a 4203 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 4 de junho de 2018;

iii) À MCH:

- Em 16 de maio de 2018²⁸, conforme resulta do teor de fls. 4063 a 4069 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 4413 a 4416 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 20 de junho de 2018;

iv) À Pingo Doce:

- Em 16 de maio de 2018²⁹, conforme resulta do teor de fls. 4076 a 4082 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 4337 a 4338 e 4369 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 15 de junho de 2018.

²⁶ Cf. ofícios registados sob os n.ºs S-AdC/2018/684 e S-AdC/2018/1040, respetivamente.

²⁷ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1051.

²⁸ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1032.

²⁹ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1044.

30. Durante a fase de instrução, foram efetuados os seguintes pedidos de identificação de informação confidencial:

i) À Bimbo Donuts:

- Em 11 de maio de 2021³⁰, conforme resulta do teor de fls. 8799 a 8804 do Processo, tendo a resposta, constante de fls. 9024 a 9025 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 26 de maio de 2021;
- Em 2 de junho de 2021³¹, conforme resulta do teor de fls. 9076 a 9078 do processo.

ii) À Pingo Doce:

- Em 16 de abril de 2021³², conforme resulta do teor de fls. 8460 a 8463 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 8704 a 8798 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 11 de maio de 2021.

I.6.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova

31. O acesso aos documentos contendo informação classificada como confidencial é salvaguardado no estrito cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012, sendo permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012 e da eventual impugnação judicial da decisão da Autoridade, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.
32. Para efeitos de imputação às visadas dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, a par de documentos não confidenciais, a Autoridade constatou, a necessidade de utilizar informação contida em documentos integral ou parcialmente

³⁰ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/1268.

³¹ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/1564.

³² Cf. ofícios registados sob os n.ºs S-AdC/2021/2902, S-AdC/2021/2904, S-AdC/2021/2907 e S-AdC/2021/2908.

classificados como confidenciais pelas visadas Bimbo Donuts, MCH, Auchan e Pingo Doce, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.

33. Para o efeito, a AdC adotou, em 26 de outubro de 2021, sentido provável de decisão de levantamento de confidencialidades, através do qual foi determinada a notificação das referidas visadas, para se pronunciarem, no prazo de 10 (dez) dias úteis, sobre o conjunto de documentos que classificaram como confidenciais, possibilitando que cada uma apresentasse esclarecimentos adicionais quanto à natureza sigilosa da informação ou revisse a classificação inicialmente efetuada, previamente à sua utilização pela Autoridade como meio de prova para demonstração da infração.³³
34. As visadas MCH e Pingo Doce pronunciaram-se a 10 de novembro de 2021 e a visada Bimbo Donuts pronunciou-se em 12 de novembro de 2021.
35. Recebidas e analisadas as pronúncias, a Autoridade, mediante a adoção e notificação às visadas de decisão final em 16 de novembro de 2021, confirmou a utilização dos documentos classificados como confidenciais para efeitos de imputação dos factos que constituem infração às visadas e como prova da mesma, tendo esta decisão final sido notificada às visadas.

I.7 Decisão de Inquérito – Nota de Ilícitude

36. Por decisão adotada em 24 de junho de 2020³⁴, o conselho de administração da AdC concluiu, com base no inquérito realizado, que existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória contra as visadas, decorrente da sua participação em comportamentos que consubstanciam uma fixação de preços por via de uma prática concertada de “*hub and spoke*” tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que constitui uma

³³ Cf. ofícios registados sob os n.ºs S- AdC/2021/2902, S-AdC/2021/2904, S-AdC/2021/2907 e S-AdC/2021/2908.

³⁴ Por deliberações de 20 de setembro de 2018, 21 de março de 2019 e 3 de março de 2020, o conselho de administração da AdC decidiu prorrogar o prazo da fase de inquérito, nos termos e para os efeitos do n.º 1 e 2 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, em virtude da necessidade de proceder à apreciação da prova, tratar de confidencialidades identificadas e de responder a vários requerimentos apresentados e a alegadas irregularidades ou invalidades arquivadas.

infração à alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC, bem como à alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

37. Nesse pressuposto, o conselho de administração da AdC decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução do processo, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da LdC, através da adoção e notificação de uma Nota de Ilícitude, que aqui se dá por integralmente reproduzida (fls. 6927 a 7073 do processo).
38. O conselho de administração da AdC procedeu, assim, à imputação de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE a cada uma das visadas, em regime de participação (sob a forma de coautoria).
39. Na mesma decisão, o conselho de administração da AdC determinou proceder ao arquivamento do processo em relação às empresas Modelo Continente, SGPS, S.A., Sonae MC, SGPS, S.A., e Jerónimo Martins – SGPS, S.A.
40. O encerramento do inquérito e o início da instrução, mediante a adoção de Nota de Ilícitude, foi regularmente notificado a todas as visadas, por ofícios expedidos pela AdC em 25 de junho de 2020 (fls. 7082 a 7103 do processo)³⁵.
41. Para efeitos do exercício dos direitos de audição e defesa das visadas, a AdC fixou o prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data de receção da Nota de Ilícitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º da LdC, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da LdC.
42. Em 29 de julho de 2020 e 15 de setembro de 2020, em resposta a requerimentos apresentados pelas visadas, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude foi prorrogado pela AdC por um período adicional de 30 (trinta) dias úteis e de 15 (quinze) dias úteis, respetivamente, com término a 14 de outubro de 2020, aproveitando a todas as visadas, com o intuito de disponibilizar o tempo e os recursos necessários ao exercício pleno dos direitos de defesa (fls. 7308-A a 7308-P e 7344 a 7352 do processo).

³⁵ Também o arquivamento relativo às empresas identificadas lhes foi regularmente notificado por ofícios expedidos na mesma data.

I.8 Acesso das visadas ao processo

43. Conforme acima referido, na Nota de Ilícitude adotada em 24 de junho de 2020, o conselho de administração da AdC determinou o levantamento do segredo de justiça no processo.

44. Desde a adoção da Nota de Ilícitude foram efetuados os seguintes pedidos de acesso ao processo:

i) Pela Bimbo Donuts:

- Em 25 de junho de 2020, requereu consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC e cópia da versão não confidencial do mesmo, pedido deferido pela Autoridade em 26 de junho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7105 a 7106 e 7107 a 7109 do processo);
- Em 30 de junho de 2020, a AdC enviou à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 7119 a 7121 do processo);
- A consulta presencial ocorreu de 1 a 2 de julho de 2020 (fls. 7131 a 7136 e 7158 a 7160 do processo);
- Em 11 de novembro de 2020, requereu consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, pedido deferido pela Autoridade em 12 de novembro de 2020 (cf., respetivamente, fls. 8031 a 8032 e 8033 a 8035 do processo);
- Em 2 de dezembro de 2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido na mesma data (cf. fls. 8040 a 8044 do processo);
- A consulta presencial ocorreu a 9 de dezembro de 2020 (cf. fls. 8045 a 8052 do processo).

ii) Pela MCH:

- Em 9 de julho de 2020, requereu cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela AdC em 10 de julho de 2020 (cf. fls. 7217 a 7221 do processo);
- Em 13 de julho de 2020, a AdC enviou à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 7228 a 7231 do processo);

- Em 3 de setembro de 2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, pedido deferido na mesma data (cf. fls. 7318 a 7321);
- A consulta presencial ocorreu a 7 de setembro de 2020 (cf. fls. 7325 a 7327 do processo).

iii) Pela Pingo Doce:

- Em 29 de junho requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 30 de junho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7113 a 7114 e 7122 a 7124 do processo);
- A consulta presencial ocorreu a 2 e 3 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls.7160 a 7162 e 7194 a 7198 do processo);
- Em 3 de julho de 2020, a AdC enviou à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 7163 a 7164 do processo);
- Em 3 de julho de 2020, requereu a continuação de consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido pela AdC em 6 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7199 e 7203 a 7205 do processo);
- A consulta presencial ocorreu nos dias 6, 7 e 9 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7200 a 7202, 7206 a 7209 e 7213 a 7216 do processo);
- Em 1 de setembro de 2020, requereu consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido em 2 de setembro de 2020 (cf. fls. 7313 a 7315 do processo);
- Em 4 de setembro de 2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido a 7 de setembro de 2020 (cf. fls. 7322 a 7324 do processo);
- A consulta presencial ocorreu nos dias 9, 10 e 11 de setembro de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7331, 7332 e 7337 do processo);

- Em 11 de setembro de 2020, requereu a continuação da consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido a 14 de setembro de 2020 (cf., respetivamente, fls. 7336 e 7338 a 7339 do processo);
- A consulta presencial ocorreu no dia 15 de setembro de 2020 (cf. fls. 7353 do processo);
- Em 18 de setembro de 2020, requereu a continuação da consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido na mesma data (cf. fls. 7354 a 7357 do processo);
- Em 20 de novembro de 2020, requereu, com caráter de urgência, a continuação da consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido na mesma data pela AdC (cf. fls. 8036 a 8037 do processo);
- A consulta presencial ocorreu no dia 25 de novembro de 2020 (cf. fls. 8038 a 8039 do processo);
- Em 27 de maio, requereu cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 31 de maio de 2021 (cf., respetivamente, fls. 9063 a 9064 do processo);
- Em 1 de junho de 2021, a AdC enviou à visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 9073 a 9075 do processo);
- Em 28 de maio de 2021, requereu, com caráter de urgência, a consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido em 31 de maio de 2021 pela AdC (cf. fls 9065 a 9066 do processo);
- A consulta presencial ocorreu nos dias 23 de junho, 9 e 20 de julho de 2021 (cf. fls 9103, 9108 e 9113 do processo).

iv) Pela Auchan:

- Em 30 de junho de 2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial do mesmo, pedido deferido na mesma data (cf., respetivamente, fls. 7115 a 7118 e 7125 a 7128 do processo);

- Em 3 de julho de 2020, a AdC enviou à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 7162-D a 7162-G do processo);
- Em 17 de julho de 2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido na mesma data (cf. fls. 7262 a 7263 do processo);
- A consulta presencial ocorreu no dia 22 de julho de 2020 (cf. fls. 7267 a 7269).

I.9 Pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude

45. Em 14 de outubro de 2020, as visadas Bimbo Donuts³⁶, Pingo Doce³⁷, MCH³⁸ e Auchan³⁹ apresentaram as suas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude (“PNI”), que aqui se dão por integralmente reproduzidas e às quais a AdC se referirá doravante na presente Decisão, conjuntamente, por “Pronúncia das Visadas”.
46. Para além de contestarem a matéria de facto que lhes é imputada na Nota de Ilícitude e de invocarem erros nos pressupostos de direito e na subsunção dos factos ao direito (questões sobre as quais a AdC se pronunciará, respetivamente, nos capítulos III e IV da presente Decisão), as visadas invocam questões prévias relativas a alegadas nulidades e inconstitucionalidades e a prescrição do procedimento contraordenacional relativo a factos praticados entre 2004 e 2012 (sobre as quais a AdC se pronunciará no capítulo II da presente Decisão).

³⁶ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/6349, fls. 7368 a 7445 do processo (doravante individualmente designada “PNI Bimbo Donuts”).

³⁷ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/6364, fls. 7447 a 7629 do processo (doravante individualmente designada “PNI Pingo Doce”).

³⁸ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/6369, fls. 7631 a 7749 do processo (doravante individualmente designada “PNI MCH”).

³⁹ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/6372, fls. 7751 a 7897 do processo (doravante individualmente designada “PNI Auchan”).

I.10 Audição Oral

47. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a visada Pingo Doce requereu a realização de audição oral, indicando, para o efeito, a prestação de declaração de dois colaboradores, tendo, posteriormente, prescindido de um dos declarantes⁴⁰.
48. A referida audição realizou-se em 29 de abril de 2021, através de vídeo-conferência, via Microsoft Teams⁴¹, tendo sido gravada e autuada por termo, nos termos do n.º 6 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012 (cf. fls. 8582 a 8584 e 8595 do processo).
49. Na audição oral estiveram presentes os mandatários legalmente constituídos pela Pingo Doce, bem como o declarante indicado pela visada para prestar esclarecimentos.
50. Em 26 de maio de 2021, em cumprimento do disposto no n.º 8 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012, a cópia do termo de realização da audição oral e a versão não confidencial da transcrição da respetiva gravação foi notificada às co-visadas (fls. 9012 a 9022 do processo).
51. Nenhuma visada se pronunciou sobre o teor da audição oral realizada.

I.11 Diligências Complementares de Prova e respetivo Relatório

52. Nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 25.º da LdC, as visadas MCH e Auchan requereram a realização de diligências complementares de prova com a PNI.
53. A visada MCH requereu a inquirição de duas testemunhas; a visada Auchan requereu a extração de certidão para o presente processo dos autos das inquirições realizadas a duas testemunhas no âmbito do processo contraordenacional PRC/2017/01, expurgada a informação relativas a outras visadas desse processo e a realização de um estudo e análise aprofundada sobre o funcionamento e estrutura do mercado de retalho alimentar em Portugal (“Estudo”).

⁴⁰ Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/2339, de 27.04.2021, fls. 8571 a 8573 do processo.

⁴¹ A realização da audição oral através de meios telemáticos, bem como os procedimentos adotados aquando da assinatura do termo, justificaram-se pelo contexto relativo à COVID-19 e, em particular, às medidas preventivas adotadas de forma a mitigar eventuais riscos de saúde pública, tendo todos os presentes sido informados e dado o seu consentimento expresso para estes efeitos e considerando-se cumpridos os requisitos previstos no artigo 26.º da Lei da Concorrência.

54. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 25.º da LdC, a AdC realizou todas as diligências complementares de prova requeridas pelas visadas, com exceção da realização do Estudo solicitado pela Auchan.
55. A inquirição das duas testemunhas indicadas pela MCH ([CONFIDENCIAL – Dados pessoais] [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]) ocorreu nos dias 28 e 29 de abril de 2021, tendo os mandatários da MCH estado presentes, acompanhando a totalidade das diligências e solicitado às testemunhas os esclarecimentos que entenderam convenientes (cf. fls. 8576 a 8581 e 8586 a 8589 do processo).
56. Em 26 de janeiro de 2021, a Autoridade deferiu a extração de certidão dos autos das inquirições realizadas no PRC/2017/01 solicitada pela Auchan, tendo a mesma sido realizada em 5 de maio de 20121 (cf. fls. 8699 a 8703 do processo).
57. A não realização do Estudo solicitado pela Auchan ficou a dever-se ao facto de a AdC ter considerado, por decisão devidamente fundamentada e notificada à visada, tendo-lhe sido previamente dada a oportunidade de se pronunciar sobre o sentido provável de decisão da Autoridade, que no contexto do presente processo e em face dos elementos constantes dos autos (que já incluem uma análise dessa natureza) e das demais diligências complementares de prova a realizar na fase de instrução, o Estudo se reveste de um carácter manifestamente irrelevante e dilatatório⁴² (cf. fls. 8063 a 8066, 8469 a 8474 e 8963 a 8968 do processo).
58. Nos termos do n.º 8 do artigo 18.º da LdC, foi lavrado auto das diligências de inquirição realizadas.
59. Nos termos do n.º 5 do artigo 25.º da LdC, a AdC notificou todas as visadas pelo processo do relatório de diligências complementares de prova adotado, incluindo os elementos probatórios juntos aos autos nesse contexto, fixando um prazo de 10 (dez) dias úteis para que, querendo, se pronunciassem⁴³.

⁴² Cf. comunicações com a referência interna n.º S-AdC/2021/305, de 26.01.2021, n.º E-AdC/2021/2140, de 18.04.2021 e n.º S-AdC/2021/1352, de 18.05.2021.

⁴³ Cf. ofícios com a referência interna n.º S-AdC/2021/1464, S-AdC/2021/1465, S-AdC/2021/1466, S-AdC/2021/1467, todos de 27.05.2021 (fls. 9049 a 9062 do processo).

60. Apresentaram pronúncia sobre o relatório de diligências complementares de prova as visadas Auchan⁴⁴, Pingo Doce⁴⁵ e MCH⁴⁶.
61. A Autoridade não ordenou a realização oficiosa de diligências complementares de prova adicionais.

I.12 Prorrogação do prazo de Instrução

62. Em 25 de maio de 2021, o conselho de administração da AdC decidiu prorrogar o prazo da fase de instrução do processo por 3 (três) meses e 24 (vinte e quatro) dias adicionais, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 29.º da LdC, considerando a suspensão dos prazos processuais e procedimentais, em virtude da situação pandémica associada à COVID-19 entre 22 de janeiro e 5 de abril de 2021, bem como a necessidade de realizar diligências complementares de prova (fls. 8986 do processo).
63. A referida prorrogação do prazo de instrução foi regularmente notificada a todas as visadas (fls. 8987 a 9001 do processo).
64. O prazo da fase de instrução termina, assim, em 31 de dezembro de 2021.

⁴⁴ Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3045, de 10.06.2021 (fls. 9082 a 9087 do processo).

⁴⁵ Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3077, de 14.06.2021 (fls. 9094 a 9096 do processo).

⁴⁶ Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3077, de 14.06.2021 (fls. 9086 a 9100 do processo).

II DAS QUESTÕES PRÉVIAS

65. No presente capítulo, analisar-se-ão nulidades e irregularidades invocadas pelas visadas quer em sede de pronúncia à Nota de Ilícitude, quer em requerimentos avulsos juntos aos autos.
66. Em sede de pronúncia à Nota de Ilícitude, algumas visadas qualificaram as nulidades e demais invalidades por si invocadas como “Questões Prévias”, outras invocam-nas ao longo do texto, sem as qualificar.
67. Em conjunto, as visadas suscitaram um total de 15 questões, sendo 10 qualificadas como “Questões Prévias”.
68. Como nota inicial importa clarificar que a circunstância de as visadas qualificarem como “Questões Prévias” um conjunto de divergências jurídico-processuais relativamente à posição da AdC, não confere às referidas divergências a qualidade de efetivas “Questões Prévias” na sua aceção jurídico-processual.
69. A esse propósito o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão (“TCRS”), recentemente⁴⁷, teve oportunidade de esclarecer que *“questões prévias são aquelas que, sendo anteriores ao mérito da causa, obstam à apreciação deste. Neste contexto, destringem-se questões prévias de natureza substantiva (de que constituem paradigmáticos exemplos, a morte do arguido, a amnistia, a prescrição, a despenalização) e de natureza adjectiva (traduzidos na incompetência do Tribunal ou ilegitimidade)”*.
70. Sustentou ainda aquele Tribunal, com validade para o presente processo, *mutatis mutandis*, que *«várias das pretensas “questões prévias” e/ou “prejudiciais” suscitadas pelos Recorrentes não consubstanciam, verdadeiramente, questões prévias ou prejudiciais, tal como definidas por Lei e preconizadas pela doutrina. Em rigor, estamos na presença de chavões – utilizados para expressar a discordância normativa das Visadas quanto ao sentido da decisão condenatória – invocados, na estratégia de sistematização de defesa gizada pelas Recorrentes, de forma prematura e manifestamente infundada, na esperança da prolação de uma decisão formal ou de*

⁴⁷ Cf. Sentença do TCRS, proferida em 30.09.2020, referente ao caso processo n.º 322/17.1YUSTR (caso EDP/Continente).

forma. Na verdade, o douto argumentário expendido, pelas Recorrentes, não raras vezes, projecta-se numa indesejável interferência com o mérito da causa, demonstrando, por isso e por si mesmo, que se arrima na pretensão de impugnar a decisão final mas denunciando a inidoneidade adjectiva da invocação de questões prévias, de natureza procedimental, para contraditar a decisão final proferida».

71. Sem prejuízo do exposto, a AdC apreciará *infra*, em detalhe, cada um dos temas suscitados não reconhecendo, todavia, qualquer natureza prévia ou prejudicial suscetível de condicionar a apreciação do conteúdo da presente Decisão.

II. 1 Da alegada nulidade da Nota de Ilícitude derivada da alegada proibição de prova

II.1.1 Posição das visadas Bimbo Donuts e MCH

72. A visada Bimbo Donuts alega que, não obstante o previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, a Constituição da República Portuguesa (“CRP”), consagra o direito à inviolabilidade de correspondência (e demais meios de comunicação privada), constituindo o sigilo das comunicações privadas um direito inviolável, nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP.
73. Deste modo, refere que “o conceito de “*correio eletrónico*” é equiparável ao conceito de “*correspondência*”⁴⁸, pelo que ao abrigo do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, a ingerência das autoridades públicas, como a AdC, no correio eletrónico estaria constitucionalmente proibida, admitindo-se exceções nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal⁴⁹.
74. Assim, trazendo à colação a discussão sobre a natureza do processo contraordenacional jusconcorrencial, a visada conclui do seguinte modo: ou processo contraordenacional jusconcorrencial assume natureza (para-)penal, sendo que, para que a ingerência de uma autoridade pública em qualquer meio de comunicação privada fosse permitida, não seria suficiente “a *suspeita da prática de um ilícito*”, requerendo-se,

⁴⁸ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafo 23 (fls. 7165 a 7191 do processo).

⁴⁹ *Idem*, parágrafo 27.

à luz do princípio da proporcionalidade, um “*catálogo de ilícitos*” que lhe conferisse natureza excecional e, por conseguinte, derrogasse a CRP; ou o processo contraordenacional jusconcorrencial não assume natureza (para-)penal, pelo que “*nunca seria permitido que uma lei ordinária derrogasse a Constituição da República, inexistindo “exceção constitucional” que justificasse semelhante lei*”⁵⁰.

75. Por outras palavras, na tese da Bimbo Donuts: “[o]u bem que o processo é de natureza contraordenacional – e então a apreensão efetuada é expressamente proibida pela nossa Lei Fundamental, que apenas prevê esta possibilidade para os processos de natureza criminal, [o]u bem que o presente processo, sendo contraordenacional, assume igualmente natureza (para-)penal e, nesse caso, a lei ordinária teria de prever a derrogação da Lei Fundamental e a apreensão de correio eletrónico seria um caso de exceção à regra geral [o que] não sucede no caso em apreço”⁵¹.
76. Alega, assim, “que se considere proibida, em processo contraordenacional, a apreensão de correio eletrónico - e, por conseguinte, ilegal e inconstitucional as apreensões realizadas nos presentes autos, nos termos do disposto nos artigos 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, 17.º da Lei do Cibercrime, 42.º, n.º 1 do RGCO e 18.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência”⁵².
77. No mesmo sentido, a visada MCH alega que, nos termos do n.º 4 o artigo 34.º da CRP, a AdC não pode utilizar como meios de prova num processo contraordenacional por infração às normas da concorrência, a correspondência eletrónica apreendida no âmbito das diligências de busca e apreensão, sob pena de nulidade, afirmando ainda que o correio eletrónico, independentemente de já ter sido aberto ou não, corresponde ao conceito de correspondência.
78. Na tese da visada MCH, a AdC não dispõe de fundamento legal para apreensão de mensagens de correio eletrónico, quer estas se encontrem abertas ou fechadas.
79. Para tanto, refere que o legislador, aquando da revisão da LdC (2012), se absteve de introduzir qualquer referência específica às mensagens de correio eletrónico,

⁵⁰ *Idem*, parágrafo 32.

⁵¹ *Idem*, parágrafos 38 e 39.

⁵² *Idem*, parágrafo 42.

eliminando a previsão constante do n.º 1 do artigo 16.⁰⁵³ do Projeto de Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.

80. Acrescenta ainda que, se dúvidas existissem relativamente a este tema, com a entrada em vigor da Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro (“Lei do Cibercrime”), em 2009, a intenção do legislador tornou-se inequívoca ao determinar no artigo 17.º do diploma que o regime a aplicar às mensagens de correio eletrónico é, necessariamente, o da apreensão de correspondência, independentemente do facto de estas se encontrarem lidas ou não lidas, pelo que o correio eletrónico constitui sempre correspondência e não um mero documento eletrónico.
81. Para a MCH existe, assim, uma omissão intencional do legislador em prever na Lei n.º 19/2012 a possibilidade de apreender mensagens de correio eletrónico já abertas/lidas, já que tal omissão difere do regime previsto três anos antes para a Lei do Cibercrime e resulta de uma supressão da previsão inicial do Projeto de Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.
82. Alega, assim, a empresa que não pode haver, por falta de previsão legal, apreensão de correio eletrónico no direito da concorrência, independentemente de as mensagens se encontrarem abertas ou fechadas, o que implica que a sua realização seja ilegal e que, por esse facto, o mandado do Ministério Público seja inexistente ou, no mínimo, nulo por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos n.º 3 do artigos 126.º do Código de Processo Penal (“CPP”), n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º, n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º e 34.º da CRP, constituindo tal apreensão por parte da AdC uma violação direta do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º e n.º 4 do artigo 34.º da Constituição. Como tal e, por consequência, a prova obtida será nula.

II.1.2 Apreciação da Autoridade

83. Na sua PNI, a Bimbo Donuts dá por integralmente reproduzidas várias invalidades que deixou arguidas em requerimento datado de 3 de julho de 2020⁵⁴, após ter sido

⁵³ A redação deste artigo do Projeto previa que a AdC dispunha de poderes para proceder “à busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, incluindo a que for relativa a correspondência, mensagens de correio eletrónico, registo de comunicações, que se encontrem em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”.

⁵⁴ Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, fls. 7165 a 7191 do processo.

notificada da Nota de Ilícitude adotada nos presentes autos, nos termos e para efeitos do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012.

84. No entanto, importa referir que a visada já tinha durante o decurso do inquérito apresentando um outro requerimento, datado de 2 de maio de 2018⁵⁵, após ter sido notificada, ao abrigo do disposto do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, para identificar de maneira fundamentada informações que considerasse confidenciais, por motivo de segredo de negócio, constantes de documentação apreendida pela AdC no decurso das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade entre 30 de maio de 2017 e 7 de junho de 2017, sustentando a mesma linha argumentativa.
85. Nesse requerimento arguiu, em particular, um conjunto de invalidades - relativas à (i) apreensão de correio eletrónico no processo contraordenacional de concorrência; (ii) à ausência de autorização do juiz de instrução no que respeita a essa mesma apreensão; e (iii) ao desentranhamento e devolução de ficheiros apreendidos pela AdC.
86. O requerimento em causa foi, oportuna e devidamente, respondido pela AdC a 12 de março de 2020⁵⁶, tendo a Autoridade pugnado pela improcedência do alegado pela Bimbo Donuts.
87. Sucede que, a propósito da apreensão de correio eletrónico, a visada Bimbo Donuts, vem reiterar que *“se considere proibida, em processo contraordenacional, a apreensão de correio eletrónico – e por, conseguinte, ilegal e inconstitucional as apreensões realizadas nos presentes autos, nos termos do disposto nos artigos 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, 17.º da Lei do Cibercrime, 42.º, n.º 1 do RGCO e 18.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência”*⁵⁷.

⁵⁵ Requerimento com a referência E-AdC/2018/2345, fls. 4049 a 4055-A do processo.

⁵⁶ Cf. ofício com a referência S-AdC/2020/962, fls. 6810 a 6813 do processo, para o qual se remete.

⁵⁷ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafo 42. Note-se que, no anterior requerimento (com a referência E-AdC/2018/2345, de 02.05.2018, parágrafos 5, 6, 7, 9, 13), a visada alegou que a apreensão de ficheiros de correio eletrónico num processo de natureza contraordenacional é vedada por lei, nos termos das disposições conjugadas do n.º 8 do artigo 32.º e n.º 4 do artigo 34.º da CRP, do n.º 1 do artigo 42.º do RGCO e da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º articulada com o n.º 1 do artigo 20.º da Lei da Concorrência.

88. De facto, a visada não desconhece a resposta apresentada pela AdC a propósito das nulidades arguidas no mencionado requerimento de 2 de maio de 2018⁵⁸, todavia repete a sua invocação, como é o caso daquela que neste momento se analisa⁵⁹.
89. Assim sendo, sem prejuízo de se considerar que a questão já foi devidamente respondida e que os “novos argumentos” mobilizados pela visada em nada infletem as considerações tecidas pela AdC a 12 de março de 2020, a AdC pronunciar-se-á nos termos que de seguida se passam a explicitar.
90. Primeiramente, importa clarificar o significado da redação atribuída pelo legislador à alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012. Com efeito, decorre do referido preceito que a AdC pode proceder nas instalações de empresas “à busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação independentemente do seu suporte”.
91. Ou seja, o legislador pretendeu conferir a mais ampla redação àquela norma, para que a apreensão de prova pela AdC abrangesse todo o tipo de documentação, em qualquer tipo de suporte.
92. Deste modo, a intenção do legislador foi, tão só, mas inequivocamente, criar uma formulação (mais) ampla, permitindo abranger qualquer documento independentemente do suporte, físico ou digital, em que o mesmo se encontre guardado ou armazenado; ao invés de criar um normativo que especificamente refira as mensagens de correio eletrónico, esta formulação ampla dá margem à Autoridade para apreender qualquer prova documental, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, entre a qual, naturalmente, as mensagens de correio eletrónico abertas/lidas estão incluídas.
93. Adicionalmente, é necessário ter em consideração que mesmo antes da entrada em vigor da atual LdC, já a Autoridade realizava diligências de busca e apreensão a empresas, apreendendo mensagens de correio eletrónico aberto/lido, sem qualquer menção expressa na lei que regulava tal apreensão a este tipo de prova ou ao suporte em que tal prova se pudesse encontrar.

⁵⁸ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafo 17.

⁵⁹ Para este efeito, confronte-se os parágrafos 5 a 9 do Requerimento de 02.05.2018 com os parágrafos 20 a 28, 41 e 42, do Requerimento de 12.03.2020.

94. Portanto, a atual Lei permite, expressamente, apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte e tal formulação é suficientemente clara e ampla para permitir a apreensão de mensagens de correio eletrónico.
95. Acresce que a jurisprudência do TCRS tem vindo a consagrar que a partir do momento em que determinada carta é aberta e lida deixa de ser uma carta fechada e, portanto, deixa de beneficiar do regime previsto para a apreensão de correspondência (fechada), esse sim sem consagração expressa na Lei da Concorrência.
96. Este mesmo entendimento foi ainda já validado, designadamente, na Sentença proferida no dia 23 de setembro de 2019 pelo TCRS, no âmbito do apenso I do processo n.º 71/18.3YUSTR, nos termos da qual:

“considerando que o legislador do NRJC se exprimiu da melhor forma e no melhor sentido sistemático com aqueles regimes, da redacção do art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC resulta de forma clara que esteve no espírito do legislador transpor para o correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante apreendidos para efeitos do processo sancionatório do Direito da Concorrência, por referência ao correio tradicional, a distinção entre correio aberto ou fechado, o que desde logo se colhe do elemento literal previsto com a expressão demais documentação independentemente do seu suporte o que pressupõe que a comunicação já foi recebida/lida e, conseqüentemente, armazenada” (sublinhado da Autoridade).

97. Veja-se igualmente a recente decisão do TCRS de 3 de outubro de 2019 no processo n.º 159/19.3YUSTR-B⁶⁰, em que ainda que o tribunal se tenha pronunciado sobre este tema a título instrumental como condição prévia da alegada apreensão de correio eletrónico em violação do segredo profissional corrobora o entendimento *supra* explicitado:

“Ora, o critério lido/não lido mostra-se ajustado para garantir este espaço de proteção. Mostra-se ajustado, por defeito, para determinar o princípio e é igualmente adequado para definir o fim do ato comunicativo, porque o filtro “lido” significa que a

⁶⁰ Sentença confirmada pelo acórdão de 4 de fevereiro de 2020 do Tribunal da Relação de Lisboa e já transitada em julgado.

mensagem já não é tão vulnerável, pois está na livre disponibilidade do recetor removê-la, destruí-la, guardá-la noutra local.

98. *A circunstância do filtro “lido” não significar que se leu efetivamente o conteúdo da mensagem é irrelevante, pois o que importa é que o mesmo revela a referida disponibilidade. O facto desse filtro ser muito facilmente manipulável também não afasta a sua adequação. Assim, do ponto de vista da sua manipulação pelo destinatário, a única hipótese que se concebe será aquela em que o destinatário lê a mensagem e após a leitura assinala-a como não lida. Contudo, esta hipótese só seria relevante se se pretendesse excluir do conceito de mensagens de correio eletrónico mensagens que se encontram numa etapa do processo anterior à sua abertura. Se o objetivo é o contrário – designadamente afastar o critério para se ser mais restritivo – então não há razões para que, pelo menos, as mensagens identificadas como lidas não sejam excluídas do âmbito de proteção. Do ponto de vista de terceiros, tal manipulação significaria uma intromissão ilegítima na correspondência que também pode ocorrer, no mundo físico, através da abertura do envelope.”*
99. Assim, a correspondência já aberta/lida, ainda que tenha natureza reservada, beneficiará do regime, em termos de valor probatório, idêntico ao dos documentos em suporte físico, perdendo, portanto, as exigências associadas à reserva de correspondência.
100. Também o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”) por acórdão de 2 de março de 2011, proferido no processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, decidiu que “Como afirma COSTA ANDRADE (Comentário do Código Penal, Tomo I, pág. 758, §16), “é precisamente este facto – estar fechada – que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.” E uma carta está fechada quando exista “um procedimento que estabeleça um obstáculo físico à tomada de conhecimento e que só seja ultrapassável à custa de uma actividade física que pode ou não (...) implicar uma ruptura material (...) Não basta seguramente (...) a sua arrumação num dossier ou numa gaveta aberta.” E para concluir: “uma carta que foi (ainda que indevidamente) aberta, deixa de ser uma carta fechada, mesmo que persista reservada”.
101. Feito este enquadramento, e retomando a redação atribuída pelo legislador à alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, é forçoso concluir-se que a expressão “demais documentação, independentemente do seu suporte”, apenas exclui a correspondência

não aberta nos termos *supra* referidos, seja a mesma constante de suporte físico, seja de suporte eletrónico/digital.

102. Ou seja, atento o teor daquela alínea, quaisquer documentos, sem prejuízo do seu suporte, podem ser apreendidos em sede de inquérito contraordenacional.
103. Como tal, à luz da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, qualquer mensagem já recebida pelo destinatário integra um conceito lato de correspondência aberta e, assim, as comunicações eletrónicas que se encontrem já abertas e arquivadas, no sistema informático ou fora dele, devem ser consideradas como correspondência aberta, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do servidor de correio eletrónico, ou convertida em qualquer outro documento em formato digital) de um documento impresso em papel e arquivado fisicamente – realidade, de resto, cada vez menos frequente.
104. Neste sentido se pronunciou também o acórdão do TRL de 27 de janeiro de 2021⁶¹, proferido no âmbito do processo n.º 184/12.5TELSB- R.L1-3 ao sustentar que:
- “1) – A apreensão, em processo penal, de correio electrónico (e-mails), obedece ao figurino constante da Lei do Cibercrime (Lei 109/2009 de 15 de Setembro);*
- 2) – Tal como a correspondência em papel, a correspondência digital segue regimes de apreensão diferentes consoante a mesma ainda não haja sido remetida, tenha sido remetida e esteja em trânsito, haja sido recebido e não lida ou haja sido recebida e lida.*
- 3) – Nas situações em que a correspondência haja sido recebida mas ainda não haja sido lida pelo destinatário é de aplicar o disposto no artº 17º da Lei do Cibercrime, tudo se processando como se de uma apreensão de correspondência nos termos do CPP se tratasse;*
- (...)*
- 7) – Nas situações em que a mensagem está em trânsito e for interceptada é de aplicar o artº 18º da Lei do Cibercrime;*

⁶¹ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, consultado 13.08.2021.

8) – *Nas situações em que a correspondência ainda não haja sido remetida ou haja sido recebida e lida é de aplicar o disposto no artº 16º da Lei do Cibercrime;*

9) – *O e-mail não é diferente de uma folha de excel ou um documento word num computador”.*

105. Também o acórdão do TRL de 29 de março de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 744/09-1S5LSB-A.L1-9 perfilha a mesma posição:

“Concordamos com a necessidade de autorização judicial nos termos constantes dos art.ºs 187º e 188º CPP para interceptar correio electrónico quando o mesmo se encontre “em trânsito”, em tempo real de transmissão, como algo incorpóreo, tal como se depreende do próprio art.º 187º CPP que se aplica em casos de “intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas” e isto num regime específico muito próximo à apreensão de correspondência escrita quando a mesma se encontra “em transitio” no circuito dos serviços de correio, nos termos do art.º 179º CPP, ou seja, antes de a correspondência ter sido entregue aos destinatário e do mesmo ser conhecido o respectivo conteúdo.

Diferentemente se passará quando a correspondência chega ao seu destinatário e o mesmo toma conhecimento do seu conteúdo, em que o remetente deixou já de ter domínio sobre a mesma e cessando a respectiva protecção, cabe ao destinatário decidir da respectiva disponibilização e destino. Para uma similitude de situações com as comunicações telefónicas, depois de qualquer chamada ter sido atendida pelo destinatário, nenhuma intercepção e gravação da mesma é possível, restando, como única possibilidade a sua invocação em juízo, a menção do respectivo conteúdo por parte do destinatário enquanto prova testemunhal”.

106. No mesmo sentido, ainda que a propósito de mensagens escritas por correio/via telefónico/a (SMS), veja-se o acórdão de 24.01.2011 do Tribunal da Relação de Guimarães⁶², proferido no âmbito do processo n.º 527/08.6GCVCT.G1, ao sustentar o seguinte:

⁶² Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

“As mensagens que, depois de recebidas, ficam gravadas no receptor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão. Nesta perspectiva, são comunicações recebidas, pelo que deverão ter o mesmo tratamento da correspondência escrita já recebida e guardada pelo destinatário”.

Tal como acontece na correspondência efectuada pelo correio tradicional, diferenciar-se-á a mensagem já recebida mas ainda não aberta da mensagem já recebida e aberta.

A mensagem recebida em telemóvel, atenta a natureza e finalidade do aparelho, é de presumir que uma vez recebida foi lida pelo seu destinatário.

Deste modo, na sua essência, a mensagem mantida em suporte digital depois de recebida e lida terá a mesma protecção da carta em papel que tenha sido recebida pelo correio e que foi aberta e guardada em arquivo pessoal.

Tratando-se de meros documentos escritos, estas mensagens não gozam de aplicação do regime de protecção da reserva da correspondência e das comunicações (- Cf., neste sentido, Acórdãos da Relação do Porto de 19/6/2002, CJ, Ano XXVII, Tomo III, pág. 218, da Relação de Coimbra de 29/3/2006 e da Relação de Lisboa de 15/7/2008, estes disponíveis em www.dgsi.pt).

107. Veja-se também decisão⁶³ do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo de Instrução Criminal de Lisboa (“JIC”) – Juiz 6, datada de 27 de março de 2019, a propósito da execução de uma diligência de busca e apreensão realizada pela AdC:

“Nos termos do disposto das disposições conjugadas dos artigos 18º n.º 1 c) e 21º da Lei n.º 19/2012 de 8/5, a emissão dos mandados de busca e apreensão competia ao MP e não ao JIC por a situação em causa nos autos não se enquadrar na previsão dos art.º 174º e 177º CPP.

Por outro lado, as mensagens apreendidas, uma vez que são meros documentos, não gozam do regime de protecção da reserva da correspondência e das comunicações”.

⁶³ Processo n.º 10626/18.0T9LSB.

108. Em conclusão, várias instâncias judiciais entendem que qualquer mensagem já recebida pelo destinatário integra um conceito lato de correspondência aberta e, assim, as comunicações eletrónicas que se encontrem já abertas e arquivadas, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do servidor de correio eletrónico, ou convertida em qualquer outro documento em formato digital) de uma carta física aberta e, bem assim, de um qualquer documento impresso em papel e arquivado fisicamente.
109. Quanto à necessidade de recurso ao regime processual penal, o TRL, no seu acórdão de 4 de março de 2020, lembrou que no ordenamento português já se consolidou a autonomia do direito contraordenacional⁶⁴.
110. Ademais, no que respeita à necessidade de se recorrer ao regime processual penal para determinação da legitimidade para a apreensão de correio eletrónico em processos jusconcorrenciais, referiu o Tribunal que: “(...) *no caso dos autos inexistente uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal*”⁶⁵.
111. Por seu turno, também não pode proceder a tese de que à apreensão de correio eletrónico no processo contraordenacional da concorrência se aplica o previsto da Lei do Cibercrime e no artigo 179.º do CPP, desde logo porque a Lei n.º 19/2012 e a Lei do Cibercrime em nada se relacionam uma com a outra.
112. De acordo com o artigo 1.º da Lei do Cibercrime, aprovada no ano de 2009, este diploma “*estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro,*

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 4 de março de 2020, no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

⁶⁵ Página 19 do acórdão.

relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptando o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa”.

113. Mais estabelece o artigo 11.º daquele Diploma que, “*com exceção do disposto nos artigos 18.º e 19.º, as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a processos relativos a crimes:*
- a) Previstos na presente lei;*
 - b) Cometidos por meio de um sistema informático; ou*
 - c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.”*
114. Ou seja, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime apenas se aplica a processos relativos a crimes, excluindo, *a contrario*, processos de contraordenação, incluindo o processo contraordenacional da concorrência.
115. Note-se que toda a jurisprudência existente sobre a Lei do Cibercrime, e mais concretamente com a aplicação do artigo 17.º, relaciona-se com ilícitos penais, não existindo qualquer menção a este respeito relativamente a ilícitos contraordenacionais, nomeadamente, jusconcorrenciais.
116. Em contrapartida, a matéria relativa aos poderes de inquirição, busca e apreensão no processo contraordenacional da concorrência encontra-se regulada no artigo 18.º da Lei da Concorrência, de uma forma especial e completa, não carecendo de integração – por recurso a norma subsidiária nos termos do artigo 13.º da Lei da Concorrência –, mormente, dos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime que nunca poderiam aplicar-se especificamente àquele processo contraordenacional.
117. Reitera-se que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais aplica-se lei especial (Lei da Concorrência) que, no caso, regula expressamente as apreensões que podem ser realizadas. Só na falta de disposição especial o legislador remete para a aplicação do regime geral do ilícito de mera ordenação social e, subsidiariamente, para as disposições do CPP, sempre que o contrário não resulte do RGCO, e devidamente adaptadas – cf. n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.
118. Ora, existindo lei especial que permite à Autoridade, no âmbito dos seus poderes sancionatórios, realizar diligências de busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, inexistente

fundamento para a invocação subsidiária de um diploma de âmbito geral (que dependeria da existência de uma lacuna, que na realidade, não se verifica).

119. Por outro lado, a Lei n.º 19/2012 (de 8 de maio de 2012, recorda-se), foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime (de 15 de setembro de 2009), sendo manifesta a intenção do legislador em adotar um regime próprio que se afasta do regime consagrado pela Lei do Cibercrime e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão: o legislador podia ter previsto, na Lei n.º 19/2012, a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime, e não o fez.
120. Pelo contrário, o legislador foi taxativo em permitir, em sede de processo contraordenacional da concorrência, a recolha e apreensão de qualquer documentação, independentemente do seu suporte, sem prejuízo do regime jurídico anteriormente definido, na Lei do Cibercrime, para a recolha de prova em suporte eletrónico no âmbito da investigação de crimes informáticos.
121. De qualquer modo, ainda que a Lei do Cibercrime fosse aplicável à situação em apreço (o que não se aceita), sempre se diga que o artigo 17.º respeita à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Ora, as mensagens de correio eletrónico apreendidas no decurso da diligência efetuada pela AdC já se encontravam abertas e lidas, constituindo, portanto, meros documentos em suporte digital e não correio eletrónico (não lido/não aberto) ou registo de comunicação.
122. Como tal, reitera-se que qualquer mensagem já recebida, aberta e lida pelo destinatário integra um conceito lato de correspondência aberta e, assim, as mensagens de correio eletrónico que se encontrem já abertas e arquivadas, no sistema informático ou fora dele, devem ser consideradas como correspondência aberta, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do servidor de correio eletrónico, ou convertida em qualquer outro documento em formato digital) dessa mesma mensagem de correio eletrónico impressa em papel e arquivada fisicamente ou de qualquer outro documento.
123. Este entendimento, segundo o qual a Lei do Cibercrime não se aplica a mensagens de correio eletrónico lidas, é sufragado pela recente decisão do TCRS *supra* mencionada, no processo n.º 159/19.3YUSTR-B:

“Em face das asserções precedentes, a conclusão a que se chega é que o artigo 17.º, da LC, não se aplica às mensagens de correio eletrónico identificadas como “abertas” ou “lidas”. E alcançou-se esta conclusão não por via de uma analogia, no plano ontológico, entre o mundo físico e o mundo virtual, mas através de um percurso que partiu da identidade axiológico-constitucional entre os espaços de proteção fundamental das duas normas”.

124. Veja-se, também, o acórdão de 4 de março de 2020 do TRL, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2, que expressamente refere que *“afigura-se-nos que a Lei do cibercrime não pode ser aplicada à situação dos presentes autos, porquanto os seus normativos processuais se aplicam somente a “processos relativos a crimes” ali previstos, ou cometidos por meio de um sistema informático, ou “em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico” (...). In casu, respeitando os presentes autos a processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, nenhuma correspondência ou ligação tem com um tal ambiente informático criminal”.*
125. Em síntese, encontrando-se especificamente prevista na Lei da Concorrência a apreensão de qualquer tipo de documentação, independentemente do seu suporte; não estando em causa a apreensão de correspondência (*stricto sensu*, enquanto correspondência não lida/não aberta), mas de documentos; e sendo a Lei da Concorrência posterior à Lei do Cibercrime (que respeita especificamente a processos relativos a crimes), resulta manifesto que a intenção do legislador foi – inequivocamente – afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, cujos objeto e finalidades são manifestamente distintos daqueles que foram consagrados pela Lei da Concorrência.
126. Mais se refira que o artigo 42.º do RGCO, de aplicação subsidiária à Lei da Concorrência, *ex vi* artigo 13.º deste diploma legal, densifica no regime das contraordenações o n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que proíbe a intromissão na correspondência e nos meios de telecomunicações, ou seja, a ingerência (no curso) da correspondência e das telecomunicações, pelo que, também por esta via, seria de rejeitar a aplicação “subsidiária” da Lei do Cibercrime.
127. Sucede que, como se referiu *supra*, as comunicações já recebidas pelo destinatário e guardadas em suporte digital (já abertas) também não estão incluídas no âmbito da proibição legal prevista nos artigos 179.º e 189.º do CPP, conquanto não são

correspondência (*stricto sensu*) mas documentos e, neste conspecto, a Lei da Concorrência prevê expressamente que a AdC pode “*proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova*” – cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º. Assim sendo, o n.º 3 do 126.º do CPP não tem aplicação ao caso concreto na medida em que a prova dos autos não é proibida nem foi obtida mediante métodos proibidos.

128. Por sua vez, atendendo ao referido *supra*, verifica-se que é igualmente destituída de fundamentação a invocada violação do n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Com efeito, o mencionado preceito apenas confere tutela constitucional à correspondência fechada/por ler. As mensagens abertas/lidas serão meros documentos escritos, não protegidos do ponto de vista da tutela constitucional de inviolabilidade de correspondência. Por identidade de razões também as mensagens de correio eletrónico abertas/lidas não gozam da proteção da norma contida no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, constituindo meros documentos escritos e, por isso, afastados do regime de proteção da reserva de correspondência e das comunicações.
129. Ou seja, as mensagens de correio eletrónico – já lidas – apreendidas não se enquadram, à luz do regime contraordenacional da correspondência no conceito de correspondência a que alude aquela disposição constitucional.
130. Importa notar que o n.º 4 do artigo 34.º da CRP dispõe que “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (destaques da Autoridade).
131. Em concretização deste preceito constitucional, dispõe o n.º 1 do artigo 32.º do RGCO que “*não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*”.
132. Saliente-se a menção repetida e extremamente relevante, nestas duas disposições legais, a correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação.

133. O domínio da ingerência nas telecomunicações ou outros meios de comunicação diz respeito a uma realidade dinâmica, que está “*em trânsito*”, “*em circulação*”, “*em transmissão*”, de um emissor para um recetor, remetendo, na prática, para casos de interceção e gravação de comunicações telefónicas, apreensão de cartas em trânsito, ou, caso seja possível, a recolha e apreensão de uma mensagem de correio eletrónico no decurso da transmissão via rede do emissor para o destinatário.
134. Coisa diferente é o objeto ou produto dessa mesma comunicação, o qual, para o que interessa no caso concreto, poderá consubstanciar correspondência, sujeita a proteção de índole constitucional, ou um documento, merecedor de outro tratamento.
135. Com efeito, as apreensões de correio eletrónico realizadas nos presentes autos pela AdC não são reconduzíveis ao artigo 34.º da CRP, não merecendo, por essa razão, da sua tutela. Desde logo, as mensagens de correio eletrónico que integram os autos não podem ser qualificadas de mensagens eletrónicas em trânsito ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso, “correspondência” na aceção da CRP.
136. No mesmo sentido veja-se o entendimento vertido na sentença do TCRS de 3 de outubro de 2019 no processo n.º 159/19.3YUSTR-B:
- “Note-se que, por via das asserções precedentes, centradas no âmbito de proteção constitucional do direito à inviolabilidade da correspondência, consagrado no artigo 34.º, da Constituição, estamos também a admitir que as mensagens de correio eletrónica lidas/abertas estão excluídas da tutela constitucional. Por conseguinte, mesmo numa interpretação estrita do segmento “processo criminal” previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no sentido de não incluir o direito das contraordenações, as mensagens com as referidas características podem ser apreendidas num processo por práticas restritivas da concorrência”.*
137. Tal como asseverado no acórdão do TRL de 4 de março de 2020⁶⁶, quanto à admissibilidade da aplicação do artigo 34.º da CRP no âmbito da apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC.

⁶⁶ Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

“parece-nos que o modelo do mundo empresarial hodierno é inteiramente diferente e inconciliável com o que presidiu à elaboração do art. 34.º (...) CRP, pensado para correio tradicional”

138. Conclui aquele Tribunal referindo que:

“afigura-se-nos que no caso em apreço, as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC, não gozam de tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa porquanto: (i) os emails a que se reportam estes autos não respeitam a mensagens eletrónicas em trânsito (a circular na rede), ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso, “correspondência” na aceção da Constituição da República Portuguesa; (ii) não são privadas, na aceção liberal que nos é trazida pela normal princípio do art. 34.º da Constituição da República Portuguesa”

139. Deste modo, o n.º 4 do artigo 34.º da CRP não é convocável *in casu*, pois não se está perante correspondência tutelada pelo seu âmbito. Assim sendo, não releva saber se o processo contraordenacional jusconcorrencial assume natureza (para-)penal para efeitos de o enquadrar na exceção prevista n.º 4 do artigo 34.º *in fine* da CRP, segundo a qual se ressalva a ingerência das autoridades públicas na correspondência nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal. Portanto, inexistente qualquer lesão do direito à inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação privada, tutelado pelo artigo 34º da CRP.

140. Todavia, ainda que o preceito fosse mobilizável, o que liminarmente se rejeita, o argumento de ter de se exigir um catálogo de ilícitos que lhe confira natureza excepcional para justificar a derrogação do n.º 4 do artigo 34.º da CRP não procede. Para tanto, atenda-se, a título exemplificativo ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, relativo à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicação de natureza semelhante, que dispõe:

“Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande

interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal. (sublinhado da Autoridade).

141. Ou seja, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime estabelece que a aplicação do regime da apreensão de correspondência do CPP se aplica naquilo que for correspondente àquele, afastando-se uma aplicação totalmente coincidente e na íntegra do regime jurídico. A aplicação do preceito do CPP só deve ser feita naquilo que não contrarie o disposto na Lei do Cibercrime, a qual consubstancia um regime especial de prova eletrónica.
142. Deste modo, atendendo a uma análise comparativa do âmbito objetivo dos dois preceitos (artigo 179.º do CPP e artigo 17.º da Lei do Cibercrime), verifica-se que a apreensão de correspondência é admissível para os crimes puníveis com pena de prisão superior a 3 anos (alínea b) do do n.º 1 do artigo 179.º do CPP), ao passo que a apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante aplica-se *“a processos relativos a crimes (a) previstos nessa lei, (b) cometidos por meio de um sistema informático ou (c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico (n.º 1 do artigo 11.º);”*⁶⁷. Deste modo, neste último caso, observa-se que o legislador não circunscreveu a aplicação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime a um catálogo.
143. Em síntese, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime permite uma ingerência das autoridades públicas no correio eletrónico, o qual, quando não se encontra lido ou aberto, integra o âmbito do n.º 4 do artigo 34.º da CRP. No entanto, atendo ao artigo 11.º da Lei do Cibercrime observa-se que, em abstrato, pode proceder-se à apreensão de correio eletrónico relativamente a qualquer crime, inexistindo, portanto, um catálogo de crimes, e, todavia, não se levanta o problema desta restrição legal ferir as exigências do princípio da proporcionalidade. Por identidade de razões, o mesmo problema não se deverá levantar a propósito da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência.

⁶⁷ No mesmo sentido, CARDOSO, Rui, “A apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15/IX”, *Revista do Ministério Público*, 153 (janeiro/março), 2018, p. 191 e VERDELHO, Pedro, “A obtenção de prova online”, *Cibercrimen: aspectos de derecho penal y procesal penal: cooperación internacional: recolección de evidencia digital: responsabilidade de los provedores de servicios de internet* (Dir.: Daniela Dupuy, Coord.: Mariana Kiefer), Montevideo: BdeF, 2017, p. 449.

144. Por fim, importa trazer à colação um derradeiro argumento para se afastar qualquer desconformidade constitucional da norma contida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência por referência ao n.º 4 do artigo 34.º da CRP: o direito à inviolabilidade das comunicações e da reserva da vida privada, previstos no n.º 4 do artigo 34.º e n.º 1 do artigo 26.º da CRP, não abrange as comunicações electrónicas enviadas e recebidas no âmbito do correio electrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.
145. Por outras palavras, o núcleo do artigo 34.º da CRP reconduz-se à intimidade da vida privada, ao que é manifestação dessa mesma intimidade, à tutela da privacidade da pessoa singular.
146. Não está, por isso, primeira ou primordialmente vocacionado para a proteção de informação fora desse contexto, isto é, de informação criada e produzida no contexto da vida empresarial, de informação criada, produzida e veiculada entre empresas. A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional e a doutrina nela citada acolhem esta diferenciação ou gradação de proteção entre a esfera de intimidade da vida privada e a esfera de privacidade de uma pessoa coletiva⁶⁸.

⁶⁸ Acórdão n.º 593/08⁶⁸ de 10.12.2008, a propósito da anterior Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003):

9. *Vem alegado que as normas do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, interpretadas no sentido de conferirem competência ao Ministério Público para autorizar buscas à sede e domicílio profissional de pessoas colectivas, ofendem o princípio da reserva de juiz. A alegação põe em confronto directo o disposto no n.º 2 daquele preceito com o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º, n.º 1, da CRP) e as condições legitimantes da sua restrição, fixadas no n.º 2 do mesmo artigo. Na verdade, a norma questionada faz depender a realização das diligências previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 17.º de “despacho da autoridade judiciária” que as autorize, ao passo que, nos termos constitucionais, “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei” (artigo 34.º, n.º 2). A apreciação do eventual desrespeito desta disposição requer, como questão prévia, a definição rigorosa do objecto da inviolabilidade do domicílio. O que deve entender-se, para este efeito, por domicílio? Não é fácil a resposta, até porque o conceito técnico de domicílio, compreendido como a “residência habitual” (artigo 80.º do Código Civil), é aqui imprestável, por demasiado restritivo, atentos o sentido e a função da tutela constitucional. Seguro é apenas que, no âmbito do artigo 34.º da CRP, o conceito vem dotado de maior amplitude, abarcando, sem margem para dúvidas, qualquer local de habitação, seja ela principal, secundária, ocasional, em edifício ou em instalações móveis. **Mas já não é consensual a extensão da protecção ao domicílio profissional (em sentido afirmativo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição Portuguesa anotada, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 540; contra, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código de Processo Penal, Lisboa, 2007, 478-479). Mas, quando se extravasa da esfera domiciliária das pessoas físicas, entrando no campo de actividade das pessoas colectivas, afigura-se que saímos também para fora do âmbito normativo de protecção da norma constitucional, pois decai a sua razão de ser.** Como expressam os primeiros Autores a que fizemos referência (ob. cit., 541):*

«Já quanto às pessoas colectivas, a protecção que é devida às respectivas instalações (designadamente quanto à respectiva sede) contra devassas externas não decorre directamente da protecção do domicílio, de cuja justificação não compartilha, como se viu acima, mas sim do âmbito de protecção do direito de propriedade e de outros direitos que possam ser afectados, como a liberdade de empresa, no caso das empresas (...).» Essa conclusão decorre do substrato e das conexões valorativas do direito à inviolabilidade do domicílio, «ainda um direito à liberdade da pessoa pois está relacionado, tal como o direito à inviolabilidade de correspondência, com o direito à inviolabilidade pessoal, (esfera privada espacial, previsto no art. 26.º), considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa (...).» O bem protegido com a inviolabilidade do domicílio e o étimo de valor que lhe vai associado têm a ver com a subtracção aos olhares e ao acesso dos outros da esfera espacial onde se desenrola a vivência doméstica e familiar da pessoa, onde ela, no recato de um espaço vedado a estranhos, pode exprimir livremente o seu mais autêntico modo de ser e de agir. Dando conta desta identificação do domínio protegido com a esfera da intimidade do ente humano, afirmou-se no Acórdão n.º 67/97:

«Parece incontroverso que o conceito constitucional de domicílio deve ser dimensionado e moldado a partir da observância do respeito pela dignidade da pessoa humana, na sua vertente de reserva da intimidade da vida familiar – como tal conjugado com o disposto no n.º 1 do artigo 26.º da CR – assim acautelando um núcleo íntimo onde ninguém deverá penetrar sem consentimento do próprio titular do direito.» Não se ignora que, nos termos do n.º 2 do artigo 12.º da CRP, as pessoas colectivas podem ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com a sua natureza. E não custa reconhecer que o direito à privacidade não é incompatível, em absoluto, com a natureza própria das pessoas colectivas, pelo que a titularidade desse direito não lhes pode, a priori, e em todas dimensões, ser negada. Mas, como acentua JORGE MIRANDA, reportando-se, em geral, à titularidade “colectiva” de direitos fundamentais, “daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares” (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2005, 113). É esta uma orientação firme, tanto da doutrina (cfr., também, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, 331, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, 126-127), como da jurisprudência (cfr. os Acórdãos n.ºs 198/85 e 24/98). **A susceptibilidade, em princípio, de extensão da tutela da privacidade às pessoas colectivas, não implica, pois, que ela actue, nesse campo, em igual medida e com a mesma extensão com que se afirma na esfera da titularidade individual.** Dessa tutela estarão excluídas, forçosamente, as dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõem a personalidade física. É o que acontece com a inviolabilidade do domicílio, uma manifestação particular e qualificada da tutela da intimidade da vida privada, dirigida, como vimos, à realização da personalidade individual e ao resguardo da dignidade da pessoa humana. E, não estando em causa uma invasão do domicílio, a autorização prévia do Ministério Público para as buscas é o bastante para excluir, sem margem para dúvidas, estarmos perante uma “abusiva intromissão na vida privada” (cfr., nesse sentido, o Acórdão n.º 192/2001, citando o Acórdão n.º 7/87). É neste ponto, na exigência de despacho da autoridade judiciária autorizativo da realização das diligências de busca “nas instalações das empresas”, que a lei da concorrência se afasta decisivamente da lei francesa, em relação à qual foi proferido, em 16 de Abril de 2002, o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no *Affaire Colas*, invocado pela recorrente em defesa da sua tese. Como resulta da transcrição, no ponto 22, da legislação aplicável ao caso, os agentes da direcção geral do comércio interior e dos preços tinham “livre acesso às instalações que não constituam a habitação do comerciante”, sem qualquer controlo de uma entidade judiciária independente. Em face desses dados normativos, o tribunal concluiu que a legislação e a prática francesas não ofereciam “garantias adequadas e suficientes contra os abusos” (ponto 48), como o exigia a tutela do domicílio, consagrada no artigo 8.º da CEDH. Não é essa, como se viu, a situação normativa vigente entre nós, em que a salvaguarda da privacidade das pessoas colectivas está acautelada, na justa medida, pela necessidade de autorização do Ministério Público,

147. Decorre do exposto que a tutela visada pelo n.º 4 do artigo 34.º da CRP não abrange a prova apreendida nos presentes autos, na medida em que tal prova – para além de aberta/livre – foi legalmente obtida em contexto empresarial.
148. Inexiste, assim, qualquer ilegalidade cometida pela AdC no que respeita à apreensão de mensagens de correio eletrónico lido ou aberto, tal como sucedeu *in casu*. De facto, contanto que essas mensagens se encontrem lidas ou abertas, a apreensão em causa não viola o n.º 4 do artigo 34.º da CRP e o artigo 42.º do RGCO.
149. Pelos motivos expostos, improcede a alegação de que a apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional da concorrência não encontra respaldo na Lei da Concorrência e na CRP.

II. 2 Da alegada nulidade da prova derivada da alegada violação do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa

II.2.1 Posição da visada MCH

150. A visada MCH alega também que a apreensão de correspondência eletrónica, em sede de buscas, viola o direito à privacidade, nos termos do artigo 26.º e do n.º 2 do artigo 12.º da CRP.
151. A MCH começa por trazer à colação o n.º 2 do artigo 12.º da CRP e o facto de a referida disposição representar o “*superar de uma determinada concepção dos direitos fundamentais centrada no indivíduo*”, assim como o reconhecimento expresso da “*capacidade de gozo de direitos (e submissão a deveres) às pessoas colectivas, desde que sejam compatíveis com a sua natureza*”⁶⁹.
152. Para o efeito, a MCH considera que a norma constante do artigo 26.º da CRP, designadamente na parte em que contempla o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, permite estender a sua proteção a pessoas coletivas.

entidade a quem cabe, nos termos constitucionais, “defender a legalidade democrática” (artigo 219.º, n.º 1, da CRP). Pode, pois, concluir-se que a interpretação normativa questionada não viola o disposto nos artigos 34.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, e 32.º, n.º 8, da CRP.”

⁶⁹ Cf. §803 da PNI MCH.

153. Refere a MCH que *“pese embora não seja, quanto às pessoas colectivas, pensável um qualquer direito à intimidade da vida privada no seu sentido estrito e literal, a verdade é que a extensão do âmbito de protecção deste direito será já viável se o lermos de uma forma amplas e teleologicamente fundada – referindo-nos, antes, à sua dimensão de tutela da privacidade, capaz de abarcar a reserva daquelas áreas da vida (pessoal, societária, associativa, etc.) retiradas da esfera pública”*⁷⁰.
154. Face ao exposto, a visada MCH defende que as visadas em processos contraordenacionais deverão beneficiar de uma dupla tutela, devendo toda a correspondência apreendida em diligências de buscas, independentemente da questão que se possa colocar sobre missivas abertas ou fechadas, beneficiar da protecção que decorre do artigo 26.º da CRP.
155. Assim, sustenta que, afastado o âmbito da tutela de inviolabilidade da correspondência, *“há que aferir também se a documentação a que se pretende aceder não estará, ainda, protegida pelo direito à privacidade da empresa”*⁷¹.
156. A MCH refere que este direito se reconduz, nomeadamente, a *“aspectos relacionados com a vida profissional ou o segredo dos negócios”*, alegando para o efeito, que a maioria da correspondência apreendida diz respeito a informações estratégicas, informações que, no entender da visada *“quando devassadas, produzem, sem margem para dúvida, uma verdadeira “abusiva intromissão na vida privada”, desprovida de habilitação legal, e, por isso, aptar a gerar, por si só, a proibição de prova a que respeita o artigo 32.º, n.º 8 da CRP”*⁷².
157. Acresce que, a MCH alega que a apreensão de correspondência eletrónica, em sede de buscas, *“bule com o direito à autodeterminação informativa dos colaboradores da MCH”*, nos termos do n.º 4 do artigo 35.º da CRP⁷³ e n.º 2 do artigo 8.º a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH”).
158. Começando por referir dos *emails* apreendidos consta e deduz-se um conjunto de informações que correspondem a *“dados pessoais dos colaboradores da MCH”*,

⁷⁰ Cf. §807 da PNI MCH.

⁷¹ Cf. §817 da PNI MCH.

⁷² Cf. §820 da PNI MCH.

⁷³ Cf. §828 da PNI MCH.

mobilizando, em particular, o artigo 4.º, parágrafo 1.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados” para a densificação do conceito de “dados pessoais”.

159. Os dados em causa, segundo a MCH, são “os nomes, os cargos, e a empresa de colaboradores da MCH” e ainda “um conjunto de informações das quais, por via dedutiva, se conseguem facilmente retirar conclusões, designadamente quanto à posição das concretas pessoas dentro da empresa que integram, e respectivos grupos de trabalho; ao relacionamento com fornecedores; aos horários em que a frequência das respostas é maior, entre outros”⁷⁴.
160. Desta feita, a visada conclui que “[d]esse conceito amplo, resulta que toda e qualquer informação deverá ser considerada relevante, para efeitos de aplicação do Direito da proteção de dados, [i]nexistindo, portanto, informações pessoais que não possam ser consideradas merecedoras de proteção jurídica, por muito insignificantes ou fúteis que sejam”⁷⁵.
161. Por sua vez, a MCH sustenta que “in casu, não só não há lei habilitante, como não se encontra preenchido nenhum dos critérios de necessidade”⁷⁶ que legitime a restringibilidade dos direitos consagrados no n.º 1 do artigo 8.º da CEDH, nos quais se inclui o direito ao respeito pela integridade pessoal e a não divulgação de dados pessoais).
162. A visada alega, deste modo, que a “interpretação do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, no sentido em que é permitido à Autoridade da Concorrência apreender correio eletrónico, independentemente do mesmo se encontrar aberto ou fechado, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, do direito à inviolabilidade da correspondência, do direito à inviolabilidade das telecomunicações, do direito à autodeterminação informativa e e do direito à privacidade dos respetivos destinatários, ainda que sejam pessoas coletivas, tudo nos termos do disposto nos artigos 18.º, 32.º, n.º 8 e 10, 34.º, n.º 4, 35.º, n.º 4, 26.º e 12.º, n.º 2 da CRP”⁷⁷.

⁷⁴ Cf. §822 a 823 da PNI MCH.

⁷⁵ Cf. §825 e 826 da PNI MCH.

⁷⁶ Cf. §833 da PNI MCH.

⁷⁷ Cf. §841 da PNI MCH.

II.2.2 Apreciação da Autoridade

163. No que diz respeito à alegada violação do direito à inviolabilidade da correspondência e do direito à inviolabilidade das telecomunicações, remete-se para as considerações acima, tendo-se por improcedente a referida arguição.
164. Relativamente à aplicação do n.º 2 do artigo 12.º da CRP, a AdC não ignora que as pessoas coletivas podem ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com a sua natureza⁷⁸.
165. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, de 10 de dezembro de 2008⁷⁹, que analisa a extensão da titularidade do direito à privacidade às pessoas coletivas:

“E não custa reconhecer que o direito à privacidade não é incompatível, em absoluto, com a natureza própria das pessoas colectivas, pelo que a titularidade desse direito não lhes pode, a priori, e em todas dimensões, ser negada.

Mas, como acentua JORGE MIRANDA, reportando-se, em geral, à titularidade “colectiva” de direitos fundamentais, “daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”.

A susceptibilidade, em princípio, de extensão da tutela da privacidade às pessoas colectivas, não implica, pois, que ela actue, nesse campo, em igual medida e com a mesma extensão com que se afirma na esfera da titularidade individual. Dessa tutela estarão excluídas, forçosamente, as dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõem a personalidade física”.

166. Não obstante este reconhecimento, não se pode deixar de referir que o direito à privacidade, mesmo tratando-se de um direito fundamental, não é um direito absoluto. Atente-se, nesse sentido, ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 5 de dezembro de 2003⁸⁰, referindo que importa reconhecer que “*tal direito não pode*

⁷⁸ Titularidade essa cujos termos e amplitude poderão não coincidir com aqueles que decorrem relativamente à titularidade dos mesmos direitos por pessoas singulares.

⁷⁹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080593.html>.

⁸⁰ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>.

configurar-se, em absoluto, como um direito ilimitável e irrestringível perante outros direitos ou interesses que, sub species constitutionis, se tenham por legítimos”.

167. Como pugna também Jorge Miranda, em anotação ao artigo 12.º da CRP, “os direitos fundamentais e, em geral, todos os direitos, são primordialmente direitos das pessoas singulares», acrescentando que, quando se admite direitos institucionais, «não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas coletivas só têm direitos compatíveis com a sua natureza (...). E como nota o Tribunal Constitucional, (...) ainda quando certo direito fundametal seja compatível com essa natureza e portanto suscetível de titularidade “coletiva” (hoc sensu), daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares. (...) Finalmente, cada pessoa coletiva somente pode ter os direitos conducentes à prossecução dos fins para que exista os direitos adequados sua especialidade (...)”.
168. Por outro lado, e se se atentar ao disposto no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, que proíbe a abusiva intromissão na vida privada e no domicílio, tal significa obviamente (e a contrario) que existem intromissões constitucionalmente permitidas.
169. Entre estas situam-se as buscas autorizadas por autoridades judiciárias ou judiciais que tenham lugar nos casos e segundo as formas previstas na lei, que a Constituição admite quando se trata da entrada do domicílio dos cidadãos, nos termos do n.º 2 do artigo 34.º da CRP, facto que levou o próprio Tribunal Constitucional a concluir, no seu acórdão n.º 364/2006, de 8 de junho de 2006⁸¹, que não existem, assim, razões que proibir buscas quando se trata da entrada em espaços fechados não merecedores de idêntica tutela constitucional.
170. No âmbito do presente processo, o Ministério Público era a entidade competente para, nos termos do artigo 21.º da LdC, ordenar a diligência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º daquele mesmo diploma (a busca, exame e apreensão, em instalações de uma empresa, de qualquer documentação independentemente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido).

⁸¹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060364.html>.

171. Destarte, como concluiu o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 593/2008 *supra* referido, «a salvaguarda das pessoas coletivas está acautelada, na justa medida, pela necessidade de autorização do Ministério Público, entidade a quem cabe, nos termos constitucionais, “defender a legalidade democrática” (artigo 291.º, n.º1, da CRP)».
172. Face ao exposto, a norma constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, deverá ser entendida em termos de possibilitar a apreensão, em busca ordenada quer por despacho do Ministério Público, quer por despacho do juiz de instrução – e a posterior valoração como prova – do teor de quaisquer escritos de carácter confidencial ou referentes à intimidade da vida privada – sendo necessária uma articulação casuística e sempre ponderada e harmoniosa, do direito à reserva da vida privada com o interesse constitucionalmente protegido conflituante, *in casu*, a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência.
173. Ora, concatenados esses direitos no caso concreto, as diligências de busca e apreensão revelaram-se como o único meio de obtenção de prova realmente efetivo, dada a natureza e a gravidade das infrações em causa, nomeadamente o seu carácter não público e informal, com potencial impacto relevante na economia nacional e no bem-estar dos cidadãos.
174. A diligência ordenada afigurou-se, assim, adequada e proporcional face às necessidades de investigação em causa, bem como à natureza da infração e ao interesse do Estado na sua perseguição, considerando, particularmente, (i) as dificuldades de prova associadas a infrações por práticas restritivas da concorrenciais e (ii) a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência (cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP).
175. A argumentação da MCH relativa à pretensa desproporcionalidade da diligência de busca e apreensão em causa reconduz-se, apenas e tão-só, ao carácter naturalmente intrusivo e coercivo de qualquer diligência de busca e apreensão.
176. Releva, também, referir que o TRL, em acórdão de 12 de novembro de 2019, já se pronunciou sobre a diligência em questão, tendo esclarecido que “[s]erá fácil concordar que na autorização de qualquer diligência probatória invasiva, por qualquer autoridade judiciária competente para tal, especialmente em diligências de busca e apreensão de correspondência (em sentido lato) e/ou documentos eletrónicos, tais direitos do sujeito

visado devem ser compulsados, efetuando-se um juízo de concordância e que ordene, por admissível, a lesão de tais direitos perante os interesses da investigação. Esse juízo envolve necessariamente a proporcionalidade ínsita à lesão desses direitos, de proteção legal e constitucional, numa lógica de indispensabilidade da obtenção do meio de prova. Neste sentido, torna-se imperativo afirmar que a preterição dos direitos de sigilo da correspondência, de sigilo profissional de advogados, ou até do direito à intimidade da vida privada, foi necessariamente cotejada pela autoridade judiciária na emissão do mandado de autorização das buscas e apreensão e posteriormente pela validação da apreensão”⁸².

177. Não podem colher, pois, os argumentos da MCH.
178. Ainda assim, é de referir que, nos termos do artigo 30.º da LdC, é conferida à AdC uma função garantística de proteção do segredo de negócio: a AdC tem o dever de acautelar o legítimo interesse das visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio, pelo que a tutela da privacidade, em concreto a proteção de documentos com informações estratégicas ou que por outra via constituam segredo de negócio, está sempre protegida, nos termos da lei.
179. No que respeita ao acesso ao processo, deve começar por esclarecer-se que, de acordo com o artigo 32.º da LdC, o processo é, em regra, público e, ainda que nos termos e nos limites dispostos no artigo 33.º da referida lei, (todas) as visadas num processo de contraordenação têm acesso ao processo, diretamente ou através dos seus mandatários ou assessores económicos, para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.
180. Assim, aquando do acesso ao processo, a Autoridade atuou ao abrigo de uma necessária ponderação de interesses, a proteção da informação confidencial em confronto com o direito de defesa das visadas, concluindo-se que o acesso foi efetivamente dado dentro dos limites da estreita necessidade de acautelar os seus direitos de defesa, nos termos constantes da Nota Metodológica relativa à Organização e à Consulta do processo, pelo que a consulta aos referidos documentos confidenciais das visadas sempre seria e foi limitada ao advogado ou assessor económico dos

⁸² Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019, disponível em www.dgsi.pt.

mesmos, que declararam que os documentos confidenciais a que tenham acesso só poderão ser utilizados exclusivamente para efeitos de exercício de direitos de defesa e da eventual impugnação judicial de decisão final da Autoridade.

181. Deste modo, facilmente se compreende que, contrariamente ao que é alegado pela MCH, nenhuma informação foi “*devassada*”, muito pelo contrário – o procedimento de tratamento de confidencialidades a que a prova esteve sujeita demonstra que a AdC sempre agiu em prol da defesa dos legítimos interesses das visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio.
182. Por fim, no que à alegada violação do direito à autodeterminação informativa diz respeito, importa referir que o mesmo se encontra previsto no artigo 35.º da CRP, que contém a proteção dos cidadãos relativamente ao tratamento de dados pessoais informatizados⁸³, consistindo num dos direitos subjacentes à proteção de dados pessoais⁸⁴.
183. Com efeito, em termos abreviados, o referido direito fundamental compreende um feixe de direitos que visam proteger os cidadãos perante a potencial recolha e divulgação de informações pessoais, bem como assegurar aos seus titulares um leque de poderes de escolha neste âmbito⁸⁵.
184. Assim, em primeiro lugar, deve esclarecer-se que a nova legislação de proteção de dados pessoais é enformada por três instrumentos legais: o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27/05/2016 (“Regulamento Geral

⁸³ No mesmo sentido, cf. CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I., p. 550

⁸⁴ Neste sentido, vd. acórdão do STJ, proferido no âmbito do processo 679/05.7TAEVR.E2.S1, de 16.10.2014, disponível em www.dgsi.pt, que se pronunciou-se no sentido de que: “(...) *subjacente a toda a proteção de dados está, por um lado, a proteção do direito à autodeterminação informativa (com consagração constitucional no art. 35.º) e, por outro, a proteção da privacidade (...)*”.

⁸⁵ Ac. do TC n.º 464/2019 e CASTRO, Catarina Sarmento e, “40 Anos de “Utilização da Informática” - O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, in *e-Pública*, vol. 3, n.º 3, dezembro 2016, págs. 42-66

Sobre a Proteção de Dados” “RGPD”), a Lei n.º 58/2019, de 8/8 (“Lei da Proteção de Dados Pessoais”)⁸⁶ e a Lei n.º 59/2019, de 8/8⁸⁷.

185. Desta feita, atendendo ao RGPD, o qual goza de aplicabilidade direta⁸⁸, nos termos do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), verifica-se que o mesmo *“estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, ex vi n.º 1 do artigo 1.º.*
186. Consequentemente, depreende-se que o referido diploma se aplica aos tratamentos de dados pessoais que se verifiquem em processos contraordenacionais, como os que são prosseguidos pela AdC, não se encontram abrangidos pela cláusula de exceção da alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do RGPD, a qual deve ser interpretada em articulação com a Diretiva 2016/680, daí resultando que o RGPD não se aplica a infrações criminais no sentido determinado pelo Considerando 13)⁸⁹ da Diretiva 2016/680.
187. Deste modo, da interpretação conjunta do RGPD com a Diretiva 2016/680 resulta que os tratamentos de dados decorrentes de contraordenações aplicadas no ordenamento jurídico português, bem como as respetivas sanções acessórias são regidos pelo RGPD e por legislação interna.
188. Por sua vez, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, *“(…) aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”.*

⁸⁶ Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e revoga a anterior Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26/10)

⁸⁷ Aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a [Diretiva \(UE\) 2016/680](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

⁸⁸ *“Ou seja, a sua aprovação pelos órgãos de Direito da União Europeia, com a conseqüente publicação e entrada em vigor, é suficiente para produzir efeitos no direito interno dos Estados-Membros”. Por outras palavras, “vinculam diretamente todos os poderes públicos e os particulares, mesmo que não haja nenhuma lei nacional que o determine”. (www.dre.pt)*

⁸⁹ Cf. *“O conceito de infração penal, na aceção da presente diretiva, deverá ser um conceito autónomo do direito da União, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia («Tribunal de Justiça»)”.*

189. Ora, atendendo à densificação do conceito de “*dados pessoais*”, nos termos do parágrafo 1.º do artigo 4.º do RGPD - “*informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;*” – é de questionar em que medida todas as informações apresentadas pela visada MCH consubstanciam dados pessoais. De facto, se é certo que o RGPD apresenta uma noção ampla de “*dados pessoais*”, é discutível que algumas das informações apresentadas pela visada, – nomeadamente, a relativa à “*posição das concretas pessoas dentro da empresa que integram, e respectivos grupos de trabalho*”, “*ao relacionamento com fornecedores*”, aos “*horários em que a frequência das respostas é maior*” – tornem possível, direta ou indiretamente, a identificação de uma pessoa singular.
190. Mais, os dados apresentados pela MCH (informação relativa aos cargos, áreas e empresas mencionados na correspondência eletrónica) não configuram “categorias especiais de dados pessoais”, os quais decorrem taxativamente do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, a saber: “*dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa*”.
191. Acresce que, os mencionados dados também não integram o núcleo duro dos dados constitucionalmente tutelados. A este propósito veja o Acórdão do TCRS, de 9 de outubro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 73/20.0YUSTR-A, que referiu que: ““(…) os dados pretendidos pela Recorrida [*informação relativa aos cargos, áreas e empresas mencionados na correspondência eletrónica*] não integram o núcleo duro dos dados constitucionalmente tutelados – os denominados dados sensíveis – por se tratarem apenas de descritivos atinentes à categoria e escopo das funções desempenhadas, num dado enquadramento empresarial e temporalmente balizadas”.
- (sublinhado da Autoridade)

192. Noutro plano, nos termos do parágrafo 7 do artigo 4.º, entende-se por “*Responsável pelo tratamento*”, “*a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro;*”. Assim sendo, a AdC, enquanto autoridade pública – pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente (*ex vi* n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18/8 (“Estatutos da Autoridade da Concorrência”) – poderá ser considerada “*responsável pelo tratamento*” para efeitos do RGPD.
193. Ora, as diligências de busca, exame, recolha e apreensão de correio eletrónico efetuadas pela AdC, legalmente previstas na alínea c) do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, podem ser enquadradas, mediante as circunstâncias do caso *sub judice*, na noção de “*tratamento*” prevista no parágrafo 2.º do artigo 4.º do RGPD, segundo o qual se trata de “*uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição*”.
194. Por sua vez, as diligências de busca, exame, recolha e apreensão de correio eletrónico (e dos dados pessoais que neles figurem) surgem como necessárias para a prossecução da missão, com interesse público e respaldo constitucional e no TFUE⁹⁰, de que está investida a AdC, *rectius* “*assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores*” (n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência).

⁹⁰ Alínea f) do artigo 81.º da CRP e artigos 101.º a 109.º do TFUE.

Ou seja, as referidas diligências surgem como indispensáveis (e *in casu* esta necessidade foi evidenciada⁹¹) para o acesso à documentação que possa existir sobre os comportamentos restritivos da concorrência e que se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível público, incluindo a que se encontre em suportes informáticos.

195. Acresce que o direito à proteção de dados pessoais não é um direito absoluto, devendo *“ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”*⁹².

196. A este propósito, veja-se o entendimento perfilhado pela citada sentença do TCRS, de processo n.º 73/20.0YUSTR-A:

“resulta do número 4 do artigo 35.º da Constituição, que aquele direito não é absoluto, consentindo exceções, a apreciar à luz do disposto nos números 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Ora, precisamente entre essas exceções, tem-se divisado a utilização de dados pessoais para fins de investigação criminal, designadamente como meio de prova em processo penal. É certo que, estamos em sede contraordenacional, mas a verdade é que se afigura proporcional e necessário à prossecução dos fins aqui em causa, o acesso àqueles dados. Efectivamente e desde logo, o processo contraordenacional acha-se, igualmente, estribado em princípios de interesse público, norteados pelo princípio da descoberta da verdade material, razão porque se considera que o seu acesso, neste enquadramento, se acha justificado”.

197. Importa atender ainda à Lei n.º 58/2019, de 8/8 e que se aplica à AdC, por força do n.º 1 do artigo 2.º, nos termo do qual *“A presente lei aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados no território nacional, independentemente da natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, mesmo que o tratamento de dados pessoais seja efetuado em cumprimento de obrigações legais ou no âmbito da prossecução de missões de interesse público, aplicando-se todas as exclusões previstas no artigo 2.º do RGPD”.*

⁹¹ Fl. 5 do processo.

⁹² Cf. considerando 4 do RGPD

198. É ainda de salientar que, dando cumprimento aos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais (artigo 5.º do RGPD), a AdC dispõe de um Código de Conduta em que no Ponto 5.3.2. – relativo à Proteção de Dados pessoais – estabelece que: *“Os colaboradores da AdC que, no âmbito das suas funções, lidem com dados pessoais ou que a estes tenham acesso, devem respeitar as disposições previstas na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que aprova o regime relativo à proteção de dados pessoais, tratando e processando os mesmos de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Os colaboradores da AdC não podem, nomeadamente utilizar dados pessoais para fins ilegítimos ou comunicá-los a pessoas ou instituições não autorizadas a utilizá-los”*.
199. Improcede, assim, o argumento da MCH de que a AdC não tem lei habilitante que legitime o tratamento de dados pessoais, bem como o de que não é necessário o seu o seu tratamento.
200. Também é de afastar aplicação da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27/04/2016, bem como da Lei n.º 59/2019, de 8/8, atendendo ao seu âmbito de aplicação. Para este efeito atenda-se, por um lado, à alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, que dispõe:
- “2. O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais: d) Efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública”*
201. E, por outro, atenda-se ao n.º 1 do artigo 2.º e n.º 1 do artigo 1.º da referida Diretiva, segundo os quais:
- n.º 1 do artigo 2.º: *“A presente diretiva aplica-se ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para os efeitos estabelecidos no artigo 1.º, n.º 1”*; e
- n.º1 do artigo 1.º *“A presente diretiva estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública”*.

202. Consequentemente, este entendimento coaduna-se com o Considerando 11 da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27/04/2016, segundo o qual: “*Caso esses organismos ou entidades tratem dados pessoais para efeitos que não sejam os da presente diretiva, é aplicável o Regulamento (UE) 2016/679. O Regulamento (UE) 2016/679 é, pois, aplicável nos casos em que um organismo ou uma entidade recolhe dados pessoais para outros efeitos e, em seguida, os trata a fim de dar cumprimento a uma obrigação legal a que está sujeito*⁹³.”
203. Por fim, é de salientar que a entidade competente para os cidadãos apresentarem as suas queixas de um eventual incumprimento no tratamento dos seus dados é a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), a qual é designada como a autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD (Alteração e Republicação da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto), e não a AdC.
204. Face a todo o exposto, importa concluir que não existe, portanto, qualquer desconformidade constitucional na atuação da AdC, uma vez que não está em causa qualquer prova obtida abusivamente mediante intromissão da vida privada, nem obtida por violação do princípio da proporcionalidade.

II. 3 Da nulidade da prova derivada da circunstância de a mesma ter sido recolhida sem despacho de Juiz de Instrução Criminal

II.3.1 Posição das visadas Bimbo Donuts e MCH

205. Defende a Bimbo Donuts, tal como havia alegado no requerimento de 2 de maio de 2018⁹⁴ que, a ser admitida a apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional, a mesma terá de respeitar o regime previsto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime em conjugação com os artigos 179.º e 268.º do CPP, subsidiariamente aplicáveis por força do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, que faz depender a apreensão de correio eletrónico da prévia autorização do juiz.
206. A visada MCH alega também que, ainda que se considerasse que a AdC detém poderes para a apreensão de correspondência, seria sempre necessário recorrer ao processo

⁹³ Considerando 11 da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27/04/2016

⁹⁴ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2018/2345, parágrafo 10.

penal para concluir os critérios para a densificação do conceito e das garantias aplicáveis ao correio eletrónico e do regime da sua apreensão, isto é, ao artigo 179.º do CPP, de onde se conclui que tal apreensão teria necessariamente de ser determinada por despacho judicial.

207. Não tendo esta autorização do juiz existido, e reiterando que a correspondência eletrónica colhida nos presentes autos não poderia ter sido apreendida, a visada Bimbo Donuts considera que *“são as apreensões realizadas ilegais e inconstitucionais, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.º 4 e 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, artigos 11.º, 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime e 179.º e 268.º do CPP, ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência e 41.º do RGCO, artigo 42.º, n.º 1 do RGCO e 18.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência”*⁹⁵.
208. Consequentemente, segundo a Bimbo Donuts, *“[e]m face do circunstancialismo, por serem proibidas, devem as provas obtidas por força das buscas e apreensões realizadas (...), ser declaradas nulas, ao abrigo do disposto nos artigos 118.º, n.º 3, 125.º, 126.º, n.ºs 1 e 3, 179.º e 268.º do Código de Processo Penal e 11.º, 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, todos aplicáveis ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência e 41.º do Regime Geral das Contraordenações, artigos 32.º, n.ºs 4 e 8 e 34.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa e artigos 5.º e 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”*⁹⁶. Por fim, a Bimbo Donuts, alega que *“a interpretação da AdC da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, no âmbito de um processo de natureza contraordenacional é inconstitucional, por violar as normas 32.º, n.º 8 e 34.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa”*⁹⁷.
209. No mesmo sentido, a visada MCH, vem arguir a nulidade das apreensões das mensagens de correio eletrónicas e de todos os elementos probatórios por essa via

⁹⁵ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafos 80 e 81.

⁹⁶ *Idem*, parágrafo 94.

⁹⁷ *Idem*, parágrafo 95.

obtidos, pois estes teriam sido obtidos, alegadamente, sem a competente autorização do juiz de instrução criminal, nos termos do artigo 179.º do CPP⁹⁸.

II.3.2 Apreciação da Autoridade

210. Sem prejuízo da resposta à presente questão já ser sido devidamente notificada à Bimbo Donuts pela Autoridade a 12 de março de 2020, e para a qual se remete⁹⁹, retoma-se e desenvolve-se os principais argumentos que refutam a posição das visadas Bimbo Donuts e MCH.
211. *Prima facie*, cumpre salientar que o entendimento avançado pela Bimbo Donuts parte da premissa – errada – de que a Lei do Cibercrime se aplica ao processo contraordenacional jusconcorrencial.
212. Com efeito, o objeto e o âmbito de aplicação da Lei do Cibercrime são, em tudo, distintos dos da Lei da Concorrência, não se sobrepondo aquela a esta – ao passo que a Lei do Cibercrime tem, como objeto, processo relativos a crimes no domínio da cibercriminalidade e um âmbito de aplicação circunscrito aos ilícitos criminais, as infrações por violação das regras da concorrência consubstanciam ilícitos de natureza contraordenacional (cf. artigos 67.º, 68.º e 13.º da Lei da Concorrência).
213. Inexiste, também, qualquer identidade entre ambos os diplomas: a Lei da Concorrência atual, de 8 de maio de 2012 (tendo revogado a anterior Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), e posterior à Lei do Cibercrime, de 15 de setembro de 2009.
214. Quer isto dizer que o legislador poderia efetivamente ter aproveitado qualquer *occasio legis* proporcionada pela futura entrada em vigor da Lei da Concorrência para remeter as condições de apreensão de correio eletrónico para a Lei do Cibercrime - o que não fez, antes cingindo essa regulação ao próprio novo regime da concorrência.
215. É, portanto, de concluir que o artigo 17.º da Lei do Cibercrime apenas se aplica a processos relativos a crimes, independentemente da sua natureza ou moldura penal, excluindo, *a contrario*, o processo contraordenacional da concorrência.

⁹⁸ Cf. §850 da PNI MCH.

⁹⁹ Fls. 6811 a 6812 do processo.

216. Na medida em que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais se aplica lei especial – a Lei da Concorrência – esta regula, expressamente, as apreensões que podem ser realizadas, pelo que, só na falta de disposição especial (que aqui não ocorre), o legislador anteviu que se recorresse ao RGCO e, subsidiariamente, às disposições do CPP, conforme decorre do artigo 13.º da Lei da Concorrência, sem equacionar, portanto, uma aplicação paralela ou subsidiária da Lei do Cibercrime – este entendimento, de resto, tem sido propugnado pela jurisprudência¹⁰⁰.
217. Assim sendo, não sendo aplicável a Lei do Cibercrime ao processo contraordenacional da concorrência, é, igualmente, de afastar a necessidade de fazer depender a apreensão de correio eletrónico da prévia autorização do juiz, nos moldes previstos no seu artigo 17.º, concluindo-se pela validade da apreensão e correio eletrónico efetuada, ao abrigo do mandado emitido pelo Ministério Público.
218. Por sua vez, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que não deverá ser aplicado o regime do processo penal à correspondência em processo de contraordenação relativos a práticas restritivas da concorrência, na medida em que inexistente lacuna que justifique o recurso à aplicação subsidiária do RGCO ou do CPP.
219. Veja-se, a este propósito, a posição sufragada pelo TRL em 4 de março de 2020¹⁰¹:
- “In casu, as visadas começam por asseverar que a apreensão de correspondência não é admitida nem pelo Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCO), nem pelo “processo de contraordenação relativo a práticas restritivas da concorrência”(…).*
- Com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que da simples leitura do disposto no art. 18.º, n.º 1 c) da Lei da Concorrência (...) salta aos olhos de qualquer mortal a sem razão da segunda parte desta asserção (...).*

¹⁰⁰ Vide, nesse sentido, Sentença de 4 de junho de 2019, proferida no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D, 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, corroborada recentemente por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2020.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.03.2020, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

A visada almeja ver aplicado o regime do processo penal, o qual, in casu, com o devido respeito por opinião diversa se mostra a nossa ver excluído pela 1.ª parte da norma deste n.º 1 do art. 13.º, da LdC (...).

Na verdade, os processos relativos a práticas restritivas, como no caso acontece o respeitante n.º 1 do artigo 9.º, da LdC, rege-se em primeiro lugar “pelo previsto na presente lei”. Ora, afigura-se-nos que esse regime consta expressamente do n.º 1 alínea c) do art. 18.º, da LdC. Queremos com isto dizer que, com o devido respeito por opinião em contrário, no caso dos autos, inexistente uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal”.

220. Afastada a possibilidade de aplicação do regime do processo penal, é imperioso reiterar que, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, a AdC pode apreender qualquer documentação independente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido – e que, por isso, já não mereçam da proteção dada a correspondência ainda não lida.
221. Nos termos do artigo 21.º da Lei da Concorrência, a regra é a de que a competência para ordenar a realização das diligências a que se referem as alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e os artigos 19.º e 20.º é do Ministério Público.
222. Todavia, prevê a mesma norma a exceção de que, (apenas) quando expressamente previsto, esta competência será do juiz de instrução: é o caso da busca domiciliária (cf. n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012), da presença em busca em escritório de advogados ou consultório médico (cf. n.º 7 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012) ou da apreensão em banco ou instituição de crédito de documento sujeito a sigilo bancário (cf. n.º 6 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012).
223. Não foi nenhum desses, no entanto, o caso das diligências no âmbito do presente processo.
224. O Ministério Público era, assim, a entidade competente para, nos termos do artigo 21.º da Lei da Concorrência, ordenar a diligência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º daquele mesmo diploma (busca, exame e apreensão em instalações de empresa

qualquer documentação independentemente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido).

225. Não estando em causa uma situação em que a lei expressamente determina a necessidade de autorização ou presença do juiz de instrução, a AdC não tinha de (nem podia) requerer a este órgão qualquer autorização para a diligência em causa.
226. A argumentação proposta pelas visadas não tem, assim, qualquer amparo na lei ou jurisprudência.
227. Em face do exposto, improcede a invocada ilegalidade das apreensões de prova realizadas, em virtude da inexistência de despacho de juiz.
228. Improcede também, portanto, o argumento da visada Bimbo Donuts no sentido de que a atuação da AdC merece censura, na medida em que a admissibilidade de apreensão de correio eletrónico lido não é inconstitucional, antes sendo legitimada pela própria Lei da Concorrência, e a Lei do Cibercrime não é aplicável ao processo contraordenacional de concorrência, concluindo-se, assim, pela necessária validade da prova apreendida pela AdC.

II. 4 Da alegada nulidade do inquérito e da Nota de Ilícitude por alegada violação do direito de defesa e do direito ao contraditório

II.4.1 Posição da visada Bimbo Donuts

229. Tendo presente que processo *sub judice* teve origem no âmbito da investigação do processo contraordenacional contra a “*Super Bock Bebidas, S.A.*”, que correu termos na AdC, sob a referência interna PRC/2016/4¹⁰², a Bimbo Donuts vem alegar que “*desconhece, por completo, o PRC/2016/4 e, muito em particular, quais os tais elementos de prova que permitiram ordenar a abertura dos presentes autos*”¹⁰³.
230. Para tal, sustenta que a fls. 3573 se refere que é ordenada a extração de: “*44 (quarenta e quatro) ficheiros em suporte digital, a extrair dos discos rígidos de armazenamento externo, apensos a fls. 1425, 1599 e 1991, com as referências melhor identificadas na tabela que constitui o anexo 1 ao presente Termo, para um dispositivo de*

¹⁰² Cf. certidão de extração do processo PRC 2016/4, a fls. 3568 do processo.

¹⁰³ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafo 100.

armazenamento externo da AdC que deverá ser junto a fls. 6 do referido processo PRC/2017/5". Porém, segundo a visada, o volume I do processo que lhe foi disponibilizado "não tem a tal fls. 6 – e nem lograram os Mandatários da visada, até à data, encontrar pelos elementos dos autos que lhe foram disponibilizados uma pasta ou ficheiro que assim fossem identificados"¹⁰⁴.

231. Refere ainda que na decisão de abertura de inquérito de fls. 2 e ss. se dispõe que:

"A prova encontrada referente às empresas visadas consta dos autos do PRC/2016/04, na medida em que resulta da documentação apreendida em resultado das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas nesse processo.

Torna-se, pois, necessária a extração de certidão da mesma para efeitos de instrução de processo de contraordenação autónomo"

232. Todavia, a visada menciona que *"não encontra qualquer certidão, apenso ou ficheiro de onde resulte a "documentação apreendida em resultado das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas nesse processo"¹⁰⁵.*

233. Por fim, a título exemplificativo, salienta que *"no auto de suspensão de diligência de busca e apreensão parcial", realizado no dia 8 de fevereiro de 2017, "foi realizada uma pesquisa no computador de Paula Conceição Varela Jordão e que, no âmbito da referida pesquisa, foram apreendidos 06 (seis) documentos que, por constituírem indícios de outra infração às regras de concorrência, foram selados para posterior validação pela autoridade judiciária (fls. 3610 do presente Processo)".*

234. Porém, a visada alega que a AdC não junta aos autos o teor dos documentos apreendidos, não logrando a Bimbo Donuts perceber o que sucedeu com os mesmos: se foram validados pela autoridade judiciária, se foram valorados pela AdC, se constam do elenco de elementos que permitiram indiciar as práticas anticoncorrenciais em investigação nos presentes autos¹⁰⁶?

235. Defende, assim, que o inquérito está ferido de nulidade.

¹⁰⁴ *Idem*, parágrafo 102.

¹⁰⁵ *Idem*, parágrafo 104.

¹⁰⁶ *Idem*, parágrafos 115 e 116.

236. Por fim, a Bimbo Donuts sustenta ainda que, em sede de NI, em face do segmento “*Com efeito, a AdC tem pendentes, em diferentes fases processuais, diversas investigações com contornos semelhantes, de colusão horizontal, que envolvem empresas de distribuição e um fornecedor comum, em mercados relativos a categoriais diversificadas de bens de grande consumo*”, a visada não é parte nessas “*outras investigações*”, nem tem forma de saber se têm ou não “*contornos semelhantes*”, e muito menos pode defender-se de conclusões como a sustentada no parágrafo 431 da NI¹⁰⁷ “*que partem de pressupostos que a visada desconhece em absoluto*”¹⁰⁸.
237. Assim sendo, a Bimbo Donuts conclui que “*por não constar dos autos a informação e elementos sem os quais a visada não poderá exercer de forma plena os direitos ao contraditório, à informação, a contestar a prova da acusação e de acesso ao processo, e sendo certo que o acesso a uma informação é um ato legalmente obrigatório, vem a visada arguir a nulidade dos presentes autos, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 4 e 32.º, n.º 10 da CRP, no artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea b) da CEDH, artigo 25.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e nos artigos 120.º, n.º 2, alínea d) e 122.º do CPP, aplicável ex vi 13.º da Lei da Concorrência*”.
238. Consequentemente, nos termos do artigo 122.º do CPP, arguiu a nulidade da Nota de Ilícitude¹⁰⁹.

II.4.2 Apreciação da Autoridade

239. Os elementos a que a Bimbo Donuts faz referência dizem respeito ao PRC/2016/4, que correu termos na Autoridade.
240. Conforme resulta da decisão de abertura de inquérito do presente processo¹¹⁰ e, bem assim, dos parágrafos 5 a 9 da presente Decisão, que replicam, também, os parágrafos

¹⁰⁷ Onde se refere que face às diversas investigações, com contornos semelhantes, pendentes, se parece tratar de «*um “modus operandi” mantido por empresas de distribuição ao longo de mais de uma década, que se alastra a uma multiplicidade de categorias de produtos*» vendidos ao consumidor final.

¹⁰⁸ Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafos 119 a 121.

¹⁰⁹ *Idem*, parágrafos 131 e 132.

¹¹⁰ Fls. 2 a 5 do processo.

5 a 9 da Nota de Ilícitude, o PRC/2016/4 diz respeito a outra prática restritiva da concorrência, em que foi visada a empresa Super Bock Bebidas, S.A.¹¹¹.

241. Trata-se de uma infração autónoma, de natureza distinta da infração sob análise no processo contraordenacional PRC/2017/5, com um universo de visadas diferente, que diz respeito a factualidade diversa e sem qualquer conexão com os factos investigados nos presentes autos.
242. Encontra-se ainda numa fase processual distinta, tendo já sido, à presente data, inclusivamente proferida sentença por parte do TCRS.
243. O único ponto de contacto do processo em causa com o presente processo prende-se com as circunstâncias descritas nos parágrafos acima citados: em diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/4 foram encontrados elementos de prova que indiciavam a existência de outras infrações – entre as quais a que é objeto do presente processo – que reclamavam investigação autónoma. Certidão de tais elementos de prova foi, pois, extraída para sustentar a abertura de outros processos contraordenacionais.
244. Neste contexto, a argumentação da Bimbo Donuts, no essencial, é a de que as suas garantias de defesa no âmbito do PRC/2017/5 teriam sido violadas porquanto não lhe foi facultado acesso a elementos respeitantes a um outro processo contraordenacional (repare-se, os que não dizem respeito ao presente processo e, por isso não foram objeto de extração de certidão), relativo à investigação de uma outra infração, que tem por base factos distintos.
245. Ora, esta alegação não tem fundamento, não existindo qualquer violação dos direitos de defesa da Bimbo Donuts no âmbito do presente processo, e não existindo também qualquer nulidade de que cumpra conhecer.
246. Com efeito, o facto de uma visada num processo contraordenacional não ter acesso a elementos respeitantes a outro processo contraordenacional relativo a outra infração não consubstancia, só por si, uma violação dos seus direitos de defesa.

¹¹¹ Relembre-se que na data de abertura do inquérito do processo contraordenacional PRC/2016/4, a designação comercial da Super Bock Bebidas, S.A. era Unicer Bebidas, S.A.

247. No entanto, *in casu*, nem se coloca o problema suscitado pela visada, uma vez que constam dos autos todos os dados (relevantes) que permitem à Bimbo Donuts compreender o teor de todos os elementos que foram apreendidos e que, alegadamente, sustentam a abertura dos presentes autos, tal como se evidenciará *infra*.
248. No que diz respeito aos concretos elementos de prova que a visada alega não ter acesso, impõe-se precisar o seguinte:
249. Relativamente à ausência da fl. 6, da qual consta o dispositivo de armazenamento externo da AdC com os ficheiros em suporte digital, extraídos dos discos rígidos de armazenamento externo, apensos a fls. 1425, 1599 e 1991, importa referir que a mesma não consta da versão não confidencial (VNC) disponibilizada à visada, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.
250. A este propósito, em primeiro lugar, apraz referir que a referida fl. apenas contém uma imagem relativa ao dispositivo de armazenamento supramencionado, pelo que a sua existência não reveste qualquer interesse para efeitos de defesa da visada.
251. Assim, como racionalmente se depreende, é o conteúdo desse dispositivo que assume relevo para a Bimbo Donuts, o qual inequivocamente consta dos autos e ao qual a mesma pôde legitimamente aceder nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da Lei da Concorrência.
252. Com efeito, atendendo ao índice do processo, nomeadamente à linha 12, verifica-se que a fl. 6 contém informação considerada confidencial.
253. Deste modo, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da Lei da Concorrência, “[o] acesso a documentos contendo informação confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício do direito de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da autoridade (sublinhado da Autoridade).
254. A fl. 6 contém o resultado da extração da prova das empresas de distribuição do PRC 2016/4 (prova digital recolhida nas instalações das empresas de distribuição).
255. Ainda que tivesse existido alguma eventual falha informática no acesso à referida folha, a Bimbo Donuts sempre teve acesso a essa informação quer na versão original (através da pasta “prova digital”), quer na da VNC que lhe foi enviada.

256. Ou seja, em “*data room*”, o advogado ou ao assessor económico externo da Bimbo Donuts pôde consultar a pasta “CD’s e PEN’s”, de onde consta a prova digital extraída do PRC/2016/4 e identificada na mencionada fls. 6. (Acesso ao processo» PRC201705-Data room» Processo físico » CD’s e PEN’s » Fl. 6).
257. E, de facto, a possibilidade de conhecimento dessa informação surgiu em concreto, atendendo a que em 24.06.2020, a AdC encerrou o inquérito e deu início à instrução, através da notificação da NI, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência.
258. Para efeitos do exercício do direito de audição e defesa dos visados, a AdC fixou o prazo de 20 (vinte) dias úteis, a contar da data de receção da Nota de Ilícitude para, querendo, os visados se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma (cf. n.º 1 do artigo 25.º da Lei da Concorrência e artigo 50.º do RGCO).
259. Em 25 de junho de 2020, a Bimbo Donuts requereu cópia da VNC, bem como a consulta da versão integral do processo nas instalações da AdC, tendo esta Autoridade dado resposta a ambos os pedidos de maneira imediata, no dia útil seguinte à apresentação dos referidos requerimentos.
260. Assim, desde o dia 1 de julho de 2020, a Bimbo Donuts, através dos seus advogados, teve acesso à versão integral dos autos mediante consulta nas instalações da AdC, bem como cópia da VNC dos autos para co-visadas, em suporte digital, facultada pela AdC.
261. Consequentemente, daqui depreende-se que a Bimbo Donuts, devidamente representada pelos seus mandatários, e ainda que perante uma falha informática no acesso ao conteúdo da fl.6, sempre teve acesso ao conteúdo da mesma, através do acesso à pasta “prova digital”, disponível para consulta, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012, pelo que o conteúdo em causa sempre foi e esteve na disponibilidade da visada.
262. Improcede, portanto, a referida alegação.
263. No que diz respeito à ausência da certidão de onde resulta a documentação apreendida e resultado das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas no PRC/2016/4, verifica-se que o termo de extração de certidão e respetivo anexo consta das fls. 3568 a 3585 do processo.

264. Relativamente aos documentos extraídos do PRC/2016/4 para o PRC/2017/5, aos quais se alude na fl. 3573, apraz esclarecer que:
- (i) as 446 (quatrocentos e quarenta e seis) folhas, com a numeração 1189 a 1424, 1498 a 1598, 1790 e 1791, 1879, 1886 a 1990, e ainda 34 (trinta e quatro) folhas correspondentes ao presente Termo de Certidão e respetivo anexo, constam das fls. 3602 a 4048 e fls. 3568 a 3585, respetivamente;
 - (ii) os 44 (quarenta e quatro) ficheiros em suporte digital, a extrair dos discos rígidos de armazenamento externo, melhor identificados *supra*, constam da fl.6, a qual pode ser consultada em “*data room*”, tal como já foi mencionado.
265. Assim sendo, não se concebe que a Bimbo Donuts alegue não encontrar no processo os elementos identificados.
266. E nem sequer se pode compreender a alegação da visada quando refere que nos volumes 9 e 10 do “*encontra referências esparsas (...) às diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito daquele outro processo [PRC/2016/4]*”; “*ao próprio teor da tal prova “originadora” dos presentes autos (por exemplo, a fls. 2 e ss. do processo)*”; mencionando ainda que “[*a*] *junção aos autos dos “autos de suspensão de diligência de busca e apreensão” (volume 9 e 10 dos autos) não é, claramente, suficiente para a visada compreender o teor dos elementos que, no entender da Autoridade, configuram “indícios de suspeita de práticas restritivas de concorrência”*”.
267. Assim, nos termos da decisão de abertura de inquérito do presente processo resulta expressamente que no âmbito do PRC/2016/4 “*foi autorizada pela autoridade judiciária competente a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão, para além da visada (Super Bock, antiga Unicer) num conjunto de empresas ativas no mercado de distribuição alimentar. No decurso destas diligências foram encontrados, para além de elementos referentes a comportamentos da UNICER, fortes indícios do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal*”.
268. Tal como referido *supra*, foram esses os elementos que a AdC considerou relevantes para efeitos de abertura de inquérito, sendo a documentação extraída do PRC/2016/4, nos termos do respetivo Termo de Certidão de Extração, aquela que, no que se refere ao presente processo, permite à Bimbo Donuts compreender o teor integral de todos

esses elementos e a habilita, destarte, a exercer o seu direito de defesa em relação aos mesmos.

269. Ou seja, os elementos de prova apreendidos nas instalações das empresas de distribuição visadas no presente processo que dizem respeito à relação comercial mantida entre estas e o fornecedor Bimbo Donuts foram, obviamente, extraídos para os presentes autos, tendo a visada total conhecimento do respetivo teor.
270. Por este motivo, não se compreende, até, que outra documentação (porventura não constante do processo) poderia, então, ser relevante para efeitos de exercício dos direitos de defesa das empresas visadas.
271. Por fim, relativamente ao teor, bem como ao que sucedeu aos 6 (seis) documentos apreendidos na sequência da pesquisa ao computador de ^[CONFIDENCIAL – Dados pessoais], importa tecer as seguintes considerações.
272. Primeiro, esses documentos foram apreendidos e validados no âmbito do PRC/2016/4, processo no qual a Bimbo Donuts não era visada, sendo que todos os documentos que são relevantes para efeitos da sua defesa constam do presente processo e podem, na sua versão confidencial, ser consultados em *data room*, tal como já foi referido. Assim sendo, se aqueles documentos não constam do processo, é porque não têm relevo para o PRC/2017/5.
273. Acresce que a informação a que a Bimbo Donuts se reporta – que envolve empresas de distribuição que são visadas no âmbito do PRC/2017/5 – nada tem que ver com a infração em causa nos presentes autos contraordenacionais.
274. Conforme anteriormente referido na presente Decisão, as diligências de busca realizadas no âmbito do PRC/2016/4 deram origem a vários novos procedimentos sancionatórios com os quais não apresentava elementos de conexão sob o ponto de vista processual, e para os quais foi extraída certidão de todo o acervo probatório relevante constante de cada processo contraordenacional, incluindo o presente Processo.
275. Assim, ainda que “Auto de suspensão de diligência de busca e apreensão com apreensão parcial” dê conta de que foram apreendidos 6 documentos, se os mesmo não constam do processo, significa que a informação a que a visada se refere não apresenta nenhuma conexão com os presentes autos, no sentido em que não existe

uma coincidência entre as visadas ou as infrações em causa e os factos subjacentes, revelando-se irrelevante para este processo e para o exercício dos direitos de defesa da aqui visada, motivo pelo qual foi extraída cópia para os respetivos processos, entretanto abertos pela AdC.

276. Pelo exposto se conclui os a informação e elementos identificados pela Bimbo Donuts, com relevo para o presente processo, os que não eram confidenciais, a AdC constatou que os documentos constavam da VNC facultada à Bimbo e os que eram confidenciais podiam ser integralmente consultados em “*data room*”, nos termos supramencionados.
277. Assim sendo, não se está perante qualquer limitação ao acesso ou consulta dos autos pela Bimbo Donuts, nem ao cabal exercício pela mesma dos seus direitos de defesa, porquanto esta sempre teria acesso, através dos seus advogados, à versão confidencial dos referidos elementos classificados como confidenciais.
278. A Bimbo teve pleno acesso à cópia de todos os elementos constantes dos autos que não se encontravam protegidos por confidencialidades para co-visadas, bem como teve cabal acesso à versão integral dos autos (incluindo elementos confidenciais) mediante consulta nas instalações da AdC desde o dia 1 de julho de 2020.
279. Cumpre, por último, sublinhar que a AdC notificou a Bimbo da NI em 25 de junho de 2020, tendo esta visada apresentado a sua PNI em 14 de outubro de 2020, quase 4 meses após aquela notificação, o que nunca seria compatível com uma violação dos direitos de defesa pela alegada deficiência no acesso ao processo.
280. Improcede, portanto, a alegada nulidade do inquérito e, naturalmente, da própria Nota de Ilícitude.

II. 5 Do alegado “efeito à distância” aplicável à prova apreendida

II.5.1 Posição da visada Bimbo Donuts

281. A visada refere que as apreensões de correio eletrónico realizadas no âmbito do PRC/2016/4, e que levaram à abertura do inquérito do PRC/2017/5, devem ser consideradas ilegais (e inconstitucionais), com base nos argumentos aludidos nas questões prévias n.º 1 e 3¹¹².

¹¹² Cf. Requerimento com a referência E-AdC/2020/3598, de 03.07.2020, parágrafo 139.

282. Deste modo, sustenta a visada que *“a prova daí retirada, constitui prova proibida e nula para todos os efeitos legais, nos termos da leitura conjugada dos artigos 118.º, n.º 3, 125.º, 126.º, n.ºs 1 e 3, 179.º e 268.º do Código de Processo Penal e 11.º, 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, todos aplicáveis ex vi artigo 13.º da Lei do Cibercrime e 41.º do Regime Geral das Contraordenações, artigos 32.º, n.ºs 4 e 8 e 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP e 5.º e 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”*¹¹³.
283. Assim sendo, na tese da Bimbo Donuts, *“a proibição de prova conduz, também, à impossibilidade de utilização de quaisquer outros atos processuais (factos ou provas) daquela dependentes, i.e., atos posteriores que apresentem alguma conexão com o que foi considerado inexistente”*¹¹⁴, ex vi n.º 8 do artigo 32.º, da CRP e 122.º do CPP.
284. Neste sentido, segundo a visada, foi a partir do correio eletrónico (alegadamente) ilegalmente apreendido – logo, de prova nula – que a AdC *“reconduziu o rumo da investigação e determinou, conseqüentemente, a abertura do inquérito nos presentes autos”*, o que inquina todo o processado, devendo este declarar-se igualmente nulo ou no limite irregular (nos termos do artigo 123.º do CPP)¹¹⁵.
285. Por fim, segundo a Bimbo Donuts, *“a invalidade por “efeito-à-distância” ora arguida é aplicável, mutatis mutandis, à prova e atos que dependam da prova constituída pelo correio eletrónico apreendido no âmbito dos presentes autos”*¹¹⁶.

II.5.2 Apreciação da Autoridade

286. Tal como referido *supra*¹¹⁷, para onde se remete, a apreensão de correio eletrónico no PRC/2016/4 é legal e constitucionalmente admissível, não tendo implicado qualquer nulidade ou invalidade.
287. Desta feita, inexistido qualquer nulidade na apreensão dos ficheiros eletrónicos (mensagens de correio eletrónico) no PRC/2016/4, na abertura do presente inquérito e

¹¹³ Cf. *Idem*, parágrafo 140.

¹¹⁴ Cf. *Idem*, parágrafo 141.

¹¹⁵ Cf. *Idem*, parágrafos 151 a 153.

¹¹⁶ Cf. *Idem*, parágrafo 154.

¹¹⁷ Cf. parágrafos 83 a 149 da presente Decisão.

na utilização no mesmo das provas obtidas a partir daqueles, não pode proceder qualquer alegação de nulidade por força do “efeito à distância”.

288. Consequentemente, não sendo o correio eletrónico um meio inválido de prova e inexistindo qualquer “*árvore venenosa*”, os atos e provas que surgem *a posteriori* não são “*frutos envenenados*”, im procedendo, assim, a arguição da Bimbo Donuts.

II. 6 Da alegada impossibilidade de responsabilização da Bimbo Donuts por condutas relativas ao segmento do pão

II.6.1 Posição da visada Bimbo Donuts

289. Nos termos da sua Pronúncia, a visada Bimbo Donuts exclui que a sua responsabilização possa resultar de comportamentos ligados aos ativos respeitantes aos segmentos do pão e substitutos de pão de marca Panrico, tratando-se de “*um verdadeiro contrassenso jurídico*”, uma vez que estes “*ficaram fora do perímetro da concentração*”¹¹⁸.

290. Considera a visada que, no fundo, a questão central consiste em saber se “*depois da fusão e apesar das modificações verificadas na estrutura e na forma jurídica, a empresa que alegadamente cometeu a infração ainda subsiste ou se deixou de existir*”¹¹⁹.

291. A esta questão responde que “*passou a existir de facto uma nova empresa em Portugal, com novos proprietários, gerência e ativos*”, pelo que “*nunca, em qualquer caso, poderia a Bimbo Donuts ser responsabilizada por quaisquer condutas*” relativas aos negócios de pão e de substitutos de pão da marca Panrico¹²⁰.

292. Adianta, ainda, que o facto de a Bimbo Donuts constituir uma empresa materialmente distinta da Panrico não é incompatível com o facto de o Grupo Bimbo ter mantido o número de pessoa coletiva desta empresa. Acrescenta que, em cenário diverso, “*já não haveria qualquer dúvida de que não teria responsabilidade pelo sucedido anteriormente numa área de negócio que nunca foi adquirida.*”¹²¹.

¹¹⁸ Cf. §30 da PNI Bimbo Donuts. A Bimbo Donuts refere-se à operação de concentração com a referência n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), decidida pela AdC em 23.06.2016.

¹¹⁹ Cf. § 35 da PNI Bimbo Donuts.

¹²⁰ Cf. §§ 36 e 37 da PNI Bimbo Donuts.

¹²¹ Cf. § 53 PNI Bimbo Donuts.

293. A visada suporta a sua tese na circunstância de as alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 73.º, da LdC não poderem deixar de ser interpretadas à luz dos conceitos de empresa e de unidade e económica vertidos no artigo 3.º do mesmo diploma.
294. Mais refere que a possibilidade de a Bimbo Donuts vir a ser responsabilizada por factos ilícitos operados num segmento de negócio a que não esteve ligada é incompatível com o princípio de proporcionalidade, na sua vertente de adequação, plasmado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, bem como com o princípio da individualidade e da intransmissibilidade das penas e da responsabilidade criminal ou contraordenacional, vertido no n.º 3 do artigo 30.º também da CRP.

II.6.2 Apreciação da Autoridade

295. A responsabilidade contraordenacional das empresas pela prática de infrações ao Direito da Concorrência encontra-se regulada no artigo 73.º da LdC.
296. Dispõem o n.º 1, o n.º 2 e as alíneas a) e b) do n.º 4 daquele artigo que:

“1 - Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.

2 - As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior respondem pelas contraordenações previstas na presente lei, quando cometidas:

- a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou*
- b) Por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.”*

“4 – A fusão, a cisão e a transformação não determinam a extinção da responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática da contraordenação:

- a) No caso de fusão, a pessoa coletiva ou entidade equiparada incorporante de outras ou a que resulte da operação;*

b) *No caso de cisão, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultem da operação ou que beneficiem de incorporações de património da sociedade cindida”.*

297. As fusões e cisões consistem em operações de transformação jus-societária através das quais, respetivamente, e à luz do n.º 4 do artigo 97.º e artigo 118.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), duas sociedades comerciais se unem para dar origem a uma única sociedade ou, pelo contrário, o património de uma sociedade é destacado e decomposto para dar origem a novas sociedades ou integrar sociedades já existentes¹²².

298. Neste contexto, e a título de enquadramento preliminar dos factos que estão na base da questão suscitada pela Bimbo Donuts, cumpre recordar que:

- a) Em 2 de maio de 2016, foi notificada à Autoridade, nos termos dos artigos 37.º e 44.º da LdC, a operação de concentração traduzida na aquisição, por parte da Bakery Iberian Investments, S.L.U. (Bakery Iberian Investments), subsidiária espanhola do Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. (Grupo Bimbo), da totalidade das ações representativas do capital social da Panrico S.A.U. (Panrico), sociedade detida, a título indireto, pela Oaktree Capital Group Holdings GP, LLC¹²³;
- b) Em 4 de maio de 2016, foi notificada à AdC, nos mesmos termos *supra* mencionados, a operação de concentração que consistiu na aquisição pela Nutpor Breads Unipessoal Lda. (Nutpor) do controlo exclusivo sobre os ativos da Panrico relacionados com a produção e comercialização de pão pré-embalado e substitutos de pão de marca do fabricante ¹²⁴;

¹²² Cf., neste sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “A Empresa Como Objecto de Negócios: ‘Asset Deals’ Versus ‘Share Deals’”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68 – Vol.II/III, p. 737.

¹²³ Cf. processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico).

¹²⁴ No cenário pré-operações de concentração, o Grupo Bimbo detinha, em Portugal, uma fábrica [Confidencial – Segredo de Negócio]. A Panrico, por sua vez, tinha [Confidencial – Segredo de Negócio]. No cenário pós-operações de concentração, a Bimbo, [Confidencial – Segredo de Negócio]. A Nutpor passou, por sua vez, a deter [Confidencial – Segredo de Negócio].

- c) Desta última operação de concentração ficaram excluídos os negócios de pastelaria industrial (com marca de fabricante e produção para marcas de distribuidor) e de pão pré-embalado para marcas de distribuidor da Panrico¹²⁵;
- d) As referidas operações compreendem, assim, duas partes fundamentais: (i) a aquisição, por parte do Grupo Bimbo, de 100% do capital social da Panrico, e (ii) a transmissão, por parte do Grupo Bimbo, dos negócios de comercialização de pão pré-embalado com marcas de fabricante e de substitutos de pão Panrico à Nutpor;
- e) A Autoridade adotou decisões de não oposição às referidas operações de concentração por deliberação de 23.06.2016, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 50.º da LdC¹²⁶;
- f) Após a operação de concentração referida na alínea a), a sociedade Panrico manteve a sua existência, embora integrada no Grupo Bimbo.

299. Atenta a natureza da operação de concentração operada entre a Bakery Iberian Investments e a Panrico, afigura-se manifesto que esta não se traduziu numa fusão, uma vez que nas operações de fusão ocorre a dissolução e extinção das sociedades absorvidas ou fundidas.

300. Ora, a Panrico não foi incorporada naquela empresa, perdurando a sua existência jurídica e económica através da Bimbo Donuts. O negócio em causa traduziu-se, assim, numa mudança de controlo da Panrico, por via da aquisição da totalidade do seu capital social, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 36.º da LdC, pela Bimbo Donuts.

301. Ou seja, para a questão a que importa responder, acerca da extensão da responsabilidade da Bimbo Donuts, por um lado, constata-se que a transmissão da totalidade do capital social da Panrico para a Bimbo Donuts não constitui facto extintivo daquela sociedade e, conseqüentemente, da sua responsabilidade. Por outro lado e

¹²⁵ Cf. processo n.º Ccent 19/2016 (NUTPOR/Ativos Panrico).

¹²⁶ Cf. decisão da Autoridade de 23.06.2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico) e decisão da Autoridade de 23.06.2016, processo n.º Ccent 19/2016 (NUTPOR/Ativos Panrico), respetivamente, disponível em www.concorrencia.pt, consultado em 24.04.2021, e cópia junta a fls. 9204 do processo.

conforme melhor se explicitará *infra*, a alienação de parte dos ativos da Panrico, que manteve existência jurídica e económica através da Bimbo Donuts, também não a desonera de responsabilidade contraordenacional englobando aqueles mesmos ativos.

302. Importa referir que a aquisição de participações sociais se traduz na compra de direitos que, por sua vez, determina, igualmente, a aquisição de uma empresa¹²⁷.
303. Para determinar se em causa está, de facto, a aquisição de uma empresa enquanto realidade económica já existente, importa aferir da vontade das partes envolvidas no negócio, i.e. se configuraram a empresa em si mesma como objeto negocial¹²⁸.
304. Neste sentido – pese embora a propósito da venda de coisa defeituosa –, o STJ fixou a seguinte jurisprudência¹²⁹:
- “Para indagar se com a compra e venda de ações se pretendeu, apenas, a transmissão das participações sociais (compra de direitos) ou, também, da empresa (compra de uma coisa), terá de recorrer-se, entre outros, aos seguintes elementos: interpretação do clausulado contratual, **percentagem de participações sociais alienadas**, análise do processo que conduziu à formação do contrato e modo de fixação do preço das participações sociais.”* (destaque da Autoridade).
305. Ora, a celebração de contratos de aquisição de participações de controlo é indubitavelmente demonstrativo da vontade de aquisição da empresa, e não de meras participações sociais. Nestas circunstâncias, é inequívoco que a empresa (Panrico) configurou a verdadeira e última causa do negócio¹³⁰.
306. Nestes termos, a aquisição da totalidade do capital social da Panrico constitui forte indício do *animus* de adquirir uma empresa e da realidade que já a compunha.
307. A este propósito veja-se a transmissão da empresa ITR Ruber ao grupo Parker-Hannifin, nos termos da qual o Tribunal Geral (TG) concluiu que a Parker ITR, Srl, anterior ITR

¹²⁷ Cf., neste sentido, MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO, “A venda de participações sociais como venda de empresa”, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3947, Ano 137.º, Coimbra Editora, Coimbra, p. 78.

¹²⁸ Cf., neste sentido, CALVÃO DA SILVA, “Parecer relativo à reprivatização da Petrogal”, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), 1999, p. 178.

¹²⁹ Cf. acórdão proferido no âmbito do processo n.º 282/04.9TBAVR.C2.S1, de 26.11.2014, disponível em www.dgsi.pt/, e consultado em 16.03.2021.

¹³⁰ Cf., neste sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, op. cit., p. 728.

Ruber, empresa infratora, constituiria novo centro de imputação da infração a partir do momento da aquisição da totalidade do capital social desta, entendimento confirmado em sede superior¹³¹.

308. Ora, daqui se retira que o critério de atribuição de responsabilidade utilizado por aquela instância fora o do momento da aquisição da totalidade do capital social, constituindo esse marco temporal o momento a partir do qual a Parker ITR, Srl passou a responder pela infração anteriormente cometida.
309. Do acórdão Cascades/Comissão extraiu-se também o entendimento de que, pese embora uma empresa infratora seja vendida, esta permanecerá responsável por infrações passadas, anteriores a esse negócio¹³².
310. Com efeito, não poderá deixar de se concluir que é na esfera jurídica da empresa infratora, Panrico, que se produzem, indubitavelmente, as vantagens económicas decorrentes da infração ao direito da concorrência constante dos autos e que, posteriormente, essas vantagens passaram a pertencer à Bimbo Donuts, e que tais operações societárias visaram, precisamente, o aproveitamento de uma realidade que já existente.
311. Nestes termos, à luz do princípio da responsabilidade pessoal, quando determinada entidade económica infringe as regras da concorrência, a esta incumbe o dever de responder por essa infração¹³³.
312. Segundo a jurisprudência dos Tribunais Europeus, “*para garantir a aplicação efetiva das regras de concorrência, pode ser necessário imputar **excecionalmente** a existência de um cartel, não ao gestor inicial mas ao **novo explorador da empresa implicada**, na hipótese de este último poder **efetivamente** ser considerado o sucessor do explorador inicial, ou seja, caso continue a explorar a empresa implicada no cartel*”¹³⁴ (destaque da Autoridade).

¹³¹ Cf. Comissão/Parker-Hannifin Manufacturing Srl e Parker-Hannifin Corp., C-434/13 P e Parker Hannifin Manufacturing Srl e Parker-Hannifin Corp./Comissão, T-146/09 RENV.

¹³² Cf. Cascades/Comissão, C-279/98 P.

¹³³ Cf. Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Cascades/Comissão, C-279/98 P e ETI e o., C-280/06.

¹³⁴ Cf. Hoechst/Comissão, T-161/05, bem como as conclusões apresentadas pela Advogada-Geral Juliane Kokott no processo em que foi proferido o acórdão C-280/06 – ETI, §§ 75 e 76.

313. Assim sendo, e em termos gerais, o princípio da continuidade económica – ou seja, a possibilidade de imputação da responsabilidade pela infração a entidade diversa, sua sucessora, da que cometeu a infração – aplicar-se-á, excecional e unicamente, de acordo com a jurisprudência Europeia, nas seguintes situações:
- a) Caso a pessoa coletiva responsável pela exploração da empresa tenha deixado juridicamente de existir após ter cometido a infração (cf. acórdãos *Anic Partecipazioni/Comissão* e *HFB e o./Comissão*); ou
 - b) No caso de reestruturações internas verificadas numa empresa, quando o explorador inicial não deixa necessariamente de ter existência jurídica, mas já não exerce uma atividade económica no mercado em causa e tendo em conta os laços estruturais entre o explorador inicial e o novo explorador da empresa (cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Colect.*, p. I-123, n.º 359, e acórdão ETI).
314. Ora, tal como se constatou, a Panrico não deixou de existir juridicamente, apenas tendo sido alterada a identidade da entidade que sobre esta exerce controlo.
315. A aplicação do princípio da continuidade económica é, igualmente, afastada por não se estar, no caso em apreço, perante uma reestruturação no interior de um mesmo grupo económico, em que é necessário avaliar a existência de laços estruturais entre explorador inicial e novo explorador.
316. Destarte, não tem aplicação ao caso em análise (por manifestas falta de critérios e desnecessidade) o princípio da continuidade económica, e terá de se concluir pela manutenção da aplicação do princípio-regra da responsabilidade pessoal.
317. Assim, mantendo-se a existência da sociedade infratora, conclui-se não poder ser o regime da fusão aplicável ao caso concreto, pelo que a responsabilidade da Bimbo Donuts não pode, como defende a visada, ser aferida por referência ao normativo constante da alínea a) do n.º 4 do artigo 73.º da LdC.
318. Cumpre, de seguida, analisar em detalhe o argumento avançado pela visada Bimbo Donuts de que não poderá ser responsabilizada pela infração cometida no segmento do pão porquanto tais ativos foram transmitidos para uma entidade terceira, conforme *supra* referido.

319. Ora, como já se aflorou, a cisão consiste na divisão de uma ou mais sociedades, mediante o destaque de parte ou da totalidade do seu património.
320. Nos termos do n.º 1 do artigo 118.º do CSC, é permitido a uma sociedade: (i) destacar parte do seu património para com esta constituir uma outra sociedade (*cisão simples*); (ii) dissolver-se e dividir o seu património, sendo cada uma das partes resultantes destinada a constituir uma nova sociedade (*cisão-dissolução*); e (iii) destacar partes do seu património ou dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para se fundir com sociedades já existentes ou com partes do património de outras sociedades, separadas por processos idênticos e com a mesma finalidade (*cisão-fusão*).
321. Face ao exposto, também se compreende que a aquisição dos ativos relacionados com a produção e comercialização de pão pré-embalado e substitutos de pão de marca do fabricante por parte da Nutpor não se consubstanciou em qualquer das modalidades de cisão *supra* descritas (nem tão-pouco numa fusão dos mesmos no património desta última sociedade), mas numa aquisição de ativos, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 36.º da LdC.
322. Nestes termos, a alínea b) do n.º 4 do artigo 73.º da LdC não poderá aplicar-se à transmissão de ativos à Nutpor.
323. Ademais, a jurisprudência da União Europeia tem disciplinado que a transmissão de ativos controvertidos apenas implicará a responsabilidade pela infração da entidade que os recebe nos casos em que a entidade que os detinha tenha deixado de existir juridicamente ou tenha cessado a sua atividade económica¹³⁵.
324. Conforme já *supra* referido, a Panrico não foi extinta jurídica ou economicamente, pelo que, conseqüentemente, não se poderá concluir pela responsabilização da Nutpor relativamente à apreciada contraordenação praticada no segmento do pão, ainda que esses ativos lhe tenham sido transferidos.
325. O TG reforçou, recentemente, aquele entendimento e clarificou ainda, *obiter dictum*, que nos casos em que a entidade infratora não tenha deixado de existir:

¹³⁵ Cf. Coveris Rigid France/Comissão, T-531/15, n.º 40.

"(...) o critério da continuidade económica e, conseqüentemente, a atribuição de responsabilidade por uma infração ao cessionário **só poderia ser permitida se a transação tivesse ocorrido entre duas empresas independentes agindo de má-fé, em particular, com a intenção de evitar as sanções previstas pelas regras de concorrência da UE**"¹³⁶ (tradução livre da Autoridade).

326. Neste contexto, apenas nesse cenário, em que exista má-fé na transação com vista à subtração às regras da concorrência, é que se poderia concluir pela transferência da responsabilidade para a entidade terceira, que absorveu os ativos controvertidos, quando a entidade infratora ainda existisse.
327. Mais uma vez, tanto quanto a AdC pode apurar, não foi esse o caso da transmissão dos ativos da Panrico / Bimbo Donuts à Nutpor.
328. Neste sentido, conclui-se pela responsabilização da Bimbo Donuts, não obstante ter ocorrido uma transmissão de ativos da Panrico / Bimbo Donuts à Nutpor. Com efeito, não se poderia exigir, nem faria qualquer sentido, que as empresas se mantivessem "cristalizadas" para que pudessem ser responsabilizadas.
329. Ainda a propósito da transmissão da empresa ITR Ruber ao grupo Parker-Hannifin, abordada *supra*, o TG confirmou o entendimento da Comissão de que "a venda não tinha como objeto unicamente os ativos, mas também uma **entidade jurídica existente, que levava consigo a sua responsabilidade**."¹³⁷ (destaque da Autoridade).
330. Destarte, e conforme já referido, a aquisição da totalidade do capital social da Panrico pelo Grupo Bimbo não teve como objetivo único a aquisição de ativos com exclusão dos relativos ao segmento do pão; com tal operação visou-se, com efeito, a aquisição de uma empresa enquanto realidade existente, que consigo transporta responsabilidades.
331. A Nutpor, por seu turno, adquiriu o controlo sobre determinados ativos, não tendo à data, qualquer experiência relevante nos negócios de produção e comercialização dos produtos respeitantes aos ativos adquiridos. Neste contexto, e de modo a criar condições necessárias para que a Nutpor pudesse operar de forma autónoma e plena

¹³⁶ Cf. Coveris Rigid France/Comissão, T-531/15, n.º 51.

¹³⁷ Cf. Parker ITR Srl e Parker-Hannifin Corp./Comissão, T-146/09, n.º 71.

no mercado, a Panrico / Bimbo Donuts manteve, por algum tempo, a título transitório, uma intervenção nos negócios vendidos à Nutpor. Essa intervenção assentou num conjunto de contratos de prestação de serviços celebrados entre as partes, que visaram assegurar a transmissão dos ativos em condições sustentáveis¹³⁸.

332. Poderia, pois, questionar-se legitimamente em que medida poderia a Bimbo Donuts eximir-se da eventual responsabilização por práticas ilícitas ocorridas no segmento do pão, ocorridas antes da data da decisão de não oposição da AdC, no âmbito das duas operações de concentração notificadas?
333. Esclarece-se, assim, que os comportamentos em causa foram levados a cabo por colaboradores da Panrico (atual Bimbo Donuts), independentemente do segmento em causa. Ora, um ativo, um “negócio” ou “segmento de negócio”, por si só, não poderá ser responsabilizado pela prática de contraordenações previstas na LdC. *A contrario*, a respetiva exploração desse negócio, levada a cabo por empresas (sejam pessoas singulares e/ou pessoas coletivas), se conducente à prática de atos constantes do artigo 9.º da LdC, será passível de responsabilização, nos termos referidos *infra*.
334. Conclui-se, assim, pela aplicação do n.º 1 do artigo 73.º da LdC, que dispõe:
- “Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, **pessoas coletivas**, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.”* (destaque da Autoridade).
335. No mesmo sentido, refere o advogado-geral Nils Wahl que *“Com efeito, os destinatários da proibição prevista no artigo 101.º TFUE são as empresas”*¹³⁹.
336. Pelo exposto, a Autoridade da Concorrência:

¹³⁸ Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos da AdC, a fls. 4102 do Processo, e Ccent n.º 19/2016 (NUTPOR/Ativos Panrico), nos termos da qual se constata que entre as partes, em adição ao contrato de transmissão de ativos, foram celebrados os seguintes contratos, acessórios à operação de concentração: (i) acordo de prestação de serviços transitórios de apoio e assessoria inicial; (ii) contrato de fabrico, e (iii) contrato de licença de marca.

¹³⁹ Cf. conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Nils Wahl no processo em que foi proferido o acórdão C-724/17 - Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy e Asphaltmix Oy, – ETI, § 62.

- a) Conclui pela responsabilidade da Bimbo Donuts, porquanto através da operação de concentração n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico) adquiriu a totalidade do capital social da Panrico;
- b) Não considera que da mudança de controlo sobre o seu capital social tenha emanado uma entidade *ex novo*, expurgada de responsabilidade. Pelo contrário, a responsabilidade da Panrico permaneceu com a mesma, que manteve existência jurídica;
- c) Considera que não colhe o argumento da Bimbo Donuts de eximir-se às responsabilidades decorrentes da infração às normas da concorrência por via da transmissão de ativos referentes a um dado segmento de negócio, uma vez que são as empresas, e não os seus ativos em si mesmos, as destinatárias das proibições prescritas pelas normas da concorrência. De igual modo, têm os tribunais da União Europeia considerado que os ativos controvertidos, ainda que transferidos, continuam a implicar a responsabilidade da entidade infratora enquanto esta exista e na medida em que esta transferência não tenha sido realizada com o intuito de uma subtração às normas da concorrência; e
- d) Conclui, assim, nos termos do n.º 1 do artigo 40.º da LdC que, pelo menos, até ao dia 23 de junho de 2016, a Bimbo Donuts é responsável pelas condutas realizadas referentes ao segmento do pão, seja as da Bimbo Donuts, seja as da Panrico.

II. 7 Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos

II.7.1 Posição da visada Pingo Doce

337. A visada Pingo Doce vem alegar a nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na AdC sob referência PRC/2016/4, instaurado por decisão do conselho de administração da AdC de 3 de junho de 2016, as quais deram origem ao presente processo, uma vez que considera que estas excederam o objeto do processo inicial, tendo também ocorrido *“fora do processo a que se dirigiam e destinavam – que nem estava ainda iniciado”*¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Cf. §8 da PNI Pingo Doce.

338. Pelo exposto, considera a Pingo Doce que as diligências de busca e apreensão foram realizadas fora dos casos em que a lei as prevê, sendo, por isso, nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas através delas, nos termos dos artigos 18.º e seguintes da LdC, do n.º 3 do artigo 126.º do CPP, *ex vi* artigos 13.º da LdC e 41.º do RGCO, e n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º da CRP¹⁴¹.

II.7.2 Apreciação da Autoridade

339. Note-se, em primeiro lugar, que as questões suscitadas a este propósito pela visada Pingo Doce coincidem, quanto ao escopo, com as questões levantadas pela empresa, diretamente, no âmbito do processo contraordenacional com a referência n.º PRC/2016/4 (cf. capítulo I.5.1 *supra*).

340. Assim, não pode a Pingo Doce pretender que tais questões, já apreciadas pela AdC e pelos Tribunais no âmbito do referido processo, sejam, no âmbito do presente processo, reapreciadas e decididas em sentido diverso. Remete-se, assim, para os autos do PRC/2016/4 e respetivo seguimento judicial para o tratamento destas questões.

341. Sem prejuízo, a Autoridade não deixa de reiterar a sua posição, assumida no e a propósito do PRC/2016/4, em relação ao alegado pela Pingo Doce, posição essa plenamente validada pelos tribunais

342. Conforme acima referido¹⁴², o presente processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do PRC/2016/4.

343. No âmbito do PRC/2016/4, em que era visada a Super Bock, a AdC iniciou a realização de diligências de busca no dia 25 de janeiro de 2017.

344. No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo a empresa fornecedora Super Bock e empresas da grande distribuição de base alimentar (hipermercados, supermercados e lojas *discount*).

345. Neste contexto, e com vista a comprovar os indícios das práticas restritivas por parte das empresas em causa, para perceber a sua real dimensão, o modo como as mesmas eram concretizadas e implementadas e, bem assim, os seus efeitos,

¹⁴¹ Cf. §9 da PNI Pingo Doce.

¹⁴² Cf. capítulo I.1 *supra*.

designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e definição concreta do universo de empresas envolvidas, a AdC requereu ao Ministério Público a emissão de mandados que permitissem a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações das principais empresas ativas no setor da distribuição retalhista de base alimentar (cf. fls. 909 a 917 do PRC/2016/4).

346. As diligências de busca e apreensão adicionais foram autorizadas por despacho do Ministério Público, datado de 2 de fevereiro de 2017, tendo as mesmas tido início a 7 de fevereiro desse mesmo ano (cf. fls. 3603 a 3404, 3839 a 3840 e 3942 a 3943 do processo).
347. Do referido despacho resulta com clareza que foi no decurso das diligências em curso (no PRC/2016/4) que a AdC encontrou indícios de envolvimento de cadeias da grande distribuição nas eventuais práticas proibidas e que este conjunto de empresas incluía a Pingo Doce.
348. Pelo exposto, é possível concluir que a diligência de busca e apreensão foi necessária para obtenção de prova porque existiam indícios da Pingo Doce estar a adotar comportamentos violadores da concorrência, resultando do despacho que seria *“imprescindível proceder à realização de buscas para apreensão de elementos probatórios que confirmem as forte suspeitas alicerçadas na análise e documentação existente nas instalações objeto de buscas”* (cf. fl. 919 do processo PRC/2016/4¹⁴³).
349. No decurso das diversas buscas realizadas, resultou fortemente indiciada a prática de mais infrações jusconcorrenciais, que claramente sugeriam que a possível prática de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela Super Bock, envolvendo as principais cadeias de distribuição alimentar, poderia existir também quanto a outros fornecedores de produtos alimentares e não alimentares.
350. Assim, e após a verificação da existência de indícios de envolvimento de outros fornecedores nas possíveis infrações, a AdC optou por solicitar imediatamente mandado

¹⁴³ Note-se que, não pode esta empresa, por um lado, alegar que desconhece o teor dos documentos em causa (que taxativamente respondem às questões suscitadas), os quais expressamente contestou no âmbito do PRC/2016/4.

para alargamento do objeto da diligência, o qual foi emitido pelo Ministério Público, acompanhado do respetivo despacho de fundamentação, em 10 de fevereiro de 2017.

351. Em 15 de fevereiro de 2017, e no decurso das diligências de buscas previamente autorizadas, a Pingo Doce foi notificada do referido despacho de alargamento do objeto de mandado e respetivo mandado.
352. Resulta do despacho de fundamentação que “[f]ace aos elementos entretanto coligidos nas diversas buscas realizadas no âmbito do processo contraordenacional da Autoridade da Concorrência nº PRC/2016/4 resulta fortemente indiciada a prática de uma ou mais infrações jusconcorrenciais...” como seja, “os fornecedores de produtos alimentares e não alimentares poderem estar a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para garantir o alinhamento dos preços de venda ao público aos consumidores. O período destas possíveis infrações compreende-se entre 2014 e 2017, não sendo de excluir um lapso temporal mais dilatado”.
353. Ou seja, resulta com clareza do despacho em causa que foi no decurso de diligências em curso no PRC/2016/4 que a AdC encontrou indícios de envolvimento nas possíveis infrações de outros fornecedores para além da Super Bock.
354. Numa primeira fase, os indícios referiam-se a uma ou várias infrações envolvendo a Super Bock e várias insígnias da grande distribuição, incluindo a Pingo Doce; numa segunda fase, que motivou o alargamento do objeto de diligências, os indícios encontrados referiam-se ao envolvimento naquele tipo de práticas proibidas de outros fornecedores, para além da Super Bock.
355. Deste modo, a notificação à Pingo Doce do alargamento do objeto das diligências e do respetivo mandado permitiu à empresa conhecer, de imediato, e ainda durante a realização das diligências, que o seu envolvimento numa ou várias possíveis infrações poderia ser mais amplo, compreendendo outros fornecedores para além da Super Bock, inicialmente identificada.
356. Face ao exposto, não se concebe em que medida poderia proceder a alegação da Pingo Doce de que a AdC, no âmbito do PRC/2016/4 tenha “procedido ilegalmente e sem

*autorização, a buscas e apreensões visando a monitorização global de todos os mercados de distribuição alimentar a retalho*¹⁴⁴.

357. Como se acaba de demonstrar, todas as diligências de busca que ocorreram no âmbito do PRC/2016/4 foram antecedidas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, por despacho de autorização emitido pelo Ministério Público, entidade competente nos termos do artigo 21.º daquele mesmo diploma.
358. No sentido da validade deste procedimento, na sequência, aliás, da interposição de recurso nesse mesmo PRC/2016/4, o TRL já se pronunciou, sustentando que “ *[s]e no decurso desta busca se obtém prova da comissão de outras conduta sancionáveis a prova assim obtida é válida desde que observados os trâmites legais para a sua preservação*”¹⁴⁵, o que se verificou.
359. Ora, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 17.º da LdC, “ *a AdC procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da mesma lei (...)* *oficiosamente ou na sequência de denúncia*”.
360. Tal como já referido pelo TRL, no âmbito do acórdão proferido no processo 71/18.3YUSTR-D, de 04 de março de 2020, “ *a busca, como meio de obtenção de prova, não pode estar dependente da prévia existência das provas que visa alcançar*”.
361. Assim, já na sequência das diligências de busca adicionais realizadas no PRC/2016/4, o conselho de administração da AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos, tendo então decidido, oficiosamente, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, proceder à abertura, em 21 de março de 2017, de inquérito no âmbito do presente processo.
362. A decisão do conselho de administração da AdC baseou-se no facto de se ter chegado à conclusão, após uma análise preliminar dos elementos probatórios apreendidos, que inexistiam elementos de conexão entre a factualidade, as entidades potencialmente envolvidas e a eventual duração das práticas indiciadas em causa nos dois processos

¹⁴⁴ Cf. §2 da PNI Pingo Doce.

¹⁴⁵Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019.

contraordenacionais, não existindo uma relação de causa-efeito entre as práticas investigadas em cada um deles.

363. Neste sentido, a AdC decidiu proceder à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 referentes às empresas visadas para o presente processo, em suporte de papel e digital, para efeitos de instrução.
364. A decisão do conselho de administração da AdC de investigar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos não implica a nulidade das buscas realizadas e relevantes para o presente processo.
365. O presente processo teve origem no decurso das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/4, tendo a AdC requerido novas buscas com o intuito de investigar os contornos concretos do caso, tendo toda a sua atuação decorrido nos termos legais, tendo sido validada e autorizada pelo Ministério Público nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e do artigo 21.º da LdC.
366. Face aos elementos descobertos e apreendidos, e face à inexistência de elementos de conexão entre a factualidade, as entidades potencialmente envolvidas e a eventual duração das práticas indiciadas em causa nos dois processos contraordenacionais, a Autoridade, no exercício dos poderes conferidos pelo artigo 17.º da LdC, procedeu, oficiosamente, à abertura de inquérito do processo PRC/2017/5.
367. Em face do exposto, devem improceder os argumentos aduzidos pela visada Pingo Doce a propósito da recolha de prova fora dos presentes autos, e conseqüente suposta nulidade.

II. 8 Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade arguida no PRC/2016/4 e subsidiariamente no presente processo

II.8.1 Posição da visada Pingo Doce

368. Conforme referido no parágrafo 21 *supra*, as visadas Jerónimo Martins e Pingo Doce reiteraram os requerimentos apresentados no âmbito do PRC/2016/04, nos quais invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes às diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade.

369. Face à extração de certidão do PRC/2016/4 para o processo, a Autoridade remeteu para a resposta, por si já proferida, onde indeferiu tal arguição (parágrafo 21 da Nota de Ilícitude).
370. A visada Pingo Doce, por sua vez, na sua Pronúncia, refere que a arguição de invalidade das diligências de busca no âmbito do PRC/2016/4, se encontrava, à data, pendente em recurso no Tribunal Constitucional, motivo pelo qual *“a Visada, à cautela, e para o caso de se considerar que a arguição ali levada a cabo não tinha efeitos nos presentes autos, interpôs recurso da decisão que este trecho da NI configura, o qual se encontra pendente sob o n.º 244/18.9YUSTR-E, no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém”*¹⁴⁶.

II.8.2 Apreciação da Autoridade

371. Relativamente à questão em análise, cumpre aqui referir que, à data da adoção da presente Decisão, o TCRS já se pronunciou no âmbito do processo n.º 244/18.9YUSTR-E, tendo decidido pela improcedência do referido recurso.
372. Neste sentido, o TCRS entendeu que *“o segmento que a Recorrente pretende individualizar e autonomizar não tem a virtualidade de consubstanciar sequer uma decisão – seja sentença ou despacho (nem mesmo de mero expediente), é e permitido o paralelo judicial – e muito menos pode consubstanciar uma decisão recorrível”*¹⁴⁷.
373. Face ao exposto, a presente questão encontra-se definitivamente decidida, não reclamando qualquer apreciação adicional por parte da AdC.

II. 9 Da alegada nulidade da Nota de Ilícitude derivada do tratamento de confidencialidades

II.9.1 Posição da visada Pingo Doce

374. Na sua PNI, a Pingo Doce reitera que a confidencialidade da informação e documentação submetidas em resposta a pedido de elementos e da prova apreendida,

¹⁴⁶ Cf. §21 da PNI Pingo Doce.

¹⁴⁷ Sentença do TCRS proferida em 16.10.2020 no âmbito do processo n.º 244/18.9YUSTR-E.

deveria ter sido mantida nos termos das respetivas respostas e fundamentações apresentadas¹⁴⁸.

375. Defende a Pingo Doce que tendo cumprido corretamente o exercício de confidencialização, a AdC não poderia ter disponibilizado às visadas, no âmbito do acesso ao processo, documentos e informações que a Pingo Doce classificara como confidenciais, baseando-se a Autoridade, alegadamente, numa leitura ilegal e enviesada do regime das confidencialidades, em particular do regime do artigo 30.º da LdC.
376. Não obstante, a visada refere que a documentação que apresentou em resposta às decisões finais sobre tratamento de informação confidencial foi feita de modo a evitar que versões confidenciais de documentos fossem consideradas integralmente não confidenciais.
377. Ademais, a Pingo Doce alega que tendo constatado que existem *emails* que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce, apreendidos nas instalações da Bimbo Donuts, e tendo estes sido utilizados na Nota de Ilícitude como prova alegadamente incriminatória, sem que à Pingo Doce tivesse sido dada oportunidade de se pronunciar, considera que esta atuação viola o disposto no artigo 30.º da LdC¹⁴⁹.
378. A visada não descarta que a LdC, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º, permite que a AdC utilize como meios de prova para demonstração de uma infração informação classificada como confidencial, e de que foi notificada do sentido provável de decisão da Autoridade constante de Deliberação de levantamento de Confidencialidades de 28 de abril de 2020¹⁵⁰.
379. Sem prejuízo, na sua resposta ao ofício em causa, a Pingo Doce referiu que a utilização de informação confidencial numa eventual Nota de Ilícitude deveria respeitar as respetivas versões não confidenciais já apresentadas.
380. No entender da visada, *“para efeitos de elaboração da Nota de Ilícitude e de acesso à versão não confidencial do processo (acessível por todas as co-visadas e não apenas*

¹⁴⁸ Cf. §24 da PNI Pingo Doce.

¹⁴⁹ Cf. §37 e 38 da PNI Pingo Doce.

¹⁵⁰ Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1483.

por advogado ou assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa), deveria a AdC ter utilizado as versões não confidenciais da prova apreendida que PINGO DOCE/JERÓNIMO MARTINS apresentaram a 15.6.2018 e 27.9.2019, e a que foi prestada através dos pedidos de elementos (sem prejuízo das ilegalidades respeitantes à comunicação dos factos) a 3.1.2019 e a 7.10.2019”¹⁵¹.

381. Neste contexto, considera que “*não foi assegurada a proteção da confidencialidade das informações prestadas por PINGO DOCE*”, as quais “*a AdC havia aceitado proteger, na medida em que PINGO DOCE foi sempre ao encontro da AdC nas respostas às ‘Decisões Finais de Tratamento de Confidencialidades’.*”¹⁵²
382. Refere assim a empresa que quer da leitura da Nota de Ilícitude, quer da documentação acessível para efeitos de acesso ao processo por co-visadas, existem vários elementos que a Pingo Doce tinha classificado e fundamentado como confidenciais, mas que a AdC, alegadamente de forma ilegal, utiliza na Nota de Ilícitude.
383. No entender da Pingo Doce, o exercício do direito de defesa das restantes co-visadas nunca estaria prejudicado porquanto estes sempre teriam acesso, através dos seus advogados e/ou assessores económicos externos, à versão confidencial da Nota de Ilícitude e dos referidos documentos e *emails* constantes do processo classificados como confidenciais pela Pingo Doce¹⁵³.
384. Ademais, a visada alega que a AdC não procedeu à “*necessária concordância prática entre os vários interesses e direitos envolvidos*”, atuação esta que se consubstanciou numa violação do princípio da proporcionalidade, “*o que acarreta a nulidade da prova utilizada*”¹⁵⁴.
385. Refere, por isso, que “*a única solução possível e legal é a que já foi adoptada pela AdC quando emitiu as notas de ilicitude nos processos contra-ordenacionais paralelos (PRC/2017/1, PRC/2017/7 e PRC/2017/13): emissão de uma versão não confidencial*

¹⁵¹ Cf. §43 da PNI Pingo Doce.

¹⁵² Cf. §48 e 49 da PNI Pingo Doce.

¹⁵³ Cf. §57 da PNI Pingo Doce.

¹⁵⁴ Cf. §59 da PNI Pingo Doce.

*da Nota de Ilícitude (acessível apenas em data room nos termos acima vistos) e ainda uma versão não confidencial de acesso a todas as co-visadas*¹⁵⁵.

386. Face ao exposto, a Pingo Doce conclui que *“a utilização na Nota de Ilícitude e no presente processo de elementos confidenciais do Pingo Doce (...) constitui uma violação dos artigos 30.º e 31.º do RJC, 43.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, e 195.º do Código Penal, e inquina de nulidade a presente Nota de Ilícitude, [o] que, estando os segredos de negócio de uma empresa inseridos no direito fundamental de propriedade privada (artigo 62.º da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1 da CRP) e sendo conexos com bens constitucionalmente protegidos como seja a livre iniciativa económica privada e a sã concorrência entre empresas (artigo 81.º, alíneas e) e j)), competindo fazer um exercício de proporcionalidade entre os vários interesses e direitos contraditórios em presença, nos termos do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP), [t]orna a informação confidencial nula não podendo ser utilizada, nos termos dos artigos 18.º e ss, 30.º e 31.º do RJC, 126.º, n.º 3, do CPP, ex vi artigos 13.º do RJC e 41.º do RGCO, e, bem assim, do artigo 101.º do TFUE e 32.º, n.ºs 8 e 10 da Constituição. O que se estende, à NI, na medida em que nela se baseia*¹⁵⁶.
387. Mais refere que, *“a interpretação dos artigos 30.º, 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 4, 24.º, n.º 3, alínea a), e 25.º, n.º 1, do RJC, no sentido dado pela AdC (...), não obstante PINGO DOCE ter submetido versões não confidenciais em consonância com as Decisões Finais da AdC sobre tratamento de confidencialidades – é materialmente inconstitucional por violação dos artigos 62.º, 61.º, 81.º, alíneas e) e j) e 18.º da CRP*¹⁵⁷

II.9.2 Apreciação da Autoridade

388. A propósito da argumentação da Pingo Doce descrita nos parágrafos precedentes, a AdC não alcança em que medida o alegado, caso correspondesse à verdade, se consubstanciaria numa nulidade, as quais, aliás, se encontram expressamente tipicadas na lei.

¹⁵⁵ Cf. §58 da PNI Pingo Doce.

¹⁵⁶ Cf. §60, 61, 62 e 63 da PNI Pingo Doce.

¹⁵⁷ Cf. §65 da PNI Pingo Doce.

389. Conforme se demonstrará, o procedimento de tratamento e validação de confidencialidades segue um regime próprio, prevê meios de reação específicos e assenta numa lógica de consequências autónomas, as quais são independentes do – e não contaminam o – processo contraordenacional.
390. Nos termos do artigo 30.º da LdC, a AdC tem o dever de acautelar o legítimo interesse dos visados na não divulgação dos seus segredos de negócio. Para tal desenvolve um moroso e exaustivo procedimento de validação da classificação de confidencialidades, perpassado de interações com os detentores da informação passível de consubstanciar segredos de negócio.
391. Por outro lado, de acordo com o n.º 1 do artigo 32.º da LdC o processo é, em regra, público e, ainda que nos termos e nos limites dispostos no artigo 33.º da LdC, (todos) os visados num processo de contraordenação têm, diretamente ou por intermédio dos seus mandatários ou assessores económicos, acesso ao processo para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.
392. Daqui resulta, portanto, que a ponderação entre o direito ao segredo de negócio, por um lado e, por outro, o direito de defesa, deve ser casuística e fundamentamente concretizada pela AdC.
393. No presente caso, observa-se que, terminado o procedimento de tratamento de confidencialidades referente à prova apreendida nas diligências de busca e apreensão e à documentação/informação prestada em resposta a pedidos de elementos, a Pingo Doce enviou versões não confidenciais dos documentos de acordo com o entendimento da AdC, não obstante referir que o fez “*sob a ameaça ilegal de que a não submissão de versões não confidenciais dos e-mails nos termos indicados pela AdC nas respectivas Decisões Finais implicaria a consideração de todas as informações em causa como não confidenciais*”¹⁵⁸.
394. Com este envio, foi dado por concluído o procedimento de tratamento de confidencialidades, ainda que a visada Pingo Doce tentasse *a posteriori* vir, na sua PNI,

¹⁵⁸ Cf. §44 da PNI Pingo Doce.

reiterar que a confidencialidade da informação apresentada devia e deve ser mantida nos termos das respostas e fundamentação apresentadas.

395. Se no momento do envio de versões não confidenciais, a Pingo Doce se conformou, ainda que “*à cautela e sem prescindir de qualquer dos seus direitos*”, com o entendimento da Autoridade, estava, nesse momento, em condições de saber a que versões não confidenciais dos documentos em causa iriam as co-visadas do processo ter acesso, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da LdC, tanto que as versões enviadas estavam de acordo com o entendimento da AdC, transmitido ao longo de todo o procedimento de confidencialidades.
396. Estava a Pingo Doce, assim, querendo, em condições de reagir, uma vez que as decisões através das quais a Autoridade comunica a sua discordância quanto à classificação de determinada informação como confidencial, sempre seriam judicialmente sindicáveis, nos termos do n.º 1 do artigo 84.º da LdC.
397. Destarte, a visada Pingo Doce poderia sempre ter recorrido das decisões finais de 10 de janeiro de 2020¹⁵⁹ e 13 de janeiro de 2020¹⁶⁰, nos termos do n.º 3 do artigo 84.º e do artigo 85.º da LdC, nomeadamente do que à alegada falta de fundamentação diz respeito.
398. Não o tendo feito durante toda a fase de inquérito do presente processo e não estando em causa nenhuma nulidade insanável, nos termos do artigo 119.º do CPP, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e do artigo 13.º da LdC, essa sua faculdade encontra-se, presentemente, irremediavelmente precludida, devendo concluir-se que a Pingo Doce se conformou com os alegados vícios que agora volta a invocar.
399. Não se pode, contudo, deixar de se questionar o facto de em sede de PNI e terminado o procedimento de tratamento e validação de confidencialidades (não contestado), a Pingo Doce vir alegar que a AdC violou o princípio da proporcionalidade ao não ter acautelado “*uma necessária concordância prática entre os vários interesses e direitos envolvidos*”.

¹⁵⁹ Cf. Decisão Final constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/127.

¹⁶⁰ Cf. Decisão Final constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/150.

400. Reitera-se que foi exatamente esse o exercício levado a cabo pela AdC durante todo o procedimento de confidencialidades, tendo a Pingo Doce tido múltiplas interações com a AdC e, em sede própria, a possibilidade de se pronunciar ou reagir sobre o mesmo, optando, todavia, por não o fazer.
401. Importa, também, aqui analisar a errada interpretação do n.º 3 do artigo 31.º e do n.º 4 do artigo 33.º da LdC preconizada pela Pingo Doce, com vista a fundamentar a arguição que ora se desconstrói.
402. A Pingo Doce refere que não desconhece que a LdC, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º permite, para efeitos de imputação dos factos que constituem uma infração, e como prova da mesma, a utilização pela AdC de informação confidencial, mas que a Nota de Ilícitude e a versão não confidencial do processo contêm informações classificadas pela visada como confidenciais, pelo que o acesso a essa informação só poderia ser conferido aos advogados ou assessores económicos das co-visadas, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da LdC.
403. Ademais, a conclusão a que a Pingo Doce chega (diga-se, também, incorreta) parte de um pressuposto errado – a de que a versão não confidencial da Nota de Ilícitude e a versão não confidencial do processo contêm informação confidencial da Pingo Doce.
404. Ora, como se verá *infra*, a qualificação de informação como confidencial não depende da sua mera classificação como tal por parte da visada. Como é sabido pela Pingo Doce, nos termos e para os efeitos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da LdC decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais o cumprimento de determinados ónus sob pena da cominação legal de classificação da informação como não confidencial.
405. No termo do procedimento de classificação de confidencialidades, a AdC aceitou as versões não confidenciais apresentadas, as quais foram ao encontro das decisões finais por si proferidas, tendo sido conferida proteção a determinados segmentos de informação.
406. Assim, a informação relevante da Pingo Doce constante da Nota de Ilícitude e da versão não confidencial do processo é a que resulta do procedimento de classificação de confidencialidades, não obstante o que em seguida se referirá.
407. Relativamente ao procedimento de levantamento de confidencialidades adotado pela Autoridade, e que a visada vem questionar, cumpre referir que o mesmo cumpriu os

termos legais e encontra-se devidamente fundamentado, nos termos dos sentidos prováveis de decisão e decisões finais de levantamento de confidencialidades notificados a 28 de abril de 2020¹⁶¹ e 25 de junho de 2020¹⁶².

408. Ainda assim, cumpre referir que a AdC notificou às empresas visadas pelo presente processo uma única versão da Nota de Ilícitude, cujo teor integra informação constante dos documentos referidos nos anexos aos ofícios S-AdC/2020/1483 e S-AdC/2020/2028, pese embora a confidencialidade de segmentos constantes destes documentos ter sido deferida aquando do procedimento de classificação e validação de confidencialidades.
409. No entanto, conforme explicitado, a utilização da informação vertida naqueles documentos revelou-se necessária à redação da Nota de Ilícitude para efeitos de imputação à visada de factos que constituem a infração, bem como para efeitos de determinação de uma eventual coima, aplicável nos termos do artigo 69.º da LdC.
410. Nestes termos, está preenchido o disposto no n.º 3 do artigo 31.º da LdC, podendo a AdC *“utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência (...) a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.os 2 e 3 do artigo anterior”*.
411. Por sua vez, o n.º 3 do artigo 31.º da LdC determina ainda que sejam garantidos os direitos de defesa do visado pelo processo quanto a uma eventual utilização de informação por si classificada como confidencial.
412. Ora, no caso em apreço foram concedidos 10 dias úteis à Pingo Doce para que, querendo, se pronunciasse sobre o conteúdo de cada um dos ofícios *supra* referidos, tendo sido dada oportunidade à visada para que fundamentasse a natureza sigilosa da informação em causa ou revisse a classificação por si inicialmente efetuada, levantando a respetiva confidencialidade.
413. Neste contexto, conclui-se que a utilização pela Autoridade de informações classificadas como confidenciais para efeitos de imputação à Pingo Doce se circunscreveu às

¹⁶¹ Cf. ofício registado sob a referência n.º S-AdC/2020/1483.

¹⁶² Cf. ofício registado sob a referência n.º S-AdC/2020/2028.

informações que se mostraram necessárias para a correta e completa fundamentação da Nota de Ilicitude, tendo os direitos de defesa da visada sido devidamente respeitados.

414. O procedimento de utilização pela Autoridade de informações classificadas como confidenciais para efeitos de imputação foi já, aliás, objeto de apreciação e validação por várias instâncias judiciais, destacando-se, a esse propósito, o recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 23 de setembro de 2021¹⁶³.
415. Não se compreende, igualmente, que seja alegada a violação do artigo 43.º dos Estatutos da AdC, que estatui que “*os titulares dos órgãos, os trabalhadores, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhe sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções*”.
416. Ora, está claro que o intuito deste artigo se prende com dever de diligência e sigilo profissional na sua vertente exterior, e não a deveres de sigilo, no âmbito de trabalhos, dentro e para efeitos dos próprios processos, caso contrário a sua tarefa e a prossecução da sua missão ficariam deveras limitadas senão mesmo comprometidas.
417. A AdC não violou esta disposição ao ter conferido acesso ou ao ter utilizado documentos e informações resultantes da conclusão final do procedimento de tratamento de confidencialidades, nos termos do artigo 30.º da LdC. Pelo contrário, honrou e cumpriu todos os deveres de diligência a que está adstrita nos termos e nos limites da lei.
418. A AdC cumpriu todos os trâmites legais, não se alcançado, assim, em que medida poderia a sua atuação culminar numa nulidade da prova utilizada.
419. Improcede, pois, o alegado pela visada.
420. Cumpre ainda referir que, ao invés do alegado pela Pingo Doce, a AdC não violou o artigo 30.º da LdC ao não ter concedido à Pingo Doce a oportunidade de se pronunciar relativamente a uma série de *emails* apreendidos nas instalações da Bimbo Donuts que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce.
421. A este respeito, vejam-se as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativas à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e dos artigos 101.º e

¹⁶³ Cf. acórdão do TRL proferido em 23 de setembro de 2021, no âmbito do processo n.º 20/19.1YUSTR-F.L1.

102.º do TFUE, que, no que à proteção dos segredos de negócio diz respeito, se refere às entidades *titulares* das informações em causa.

422. Ora, a menção ao titular da informação em causa, nos termos das referidas Linhas de Orientação, terá de se referir à entidade *detentora* da informação cuja confidencialidade se pretende proteger.
423. O próprio n.º 2 do artigo 30.º da LdC refere expressamente que após “*a realização de diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo (...) para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por segredo de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgadas das mesmas*”. (realce da Autoridade).
424. Ora, os documentos a que a Pingo Doce faz menção, nomeadamente, os documentos BakeryDonuts789, BakeryDonuts793, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1104, BakeryDonuts1119, BakeryDonuts1155 e BakeryDonuts1159, foram apreendidos nas instalações da Bimbo Donuts, é esta empresa a detentora da informação apreendida, sendo a esta empresa Visada que a AdC se deve dirigir, e dirigiu¹⁶⁴, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC.
425. E mais se diga que não releva para efeitos de determinação do detentor da informação o facto de saber quem consta como remetente ou destinatário da mensagem. O facto de colaboradores da Pingo Doce constarem como destinatários das mensagens não invalida que estas se mantenham nas caixas de correio eletrónico dos respetivos remetentes onde decorreram as buscas, podendo aí ser apreendidas.
426. Ademais e nos casos em que colaboradores da Pingo Doce figuram como remetentes das mensagens, relembra-se o entendimento do TRL, mencionado *supra* (parágrafo 105), o qual refere que “*quando a correspondência chega ao seu destinatário e o mesmo toma conhecimento do seu conteúdo, em que o remetente deixou já de ter domínio sobre a mesma e cessando a respectiva protecção, cabe ao destinatário decidir da respectiva disponibilização e destino*”.

¹⁶⁴ Cf. pedido de identificação de informação confidencial de 23.03.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/684

427. Pelo exposto se conclui que a Autoridade, no que aos documentos BakeryDonuts789, BakeryDonuts793, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1104, BakeryDonuts1119, BakeryDonuts1155 e BakeryDonuts1159 diz respeito, interpelou, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC, o efetivo detentor da informação em causa, im procedendo, também por essa via, o vício alegado pela visada Pingo Doce.
428. Finalmente, e no que respeita ao acesso ao processo, regulado no artigo 33.º da LdC, não poderão igualmente colher os argumentos da Pingo Doce, como se passará a demonstrar.
429. No âmbito do procedimento de classificação, tratamento e validação de confidencialidades, cabe ao detentor do segredo de negócio o ónus de esclarecer à AdC as razões para aquelas informações não poderem ser divulgadas e qual o prejuízo daí decorrente, uma vez que o tratamento como confidencial dessa informação implica um desvio à regra da publicidade do processo, constante do n.º 1 do artigo 32.º da LdC.
430. Dito de outro modo e olhando para qualquer situação concreta: perante um conjunto de documentos e informações, a empresa detentora da informação tem de ser capaz de explicar que a mesma é reservada, foi sempre tratada como reservada e que sendo divulgada lhe pode causar prejuízo sério. Não existe uma confidencialidade automática em função da temática; existe um ónus de fundamentação.
431. A este propósito, recorda-se que nos termos e para os efeitos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da LdC decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais, *“três ónus (...) sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais. Tais ónus são:*
- (i) ónus de identificação das informações que considera confidenciais;*
 - (ii) ónus de fundamentação de tal identificação; e*
 - (iii) ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.”* (cf. Sentenças proferidas pelo TCRS, no âmbito do processo n.º 194/16.3YUSTR, 228/18.7YUSTR (apensos E, F, G, I), e 18/19.0YUSTR (apensos E e F)).
432. Ora, no caso, durante todo o procedimento de confidencialidades, a AdC foi sempre clara na sua posição, sendo do conhecimento da Pingo Doce qual o respetivo entendimento, tanto que, no seguimento das decisões finais referentes ao tratamento

de informação identificada como confidencial relativas à prova apreendida e a pedidos de elementos, enviou, “à cautela”, versões não confidenciais dos documentos sob análise, conformando-se com o mesmo.

433. Facilmente se compreende que a Pingo Doce sempre esteve em condições de saber que versões não confidenciais passariam a constar da versão não confidencial do processo, para efeitos de acesso pelas restantes co-visadas, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da LdC.
434. É, por isso, desprovida de sentido a conclusão a que Pingo Doce chega na sua pronúncia, referindo que *i)* tendo a empresa classificado determinados documentos/informações como confidenciais, o acesso aos mesmos “*apenas poderia ser permitido ‘ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da AdC, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim’ (artigo 33.º, n.º 4 do RJC)*” (conclusão que, para esta visada, decorre da lei e, nessa medida, é válida); e que *ii)* devem as co-visadas ter acesso às versões não confidenciais entregues pela Pingo Doce a 15 de junho de 2018¹⁶⁵, 3 de janeiro de 2019¹⁶⁶, 27 de setembro 2019¹⁶⁷ e 7 de outubro de 2019¹⁶⁸, versões não confidenciais estas que a AdC, tal como referido nas suas decisões finais de 13 de janeiro de 2020 pelas razões aí detalhadamente exploradas, indeferiu – ato que, reitera-se, não obteve qualquer tipo de reação por parte da Pingo Doce, que não a conformação com o entendimento da AdC – o que torna o pedido da visada impossível e desprovido de coerência.
435. Por fim, e apoiando-se no pressuposto de que os documentos disponíveis para acesso pelas co-visadas deveriam ser os que a Pingo Doce qualificou como “confidenciais”, a Pingo Doce entende que os direitos de defesa estariam sempre salvaguardados porquanto “*todas as co-visadas têm acesso à versão não confidencial da Nota de Ilícitude e do processo por intermédio dos seus advogados e/ou assessores económicos*

¹⁶⁵ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/3318.

¹⁶⁶ Cf. carta com a referência E-AdC/2019/48.

¹⁶⁷ Cf. carta com a referência E-AdC/2019/6026.

¹⁶⁸ Cf. carta com a referência E-AdC/2019/6198.

externos, a qualificação da documentação/e-mails como confidencial por PINGO DOCE (e expressamente aceite pela AdC nas suas Decisões Finais) não prejudica o exercício dos direitos de defesa daquelas empresas (artigo 33, n.º 4 do RJC)”.

436. Esta posição da Pingo Doce não encontra, contudo, respaldo na lei, o que leva a concluir que a posição da visada é reconduzível a uma mera perspetiva *de iure condendo*.
437. *De iure condito*, o conteúdo do n.º 4 do artigo 33.º da LdC é categórico quando estabelece que o advogado e assessor económico de uma visada pode sempre aceder a informação confidencial utilizada como meios de prova para a demonstração de uma infração para efeitos de exercício de direitos de defesa.
438. As demais entidades, visadas ou terceiros que demonstrem interesse legítimo, têm acesso à versão não confidencial dos autos aceite pela AdC (ou pelos tribunais).
439. Ora, o procedimento de tratamento de confidencialidades e a metodologia utilizada visa, nomeadamente, a uniformização do referido tratamento por parte da AdC, para que desse modo se acautele a transparência e a coerência na sua interação com todas as empresas visadas em processos contraordenacionais.
440. De resto, e como é bom de ver, a AdC, enquanto entidade administrativa independente e no quadro das suas funções, não tem qualquer interesse em indeferir, sem mais, os pedidos de tratamento confidencial ou de tornar públicos segredos de negócio: o que a AdC tem é de, em estrita observância da lei, ponderar casuisticamente os direitos em confronto para, em face dos elementos e fundamentos que as visadas disponibilizam, então sim conciliar os respetivos direitos de forma proporcional, adequada e necessária.
441. Destarte, a uniformização do tratamento de confidencialidades garante a tutela dos direitos de defesa das co-visadas, nomeadamente no que ao acesso ao processo diz respeito, em cotejo com a proteção dos segredos de negócio.
442. Pelo exposto, as decisões tomadas pela AdC no âmbito dos procedimentos de tratamento de confidencialidades não poderão ser distintas, ou seguir outros critérios, porventura menos exigentes, pelo facto de o acesso a documentos confidenciais poder ser conferido, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da LdC, aos advogados e assessores económicos externos das visadas para efeitos do exercício de defesa.
443. Assim se compreende por que a Autoridade não descarta que a tutela de informações confidenciais é uma decorrência do direito de propriedade privada (artigo 62.º da CRP)

e do direito de livre iniciativa económica (n.º 1 do artigo 61.º da CRP), tendo por isso mesmo acautelado a proteção de informação confidencial cujos pedidos foram devidamente fundamentados pela Pingo Doce face aos critérios de concessão de proteção da AdC.

444. Inexiste, pois, qualquer nulidade ou outro tipo de invalidade que deva ser declarada nos termos alegados.

II.10 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória

II.10.1 Posição da visada Pingo Doce

445. Argumenta a visada Pingo Doce que não lhe é possível identificar os elementos desentranhados do presente processo pela AdC, conhecer o seu conteúdo, e pronunciar-se sobre o teor dos mesmos¹⁶⁹.

446. Nesta medida, a visada Pingo Doce considera que o desentranhamento de documentos eletrónicos determinado pela AdC no presente processo configura uma denegação do direito de efetivação do acesso, consulta e cópia integral de todos os documentos e *emails*, sendo ilegal e inconstitucional, por tal se revelar imprescindível para o exercício do direito de defesa, os termos dos artigos 33.º, 25.º, n.º 1 ambos da LdC, e artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4 da CRP e 6.º da CEDH¹⁷⁰.

II.10.2 Apreciação da Autoridade

447. Cumpre a respeito desta alegação da Pingo Doce evidenciar que o desentranhamento a que se refere a visada se reporta a documentação apreendida não nas suas instalações (o desentranhamento desta, ainda no âmbito do PRC/2016/04, acima referido, foi-lhe devida e oportunamente notificado, não tendo suscitado da sua parte qualquer objeção ou comentário), mas nas instalações das demais co-visadas.

448. Ou seja, especula a Pingo Doce que a prova que a AdC desentranhou com fundamento na irrelevância para o objeto do presente processo – e que a Pingo Doce desconhece – poderia, em tese, conter elementos que seriam exculpatórios para si.

¹⁶⁹ Referindo-se ao desentranhamento de documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão ocorridas nas instalações de outras visadas.

¹⁷⁰ Cf. §75 da PNI Pingo Doce.

449. Não obstante e como se referiu, quando o desentranhamento foi efetuado em relação a prova apreendida nas suas próprias instalações, esta visada não apenas não se opôs, como não se pronunciou quanto a qualquer carácter potencialmente exculpatório dessa prova para as demais visadas (que, na realidade, não existe, nem nessa nem em qualquer prova desentranhada pois, a existir, determinaria o incumprimento do próprio critério de desentranhamento, em termos que se desenvolverão *infra*).
450. O procedimento de desentranhamento, além de normal e útil para assegurar a eficiência processual, encontra-se estabilizado na prática e jurisprudência concorrenciais, sendo que os Tribunais já se pronunciaram quanto à manutenção ou não de prova apreendida nos autos, designadamente, quanto à possibilidade de a Autoridade desentranhar do processo prova apreendida que se revela irrelevante para efeitos do objeto do processo.
451. Tal entendimento é o de que a Autoridade tem total liberdade para, durante a fase de inquérito, proceder ao desentranhamento de prova apreendida irrelevante para a investigação.
452. A esse respeito concluiu o TCRS que, “*tendo a AdC competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante para o objecto do presente processo*”¹⁷¹.
453. Com base no referido entendimento jurisprudencial, *in casu*, a prova considerada irrelevante pela Autoridade para os objetos do PRC/2016/4 e/ou dos demais processos contraordenacionais entretanto abertos foi desentranhada na fase de inquérito daquele processo. Da prova sem relevância para o PRC/2016/4, mas com relevância para os demais processos contraordenacionais abertos foi extraída certidão para junção aos respetivos autos, nos termos acima detalhados, conforme referido no capítulo I.5.3 da presente Decisão.
454. Por outro lado, voltando ao argumento da Pingo Doce de que deveria ter-se pronunciado relativamente a qualquer desentranhamento, deve evidenciar-se que, tendo esta visada tido conhecimento dos demais desentranhamentos efetuados, aparentemente,

¹⁷¹ Cf. Acórdão do TRL, proferido em 5 de abril de 2016, no processo n.º 225/15.4YUSTR.L1 – 5.ª Secção –, disponível em www.concorrencia.pt.

conformou-se com os mesmos, não impugnando judicialmente as respetivas decisões interlocutórias da AdC que suportaram tais desentranhamentos pelo que, estando o seu alegado direito processual irremediavelmente precluído, não pode em sede de pronúncia à Nota de Ilícitude tentar ripristinar a recorribilidade de decisões já perfeitamente estabilizadas na ordem jurídica.

455. Neste sentido, atente-se à seguinte sentença proferida pelo TCRS em 25 de outubro de 2016¹⁷²:

“(...) admitimos, frontalmente, que a AdC dispõe de competência para autorizar o desentranhamento de documentos apreendidos, mesmo posteriormente à diligência de apreensão – trata-se de uma atuação plenamente conforme com a atividade de investigação e apuramento de factos com relevância sancionatória, em função do contínuo apuramento de factos ao longo do processo.

A indiciação probatória que subjaz à validade das diligências instrutórias do processo sancionatório não se confunde com os juízos ulteriores sobre a utilidade, pertinência e adequação de tais meios de prova para prova dos factos entretanto apurados.

Parece-nos até elementar assinalar a diferença entre os pressupostos que devem presidir ao deferimento de diligências de prova de natureza invasivas numa fase inicial do processo e os pressupostos que, após apuramento e aprofundamento das diligências de prova, devem presidir a um juízo de oportunidade processual sobre o interesse de manter tais elementos de prova no processo.

A decisão sobre a validade na obtenção de meios de prova não equivale nem delimita a decisão sobre a relevância/irrelevância dessa prova por confronto com outros elementos de prova e com os factos indiciados.

Essas decisões (aparte regimes excepcionais) são tomadas a todo o momento no âmbito do processo penal (em que as garantias do processo equitativo devem auferir de maior assertividade) pela autoridade judiciária competente e em respeito ao decurso do processo.

¹⁷² Proferida no âmbito do processo n.º 195/16.1YUSTR e já transitada em julgado. No mesmo sentido, sentença do TCRS de 11.07.2019 proferida no âmbito do processo n.º 18/19.0YUSTR-D; sentença do TCRS de 16.03.2017, proferida no âmbito do proc. n.º 20/16.3YUSTR já transitada em julgado.

Numa palavra, não vemos obstáculo legal ou impedimento processual no NRJC ou no regime subsidiário do R.G.CO. para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos entretanto considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas.

Os regimes processuais que obrigam a uma manutenção de todos os elementos de prova recolhidos por determinada autoridade competente para a investigação de factos com relevância sancionatória são de natureza excepcional - por exemplo o regime de interceptação e gravação de conversações telefónicas previsto nos artigos 188.º, n.º 12 do C.P.P. - não permitem a aplicação analógica e a obrigatoriedade de manutenção de suportestécnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova reflecte determinadas posições garantística sobre a precariedade e sensibilidade dos dados recolhidos.”

456. Sem prejuízo do acima exposto, importa clarificar que a AdC é legalmente incumbida de garantir o respeito pelas regras de concorrência em Portugal, competindo-lhe, no âmbito dos processos sancionatórios, investigar e, eventualmente, sancionar as práticas restritivas da concorrência que resultem demonstradas.
457. Para essa demonstração a AdC está legalmente vinculada a considerar todos os elementos de facto e de direito que se lhe apresentem, incluindo naturalmente prova incriminatória e prova exculpatória.
458. Esse pressuposto basilar da atividade sancionatória da AdC é observado em todos os processos contraordenacionais que instrui, não constituindo o presente processo uma exceção.
459. Tais regras determinariam a incompatibilidade do desentranhamento, por incumprimento dos respetivos critérios de (ir)relevância para o objeto do processo, de elementos de prova exculpatórios.
460. Quanto à questão suscitada pela visada Pingo Doce sobre o incumprimento, pela AdC, dos deveres a que esta se encontra vinculada no âmbito da condução do processo contraordenacional, importa salientar que também já foi reconhecido pelo TCRS que o domínio do procedimento de desentranhamento pertence exclusivamente à AdC, o que certamente os mandatários das visadas não desconhecem.

461. Com efeito, o Tribunal não hesitou em reiterar que o “*domínio da relevância/irrelevância dos documentos apreendidos pertence à AdC podendo, como vimos, pronunciar-se sobre a utilidade da manutenção dos mesmos no processo e sem tanger com a validade das diligências de instrução*”¹⁷³.
462. Face a tal reconhecimento, afigura-se claro que os contornos do procedimento adotado para a realização do desentranhamento de documentos do processo devem ser determinados pela AdC, sempre de forma a promover a eficiência processual e a zelar pela viabilidade do próprio procedimento em questão – cf. n.º 2 do artigo 17.º da LdC.
463. De facto, a solução pretendida pela visada Pingo Doce, *i.e.*, conhecer e analisar toda a informação reunida pela AdC no decurso do inquérito, para além de desnecessária (atentas as incumbências da AdC) nos termos acima demonstrados, depara-se com diversos obstáculos processuais, que desvirtuariam o próprio objetivo de eficiência e celeridade processual inerente à adoção do procedimento de desentranhamento.
464. Em primeiro lugar, na hipótese de o processo estar sujeito ao segredo de justiça – como aconteceu *in casu*, onde tal sujeição foi decretada pelo conselho de administração da AdC em 21 de março de 2017 e levantada por ocasião da notificação da Nota de Ilícitude –, as visadas não têm acesso aos autos durante a fase de inquérito. Neste cenário, as visadas apenas tomam conhecimento do objeto do processo, bem como dos elementos probatórios relevantes no final da fase de inquérito, ou seja, posteriormente à altura prevista para realização do desentranhamento.
465. Em segundo lugar, a conciliação entre a solução indicada pela visada Pingo Doce e a proteção dos segredos de negócio exigiria (i) o tratamento cabal de confidencialidades de todos os documentos a serem objeto de desentranhamento ou, alternativamente, (ii) a extensão do regime previsto no n.º 4 do artigo 33.º da LdC, legalmente apenas aplicável para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da AdC, a todos os documentos a serem objeto de desentranhamento e para efeitos significativamente mais difusos.

¹⁷³ Cf. Acórdão do TRL, proferido em 25 de outubro de 2016, no processo n.º 195/16.1YUSTR.L1, disponível em www.concorrencia.pt.

466. Enquanto a primeira alternativa consome tempo e recursos significativos (sem ganhos de mérito substantivos), a segunda é passível de questionamento por implicar o alargamento de um regime de acesso bastante restritivo à consulta de documentos, considerados irrelevantes para o objeto do processo, numa fase em que o processo pode encontrar-se sujeito a segredo de justiça (como no presente caso).
467. Em terceiro lugar, as visadas poderiam manifestar opiniões diversas sobre a relevância/irrelevância de um mesmo documento, obrigando a AdC a um novo processo decisório, por si só, passível de questionamento pelas visadas.
468. Sendo a AdC o *dominus* do processo na fase de inquérito e atento o atual enquadramento legal, exigir-se – tal como pretende a visada Pingo Doce – a aprovação ou a concordância das visadas no processo para que a AdC pudesse efetivar um desentranhamento de prova irrelevante, não tem qualquer suporte legal, não se antecipando qualquer tipo de vantagem que pudesse decorrer da pretensão da visada.
469. Por fim, caso o objeto de desentranhamento correspondesse a prova apreendida nas instalações da visada Pingo Doce e conforme acima referido, tal prova seria devolvida à própria, tendo a mesma pleno conhecimento dos específicos elementos que são desentranhados, podendo sempre voltar a juntar aos autos elementos probatórios que entenda serem relevantes para a sua defesa.
470. Face ao exposto, a Autoridade mantém inalterada a sua posição relativa ao procedimento de desentranhamento adotado no processo, não se reconhecendo a existência de qualquer invalidade processual, pelo que improcede a argumentação invocada pela visada.

II.11 Da alegada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência

II.11.1 Posição das visadas Pingo Doce e Bimbo Donuts

471. Subsidiariamente, a visada Pingo Doce alega que o n.º 2 do artigo 69.º da LdC, “*na sua conjugação com as disposições que tipificam as infrações a que se segue a coima que aquele estabelece (...)*” é inconstitucional, por estabelecer uma coima indeterminada, violando, o disposto nos n.ºs 1 a 4 do artigo 29.º da CRP¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Cf. §77 da PNI Pingo Doce.

472. Neste sentido, a visada Pingo Doce entende que à prática *sub judice* só podem aplicar-se as coimas estabelecidas no artigo 17.º do RGCO.
473. A visada refere ainda que, mesmo que assim não se entendesse, a Nota de Ilícitude deveria fornecer «*todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito sob pena de violação dos artigos 24.º, n.º 3 alínea a) e 25.º, n.º 1, do RJC e, bem assim, através deles do direito de defesa dos arguidos ou visados e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da Constituição)*»¹⁷⁵. Padecendo, alegadamente, a Nota de Ilícitude de uma insuficiente determinação nessa matéria.
474. Afirma ainda a visada que perante uma coima cujos limites estão estabelecidos no RGCO e a determinar nos termos desse mesmo diploma, a indicação do mínimo da sanção aplicável não consta da Nota de Ilícitude, não obstante da mesma constarem o *“máximo e as circunstâncias ou factores a ter em conta para a determinação concreta da coima”*¹⁷⁶.
475. Alega a visada Pingo Doce que a referência da AdC à utilização das suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas, referindo-se as mesmas, no entender da visada, a uma *“metodologia de determinação da coima completamente diferente de uma mera graduação da coima entre limites máximos e mínimos da sanção”*, leva a que a Nota de Ilícitude omita dados relevantes nos termos do procedimento indicado nas linhas de orientação, afetando o direito de defesa da Pingo Doce – o que, alegadamente, implica a nulidade da Nota de Ilícitude, nos termos conjugados da alínea a), do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 do artigo 25.º e do artigo 13.º da LdC, 41.º do RGCO e n.º 3 do artigo 283.º, do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2002, do Supremo Tribunal de Justiça¹⁷⁷.
476. A Bimbo Donuts, por sua vez, defende que a AdC não é clara quanto à interpretação do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, identificando duas formas distintas possíveis de realizar esse exercício: (i) o limiar de 10% de volume de negócios representa o limite máximo da

¹⁷⁵ Cf. §80 da PNI Pingo Doce.

¹⁷⁶ Cf.82 da PNI Pingo Doce.

¹⁷⁷ Cf. §84, 85 e 88 da PNI Pingo Doce.

moldura sancionatória abstratamente aplicável; ou (ii) esse limiar representa um fator corretivo ou um teto da coima¹⁷⁸.

477. A visada entende que caso se considere que o limiar de 10% de volume de negócios total representa o limite máximo da moldura sancionatória abstratamente aplicável, são violados os seguintes princípios constitucionais:

- i) reserva relativa da Assembleia da República, em violação da alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP;
- ii) legalidade das coimas e Estado de Direito, em violação dos artigos 2.º, 29.º e 30.º da CRP;
- iii) legalidade na determinação das coimas, em violação do artigo 29.º da CRP;
- iv) proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais, em violação do artigo 18.º da CR;
- v) culpa na determinação das coimas, em violação dos artigos 1º, 29.º e 30.º da CRP;
- vi) igualdade, em violação do artigo 13.º da CRP¹⁷⁹.

478. Caso se considere que a coima concreta será determinada nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 69.º da LdC, “*sendo, posteriormente, o montante da eventual coima concreta que haja sido fixado corrigido, caso assim se imponha, pelo limite (10% do volume de negócios) referenciado no n.º 2 do normativo, [e]staria a admitir-se que a coima potencialmente aplicável à Visada seria fixada dentro de uma moldura inexistente, não lhe permitindo qualquer visibilidade sobre o respetivo valor*”, entendendo a Bimbo Donuts que essa interpretação é inconstitucional por violação dos princípios da igualdade, legalidade e proibição das sanções indefinidas, nos termos dos artigos 13.º, n.º 2 do artigo 29.º e n.º 1 do artigo 30.º da CRP, respetivamente¹⁸⁰.

II.11.2 Apreciação da Autoridade

479. A Pingo Doce procura sustentar que a regra prevista no n.º 2 do artigo 69.º da LdC estabelece uma coima indeterminada, a qual se traduz numa inconstitucionalidade por

¹⁷⁸ Cf. capítulo VII.A da PNI Bimbo Donuts.

¹⁷⁹ Cf. capítulo VII.A da PNI Bimbo Donuts.

¹⁸⁰ *Idem*.

violação do princípio da legalidade no que se refere à indeterminabilidade da sanção, nos termos dos n.ºs 1 a 4 do artigo 29.º da CRP.

480. A título introdutório importa dar a nota de que a conformidade constitucional da norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da LdC já foi objeto de vários recursos junto do Tribunal Constitucional, tendo este órgão, invariavelmente, emitido juízos no sentido da plena conformidade com o ordenamento constitucional¹⁸¹.
481. Com efeito, o facto do n.º 2 do artigo 69.º da LdC determinar que a coima aplicável pela Autoridade não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, não impacta com o princípio constitucional invocado.
482. Recorde-se, em primeiro lugar, que o preceito citado da CRP (artigo 29.º) é de aplicação direta e natural aos ilícitos de natureza criminal. Porém, distintamente, o ilícito no processo em apreço, corresponde, como se sabe, a um ilícito contraordenacional.
483. Nos ilícitos jusconcorrenciais, em concreto, a *ratio legis* do n.º 2 do artigo 69.º da LdC prende-se, tão-só e naturalmente, com a preocupação do legislador em balizar o valor máximo da coima aplicável com a situação económica (atual) das empresas visadas pelo processo de contraordenação, e não com qualquer intenção de impedir que as empresas visadas determinem o montante máximo da coima aplicável.
484. Ora, considerando que o n.º 2 do artigo 69.º da LdC manda atender até 10% do volume de negócios, constituindo este o limite máximo da coima aplicável, a visada sempre terá a possibilidade de conhecer a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade^{182, 183}, também não podendo alegar o desconhecimento dos critérios a considerar na determinação concreta da coima (n.º 1 do artigo 69.º da LdC), porquanto, e designadamente, o volume de negócios total considerado para efeitos do limite legal, a qualificação da gravidade da infração, a duração da mesma e a situação económica

¹⁸¹ Acórdão n.º 400/2016 de 21 de junho de 2016; Acórdão n.º 641/2017 de 4 de outubro de 2017.

¹⁸² Cf. Sentença do TCRS proferida em 20.10.2016, no processo n.º 36/16.OYUSTR – pp. 291-292, confirmada no Acórdão do TRL de 14.07.2017, pp. 239-269.

¹⁸³ Cf. a decisão sumária do TC n.º 216/2016 analisou a questão na sua fundamentação a propósito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão e confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

da visada e, bem assim, outros elementos trazidos ao conhecimento da AdC durante a instrução do processo são, desde logo, mencionados pela AdC na Nota de Ilícitude.

485. Por outras palavras, ainda que, num primeiro momento, o limite máximo possa não estar determinado, a verdade é que o mesmo é sempre determinável por referência ao volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão de condenação da AdC, concedendo-se às empresas visadas, desde logo, os mínimos para conformar a sua margem de ação e conhecer as consequências do desrespeito dessa obediência legal^{184, 185}.
486. Adicionalmente, faz-se notar, a este respeito, a posição assumida pelo Tribunal Constitucional que, através da Decisão Sumária n.º 216/2016, de 14 de abril de 2016¹⁸⁶, decidiu não julgar inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, no que se refere à amplitude da moldura sancionatória entre a medida mínima e a medida máxima da coima, considerando a diferenciação entre a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito penal que não ocorre no direito contraordenacional, sem prejuízo do respeito pelo princípio da tipicidade.
487. Neste sentido, cumpre esclarecer que os tribunais já foram chamados a apreciar a alegada inconformidade do n.º 2 do artigo 69.º da LdC com diversas normas constitucionais.
488. O TCRS já se pronunciou pela não inconstitucionalidade desta norma por violação do princípio da legalidade das coimas (n.ºs 1 e 3.º do artigo 29.º da CRP), da proibição das sanções indefinidas ou ilimitadas (n.º 1 do artigo 30.º da CRP) ou do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP).
489. O TCRS salienta os princípios fundamentais que resultam do acórdão n.º 201/2014 do Tribunal Constitucional: “*o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social. As ideias fundamentais em torno*

¹⁸⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 466/12, proferida no processo n.º 248/12 – 2.ª Secção: respeitante à distinção entre limites do processo penal e do processo contraordenacional que consente num nível de indeterminação menos exigente, *in casu*, no regime jurídico da concorrência. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120466.html>.

¹⁸⁵ Sentença proferida em 04.01.2016, no âmbito do processo n.º 102/15.9YUSTR.

¹⁸⁶ Cf. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão. Confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarrias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

da questão são, de acordo com o referido aresto, as seguintes: (i) embora tais princípios [princípios da legalidade e da tipicidade] não valham com o mesmo rigor” ou ‘com o mesmo grau de exigência’ para o ilícito de mera ordenação social, eles valem ‘na sua ideia essencial;’ ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe ‘exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito”¹⁸⁷.

490. No que diz respeito ao argumento segundo o qual o limiar de 10% do volume de negócios é indeterminado e indeterminável, no momento da infração, refere o TCRS que:

“Antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” o que está em causa é apurar um determinado nível de determinação ou determinabilidade da sanção aplicável. (...) considera-se que ‘antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito’ significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

(...) E para empresas o que importa, quando se trata de serem sujeitas a uma coima, é o efeito que essa sanção pecuniária terá na sua esfera económico-financeira à data ou o mais próxima possível da condenação. Nesta medida, o facto da lei lhes assegurar

¹⁸⁷ Cf. sentença do TCRS proferida em 20 de outubro de 2016, no processo n.º 36/16.0YUSTR (p.291).

que a coima terá como limite 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à condenação pela AdC – que reflete, com um mínimo de segurança, a sua situação económica mais atual - é, salvo melhor opinião, suficiente para as empresas se autodeterminarem no momento da prática do facto.¹⁸⁸

491. Resulta, pois, manifesto que o n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 não viola o princípio da legalidade ou da proibição das sanções ilimitadas ou indefinidas, previstos nos artigos 29.º e 30.º da CRP, não merecendo, pois, qualquer reparo a Nota de Ilícitude quanto a esta questão.
492. Não se aplica, pois, o disposto no artigo 17.º do RGCO nos termos avançados pela Pingo Doce, inexistindo qualquer lacuna na LdC a este respeito que precise de ser colmatada.
493. Alega ainda a visada que mesmo que se considerasse que a regulamentação legal da matéria de determinação da coima fosse constitucionalmente admissível – que já se viu que é – a Nota de Ilícitude sempre padeceria de uma insuficiente determinação nessa matéria, em concreto, pela falta de indicação do mínimo da sanção aplicável.
494. Invoca, para os devidos efeitos, a nulidade da Nota de Ilícitude, nos termos conjugados da alínea a), do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 do artigo 25.º e do artigo 13.º da LdC, 41.º do RGCO e n.º 3 do artigo 282.º, do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2002, do Supremo Tribunal de Justiça.
495. Ora, no que respeita à nulidade invocada pela visada Pingo Doce, quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilícitude, como sejam *“todos os elementos necessários para este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”*, sob pena de violação do direito de defesa das visadas e da presunção de inocência, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da NI não podem ser supridos pelo recurso neste plano, ao n.º 3 do artigo 283.º do CPP.
496. Em primeiro lugar, não se concebe como, pelo facto de da Nota de Ilícitude não constar o limite mínimo da coima eventualmente aplicável, possa colher a alegação e ilação da Pingo Doce que *“de acordo com a NI [...], sem limite mínimo, [a sanção] pode ir até*

¹⁸⁸ Cf. sentença do TCRS proferida em 20 de outubro de 2016, no processo n.º 36/16.OYUSTR (p.292 e 293).

€414.468.986, [...]s]endo assim, patentemente afectado o seu direito de defesa”¹⁸⁹. Fica por esclarecer qual a razão pela qual a ausência de menção a limite mínimo ligada à menção expressa do limite máximo determinam “*patentemente*” a afetação do seu direito de defesa.

497. Ora, de acordo com a Nota de Ilícitude e nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, o limite máximo da coima eventualmente aplicada à visada Pingo Doce, caso a decisão final tivesse sido adotada em 2019, seria de €414.468.986, independentemente do montante mínimo da coima.
498. Este valor mínimo não releva para o facto de, no máximo, poder ser aplicada uma eventual coima de €414.468.986.
499. E mais se diga, a Autoridade não indica o limite mínimo da coima eventualmente aplicável na Nota de Ilícitude pois a lei também não o indica, não dependendo este de determinação da AdC.
500. Na verdade, quanto à determinação da medida da coima, importa salientar que é evidente que aquilo que não pode ser admitido são molduras indetermináveis, tendo em conta o princípio da legalidade e o corolário do princípio da tipicidade.
501. Ora, tendo presente que nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, se atende a 10% do volume de negócios, constituindo este o limite máximo, improcede a nulidade invocada, porquanto a fixação do limite máximo de 10% do volume de negócios da visada Pingo Doce permite saber qual é a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade.
502. Pelo que, contrariamente ao que é alegado pela Pingo Doce, esta não fica “*na completa ignorância sobre os termos previsíveis*” da operação de determinação da coima.
503. Veja-se, a propósito, o entendimento Tribunal Constitucional, na decisão sumária n.º 216/2016 quando refere que “*a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no*

¹⁸⁹ Cf. §86 e 87 da PNI Pingo Doce.

mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto”.

504. Face ao exposto, facilmente se compreende que o direito de defesa da visada Pingo Doce não foi, de modo algum, coartado.
505. De facto, cumpre recordar que a nota de ilicitude é o momento por excelência no âmbito da fase administrativa do processo contraordenacional previsto na LdC e no RGCO em que é dada às visadas a possibilidade de se defenderem.
506. Ou seja, é na pronúncia sobre a nota de ilicitude que as visadas têm a possibilidade de contraditar os factos que lhes são imputados, oferecer um eventual reenquadramento daqueles factos e do direito no qual se subsumem, e ainda fornecer a sua análise crítica da prova existente nos autos.
507. Daqui resulta outro aspeto relevante para a presente análise: ainda não fora até àquele momento do processo (adoção da Nota de Illicitude), facultada, em cumprimento do previsto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, a possibilidade de as visadas exercerem o seu direito de defesa e contraditório, apresentando a sua visão dos factos.
508. Tal momento corresponde, precisamente, ao que imediatamente se segue à adoção da Nota de Illicitude.
509. Deste modo, não tendo as visadas, na fase anterior processo, exercido o contraditório, estranho seria, conforme parece pretender a Pingo Doce, se desde logo na Nota de Illicitude, a AdC fosse conclusiva na descrição das circunstâncias que poderiam vir a ser tidas em consideração caso venha a ser aplicada uma sanção.
510. De facto, afigura-se descabido pretender que assim seja, na medida em que, na pronúncia sobre a Nota de Illicitude, as visadas poderão vir contraditar a factualidade relevante, esclarecê-la ou fornecer um reenquadramento da mesma, em moldes tais que a Autoridade deva ter em conta os elementos que cheguem por essa via ao seu

conhecimento aquando da decisão sobre se aplica uma coima e, caso aplique, qual o montante dessa coima.

511. Em bom rigor, no limite, até poderá não haver condenação e aplicação de coima em razão de, em face da defesa apresentada, a AdC poder determinar o arquivamento do processo.
512. Aliás, não pode a Pingo Doce, que noutra sede da sua PNI invoca a pretensa violação do princípio da presunção da inocência, pretender que a AdC fique impedida de considerar os factos e o enquadramento jurídico que ela própria carree para o processo, uma vez que só em função da sua pronúncia e da prova produzida a final, pode a AdC tomar uma decisão que poderá mesmo ser, nos termos legais, absolutória.
513. De facto, a argumentação da Pingo Doce a este respeito afigura-se manifestamente contraditória com o que esta visada alega a propósito de uma pretensa violação do princípio da presunção de inocência por parte da AdC na Nota de Ilicitude. Se num contexto pugna pela necessidade de a AdC apresentar dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções a que a Pingo Doce estaria sujeita, noutra pugna pelo oposto. Ora, se a AdC apresentasse dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções à visada, certamente a Pingo Doce iria argumentar que tal atuação configurava uma violação da sua presunção de inocência.
514. Assim se explica que, sem prejuízo de a Nota de Ilicitude conter a indicação da moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final, suportadas na prova conhecida à data, as considerações efetuadas sobre esta matéria na Nota de Ilicitude não possam deixar de ser efetuadas de forma não conclusiva, porquanto, sendo assegurado o contraditório às visadas, a AdC terá necessariamente de confrontar as conclusões da investigação com as pronúncias sobre a Nota de Ilicitude apresentadas pelas visadas e só depois adotar juízos conclusivos suscetíveis de determinar a medida concreta da coima.
515. Por fim, e no que à concreta nulidade invocada e à respetiva base legal para a referida pretensão diz respeito, a mesma improcede pelos motivos que se passarão a expor.
516. Em primeiro lugar, como é consabido e está estabilizado na doutrina e na jurisprudência, a nota de ilicitude corresponde à Decisão do inquérito (cf. alínea a) do n.º 3 do artigo

24.º e n.º 1 do artigo 25.º) e a decisão condenatória com aplicação de uma coima (ou outra sanção) (Decisão Final) é que constitui a “condenação” – cf. n.º 3 do artigo 29.º da LdC, que tem como requisitos formais os vertidos no artigo 58.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º do mesmo diploma, e, com as devidas adaptações, equiparada à Acusação do Ministério Público prevista no artigo 283.º CPP¹⁹⁰.

517. Efetivamente, não existe uma norma quanto aos requisitos de forma da nota de ilicitude.
518. E, por maioria de razão, nem se impõe o recurso à aplicação subsidiária do CPP para integração de uma lacuna, sob pena de desvirtuar os princípios e a natureza do próprio processo contraordenacional.
519. Efetivamente, a aplicação do regime penal ou processual penal não pode, no limite, redundar numa importação acrítica de regimes e figuras que desvirtuam a natureza e os princípios do próprio processo contraordenacional e, *in casu*, dos processos previstos na LdC (regime especial face ao RGCO)¹⁹¹ como defende a visada.
520. Assim sendo, a nota de ilicitude é uma acusação funcional¹⁹² (não tendo a natureza de decisão final) e, por isso mesmo, não se pode fazer o paralelismo automático com a Acusação do Ministério Público – artigo 283.º do CPP – que, em processo penal, sempre equivaleria a uma decisão administrativa final, nos termos do artigo 58.º do RGCO, que prevê de forma completa, os seus requisitos e se aplica à Decisão Final da AdC *ex vi* artigo 13.º da LdC.
521. Como tal, e aplicando-se à nota de ilicitude os requisitos do artigo 58.º do RGCO, não é necessário, nem há fundamento legal, por maioria de razão, a aplicação subsidiária do artigo 283.º do CPP.
522. A nota de ilicitude deve conter: a descrição dos factos imputados com a indicação das normas segundo as quais se pune, bem como da prova produzida – cf. n.º 1 do artigo 25.º da LdC e artigo 50.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC.

¹⁹⁰ Pois que, se impugnada, convola-se na “acusação” do Ministério Público (cf. n.º 1 do artigo 62.º do RGCO *ex vi* artigo 83.º da Lei da Concorrência).

¹⁹¹ Sobre o sentido do artigo 41.º, do RGCO, cf. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e defesa no processo das contra-ordenações – art. 32.º, n.º 10, da Constituição da República, Contra-ordenações Laborais”, CEJ, novembro de 2013, pp. 41 e ss.

¹⁹² Cf. Paulo Pinto Albuquerque “Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2011, Lisboa: Universidade Católica, pp. 207-222.

523. Este é, pois, o conteúdo mínimo que uma nota de ilicitude deve conter: factos imputados, prova produzida e indicação das normas aplicáveis suscetíveis de imporem uma condenação.
524. Relativamente ao grau de exigência da fundamentação, considera-se que a mesma não pode deixar de tornar claras para o “arguido” as razões de facto e de direito suscetíveis de conduzir à sua condenação.
525. Entende-se que, no presente caso, não assiste razão à visada, porquanto se considera que a Nota de Ilícitude é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.
526. No que respeita à determinação da medida da coima, verifica-se que, atendendo às regras de imputação que se encontram vertidas na lei, no que respeita à determinação da sanção aplicável, são claros e aplicáveis de forma igual a todas as visadas os critérios de determinação da medida concreta da coima – designadamente em função da duração e do respetivo grau de participação na infração.
527. Da mesma forma, encontram-se definidos os limites máximos para a determinação abstrata da coima (de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, no caso das empresas visadas, e de 10% da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida, no caso das pessoas singulares).
528. No mesmo sentido, esclareceu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016¹⁹³, que:
- “[e]stá em causa a aplicação de sanções (coimas), cujos critérios de determinação estão legalmente previstos (artigo 69.º da Lei da Concorrência), pela prática de infrações tipificadas por lei (artigo 68.º), e após a instauração de um processo administrativo cujos termos legais genericamente asseguram ao arguido o seu direito de audiência e defesa*

¹⁹³ Publicado no Diário da República n.º 131/2016, Série II, de 11 de julho de 2016.

(cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º, artigos 25.º e 26.º, n.º 1 do artigo 33.º e artigo 59.º do mesmo diploma legal)”.

529. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade considera, nos termos acima descritos, os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da LdC, bem como a metodologia estabelecida nas suas Linhas de Orientação para o cálculo de coimas, critérios e metodologia que são do conhecimento das visadas. Estas Linhas de Orientação fornecem, de resto, uma maior concretização e previsibilidade relativamente às coimas aplicáveis.
530. No caso concreto, na Nota de Ilícitude constavam, pois, todos os elementos relevantes e necessários para a Decisão, relacionados com sanções aplicáveis, estando as visadas na posse de toda a informação para que pudessem exercer cabalmente os seus direitos de defesa, também quanto à medida da coima aplicável.
531. Em face do que antecede, e considerando o que a este respeito foi já mencionado na Nota de Ilícitude, conclui-se que não assiste razão à visada quanto à alegada violação do direito de defesa e do direito à presunção de inocência.
532. Pelo exposto, não se verifica, deste modo, a existência de qualquer nulidade quanto a esta matéria, nos termos previstos dos artigos 25.º da LdC e do artigo 50.º do RGCO, *ex vi* artigo 13.º da LdC, que densificam o n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
533. No que diz respeito à alegada violação do princípio constitucional da reserva relativa da Assembleia da República, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 165º da CRP, argumento mobilizado pela Bimbo Donuts no sentido de defender que a AdC não teria competência para determinar a (medida da) coima, não se vislumbra a inconstitucionalidade suscitada.
534. Primeiro, atendendo ao procedimento lógico de determinação da medida da coima, depreende-se que esta só poderia ser determinada atendendo cumulativamente aos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º, o que é corroborado pelo legislador no próprio n.º 2 do artigo 69.º da LdC:

“No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência (...). (sublinhado da Autoridade)”

535. Segundo, seria redundante e desnecessário que o n.º 2 do artigo 69.º da LdC fizesse referência a si próprio no sentido de se autoincluir na determinação da medida da coima, uma vez que da sua leitura decorre clara e inequivocamente que a coima se determina com base no n.º 1 (referência expressa) e no n.º 2 (referência implícita que decorre do segmento *“não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência (...)”*).
536. Terceiro, só assim se compreende a conjugação do n.º 1 (preceito no qual se consagram os critérios de determinação da medida da coima) com o n.º 2 (preceito no qual se fornece o limite da medida da coima) no normativo mencionado, sendo certo que por um lado, não pode ser considerado pelo intérprete *“o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”*, e, por outro, que *“na fixação do sentido e alcance da lei o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”* (cf. o n.º 2 e o n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil).
537. Em suma, improcede o argumento trazido à colação pela visada, uma vez que a Autoridade não determina a moldura sancionatória, designadamente o seu limite máximo, decorrendo est claramente da letra da lei. Consequentemente, não há invasão da esfera de competências do legislador, antes pelo contrário, este contemplou uma disposição legal específica sobre a matéria analisada, a saber: o n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.
538. No que concerne ao argumento da excessiva amplitude da moldura sancionatória, trazido à colação pela Bimbo Donuts, o TCRS refere que o Tribunal Constitucional se pronunciou pela não inconstitucionalidade do referido artigo, uma vez que: *“a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. [...] Da aplicação destes critérios resultará certamente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto [...]. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa [onde operam empresas de enorme dimensão económica], não*

*violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito. Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, iminentes a um Estado de direito democrático*¹⁹⁴

539. O TCRS afasta igualmente o argumento segundo o qual o artigo em causa viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP) e o princípio da culpa (artigo 1.º da CRP).
540. A este respeito, o TCRS salienta, primeiramente, que: *“o limite previsto no art.º. 69º/2 do NRJC, pese embora seja variável, não impede que se determine o “grau de reprovação comunitária do facto [...] e, nessa medida, não impede que se avalie a proporcionalidade da sanção, pois os agentes potenciais desse tipo de infrações são empresas e para as empresas 10% do seu volume de negócios durante um ano é muito. [...] o referido limite exprime uma ordem de grandeza que, não sendo a mais universal intuitiva para a generalidade das pessoas, como o número de anos de prisão, é perfeitamente válida, conhecida e mensurável na atividade económica”*¹⁹⁵.
541. Em segundo lugar, o TCRS esclarece o seguinte: *“ao contrário do que sucede na pena de multa, a determinação concreta da medida da sanção é levada a cabo “em um único ato, por via do qual o juiz tem de considerar simultaneamente o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima, designadamente relativos ao facto e aos seus efeitos, e a situação económico-financeira do agente. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que o facto e os seus efeitos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos possíveis agentes da infração. Significa ainda, por outro lado, que na concreta tarefa de determinação da medida da coima a ponderação do facto, dos seus efeitos e demais critérios é sempre combinada e submetida à luz da situação económico-financeira atual*

¹⁹⁴ A decisão sumária n.º 216/2016, referida na Sentença do TCRS de 20 de outubro de 2016, no processo. n.º 36/16.OYUSTR (p. 293 a 295), analisou a questão na sua fundamentação a propósito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012.

¹⁹⁵ Cf. sentença do TCRS, proferida em de 20 de outubro de 2016, no processo n.º 36/16.OYUSTR (p. 297 e ss).

do infrator. Ora, aquilo que o art.º 69.º/2, do NRJC faz é nada mais do que introduzir essa subjetivação no limite máximo, sem prejuízo de um ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto no art.º 69º/1, al g), do NRJC. Subjetivação essa que note-se, sempre teria de ser feita, dentro de limites máximos objetivos e fixos, no âmbito do “ato único” em que se traduz a determinação de uma coima. Por conseguinte, a aplicação dos critérios de determinação da medida da coima, para além da situação económica do visado, dentro do limite referido permite que a sanção seja determinada através de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade em relação ao facto e os seus efeitos e permite determinar o limite da culpa, pois esse juízo deve ser aferido levando em consideração a situação económico-financeira do infrator”¹⁹⁶.

542. Alega ainda a visada que a interpretação da AdC colocaria em crise o princípio da igualdade, consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da CRP, por alegado tratamento díspar de situações idênticas, mormente na aplicação de coimas diferentes a situações idênticas, pois, de acordo com o seu raciocínio, duas visadas que praticaram o mesmo facto, no mesmo ano, podem ser sancionadas em coimas de montantes absolutamente díspares.
543. Desde logo, se a questão for analisada sob um ponto de vista abstrato, o que está em causa é a posição dos destinatários perante a lei (e não de qualquer aplicação concreta da coima).
544. Assim sendo, não se vislumbra de que forma é que pode haver uma violação do princípio da igualdade, porquanto a norma em questão estipula critérios iguais para todos os possíveis destinatários; ou seja, todos os destinatários a quem a aplicação da norma se destina, serão punidos, nos termos daquela regra, com uma coima cujo limite máximo não poderá exceder 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, calculada de acordo com critérios uniformes para todos.
545. Neste sentido, a AdC não pode deixar de fazer referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional, que no acórdão n.º 353/2011¹⁹⁷ se pronunciou sobre a conformidade constitucional do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, cuja redação é semelhante ao

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ Cf. acórdão n.º 353/2011 do TC, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110353.html>.

n.º 2 do artigo 69.º da LdC e à decisão sumária 216/2016 do Tribunal Constitucional, já mencionada e tal como citado pelo TRL no acórdão proferido em 14 de junho de 2017, no processo n.º 36/16.0YUSTR.L.1: “[a] mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação articular de cada empresa o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa”¹⁹⁸.

546. Acrescentou ainda o TRL, citando o TCRS, que “os fundamentos supra exarados são igualmente aplicáveis à consideração no volume de negócios no ano anterior à decisão de condenação pela AdC, fundamentos esses que se partilham”¹⁹⁹.
547. Se a questão for analisada sob um ponto de vista concreto, também não se vislumbra de que modo é que o normativo em questão poderá ser desconforme ao princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, quer na sua vertente negativa, que no seu sentido positivo.
548. Ou seja, perante a prática de um mesmo ilícito, concretizada em duas condutas idênticas, praticadas por duas empresas diferentes, o facto de as mesmas poderem ser sancionadas com duas coimas de montantes distintos em razão da diferença de volumes de negócios entre ambas em nada fere o princípio da igualdade, porquanto a aplicação de coimas distintas naquelas circunstâncias decorre da aplicação do princípio da igualdade numa das suas vertentes positivas: tratamento desigual de situações desiguais.
549. Com efeito, de acordo com a alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º da LdC, na determinação da medida da coima, a AdC considera, entre outros critérios, a situação económica do visado pelo processo, pelo que, perante dois agentes que praticaram o mesmo ilícito nas mesmas circunstâncias, a coima não deverá ser a mesma se as suas situações económicas não forem as mesmas.

¹⁹⁸ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 14 de junho de 2017, no processo n.º 36/16.0YUSTR.L.1 – 3.ª Seccção, p. 267.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 268.

550. Estar-se-ia, sim, a violar o princípio da igualdade se, perante situações económicas distintas, fosse dado o mesmo tratamento a nível sancionatório.
551. A consideração dos critérios do n.º 1 do artigo 69.º da LdC é, pois, no caso concreto e por aplicação a cada uma das empresas visadas, a bitola que permite a aplicação de medidas da coima distintas a visadas distintas sem violação do princípio da igualdade.
552. Neste sentido, improcede a alegação da visada Bimbo Donuts quanto à pretensa violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.
553. Em face do exposto, e em conclusão, resulta que o artigo 69.º da Lei da Concorrência não viola os artigos da CRP invocados, não se identificando assim quaisquer inconstitucionalidades dos mesmos.

II.12 Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Ilícitude

II.12.1 Posição da visada Auchan

554. A visada Auchan vem alegar que a Nota de Ilícitude padece de uma manifesta falta de fundamentação, assente no facto de a AdC, no entender da visada, não proceder a uma narração concreta dos factos que são imputados à empresa, tendo procedido “à imputação concreta da infração à Auchan por mera remissão para prova constante dos autos, mais referindo que esse elenco não esgota o conjunto de meios de prova disponíveis”²⁰⁰.
555. Considera que a AdC “não transmite à Auchan os fundamentos concretos para a imputação da infração, antes se limitando a remeter para prova constante dos autos, não acompanhada de qualquer explicitação da análise empreendida ou da ponderação e valoração efetuadas”²⁰¹.
556. O recurso à remissão da prova sem uma explicação adicional determina, de acordo com a visada, a nulidade da Nota de Ilícitude por falta de fundamentação da acusação contra a Auchan (nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, alínea *b*) do n.º 3 do artigo 283.º, e n.º 2

²⁰⁰ Cf. §560 da PNI Auchan.

²⁰¹ Cf. §552 da PNI Auchan.

do artigo 120.º, do CPP), que afeta de forma grave os direitos de defesa da visada (n.º 10 do artigo 32.º da CRP).

557. Por fim, a Auchan considera também que a mera exemplificação ou não indicação de todos os meios de prova disponíveis contra a Auchan “*impede a visada de se poder pronunciar sobre factos que lhe possam estar a ser imputados (...)*”²⁰².

558. Omissão esta que, segundo a visada, também se consubstancia numa nulidade por manifesta falta de fundamentação, nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, alínea b) do n.º 3 do artigo 283.º, e n.º 2 do artigo 120.º, do CPP.

II.12.2 Apreciação da Autoridade

559. A argumentação aduzida pela Auchan é totalmente improcedente pelos motivos que se passarão a expor.

560. Em primeiro lugar, importa afastar a nulidade invocada pela visada por suposta violação do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, na medida em que referindo-se o disposto na norma às garantias em processos contraordenacionais, preconiza apenas que nestes “*(...) bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”.

561. Ora, como consabido, o regime consagrado no artigo 25.º da LdC, trata precisamente de concretizar e materializar neste ramo do ordenamento jurídico os direitos de audiência e defesa que, em processo contraordenacional, são garantidos pelo n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

562. Acresce que, no âmbito de processos contraordenacionais (e sem prejuízo de normas específicas como o citado artigo 25.º da LdC), o direito de audiência e defesa é garantido pelo artigo 50.º do RGCO, no qual se prevê que não é possível aplicar uma coima, ou uma sanção acessória, sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar e, por tal forma, exercer o contraditório.

563. Com efeito, o princípio do contraditório, nestes processos, releva no sentido de não serem admitidas provas, nem adotadas pela entidade administrativa quaisquer decisões desfavoráveis a um sujeito processual, sem que este seja ouvido sobre a matéria, em

²⁰² Cf. §566 da PNI Auchan.

termos de lhe ser dado previamente o direito de se pronunciar sobre todos os atos, factos ou questões que possam colidir com a sua defesa.

564. Note-se que, no presente processo e nos termos do artigo 25.º da LdC (que especifica para o processo contraordenacional de concorrência o direito que igualmente decorre do artigo 50.º do RGCO) a visada teve oportunidade de apresentar a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude e requerer as diligências complementares de prova que considerou convenientes, e fê-lo conhecendo e pronunciando-se, como se verá *infra*, sobre toda a factualidade que a AdC lhe imputou – o que a visada não contesta – e sobre a prova que subjaz a essa factualidade, assim se efetivando o seu direito de audiência e defesa.
565. Depois, no que respeita às nulidades invocadas pela Auchan quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilícitude, como sejam os elementos mínimos constitutivos da imputação, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da Nota de Ilícitude não podem ser supridos pelo recurso neste plano, nem ao n.º 3 do artigo 283.º nem a outros normativos invocados do CPP.
566. A este respeito, cumpre em primeiro lugar lembrar que a questão da equiparação de uma nota de ilicitude, emitida nos termos e para os efeitos do disposto na LdC, a uma acusação, tal como prevista no artigo 283.º do CPP, não se afigura tão linear como a Auchan a configura e, a ser feita, deverá sempre assegurar as necessárias adaptações que permitam preservar as especificidades de cada uma.
567. No entender da Autoridade, já expresso na sua prática decisória²⁰³, a nota de ilicitude adotada no âmbito do processo contraordenacional por infrações à LdC não pode ser equiparada a uma acusação, conforme prevista no processo penal.
568. Com efeito, e tal como já referido no parágrafo 520 da presente Decisão, a nota de ilicitude é uma acusação funcional (não tendo a natureza de decisão final), não se podendo fazer o paralelismo com a acusação do Ministério Público – artigo 283.º do CPP – que, em processo penal, sempre equivaleria a uma decisão administrativa final,

²⁰³ Cf. Decisão do conselho de administração da AdC de 30/07/2019 no âmbito do PRC/2017/10, em particular parágrafos 439 a 444.

nos termos do artigo 58.º do RGCO, que prevê de forma completa, os seus requisitos e se aplica à decisão final da AdC ex vi artigo 13.º da LdC.

569. Sobre esta matéria, cumpre recordar que a aplicação subsidiária do regime processual penal não deverá nunca redundar numa importação acrítica de regimes e figuras que desvirtuem a natureza e os princípios do próprio processo contraordenacional.
570. De facto, o processo contraordenacional encontra-se estruturado de forma marcadamente diferente do processo penal.
571. Em suma, o direito contraordenacional encontra-se, na nossa ordem jurídica, autonomizado face ao direito penal, fundando-se tal autonomia na diferente natureza do ilícito e da sanção, a qual por sua vez se reflete nas especificidades da tramitação processual aplicável, em particular quanto à intervenção do poder judicial.
572. Clarificada esta questão, no que respeita especificamente ao conteúdo da Nota de Ilícitude, o Assento n.º 1/2003 do STJ é claro no sentido de que “[a] *notificação fornecerá os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (...)*” (sublinhado da Autoridade)²⁰⁴.
573. Ou seja, a nota de ilicitude não é mais do que o momento processual que antecede a decisão condenatória e que tem por função, precisamente, conceder às visadas a possibilidade de exercer o seu direito ao contraditório, pronunciando-se sobre o que julgarem conveniente, produzindo provas complementares que contrariem os indícios entretanto recolhidos para que, conseqüentemente, não seja proferida decisão final condenatória.
574. Relativamente ao grau de exigência da fundamentação, considera-se que a nota de ilicitude não pode deixar de tornar claras para o “*arguido*” as razões de facto e de direito suscetíveis de conduzir à sua condenação.
575. O TCRS também já pronunciou, em 30 de setembro de 2020²⁰⁵, relativamente à questão prévia de falta de fundamentação, esclarecendo que «*conforme jurisprudência*

²⁰⁴ Assento 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça, Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 2003-01-25, recurso 467/2002, ponto 13, II.

²⁰⁵ Sentença do TCRS proferida em 30.09.2020 no âmbito do processo n.º 322/17.1YUSTR.

consolidada do Supremo Tribunal de Justiça, a “falta de fundamentação implica a inexistência dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão e só falta absoluta de fundamentação determina a nulidade”. Na verdade, esclarece o STJ que, a “falta de fundamentação não se confunde, ou não pode ter a mesma dimensão compreensiva, da falta de convencimento que essa fundamentação opera no destinatário. Para este a fundamentação pode não ser suficiente para os fins que prossegue e que anseia da decisão do órgão jurisdicional, mas esta perspectiva não pode obumbrar o fim constitucional do dever de fundamentação enquanto dever geral e comum de percepção do sentido das decisões por todos aqueles que delas tomem conhecimento ou sejam destinatários”».

576. Neste quadro de análise, entende-se que, no presente caso, não assiste razão à visada, porquanto se considera que a Nota de Ilícitude é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.
577. Em concretização destes preceitos legais, a AdC, nas suas Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos, refere o seguinte:

“84. Através da nota de ilicitude é dado conhecimento aos visados de todos os elementos, de facto e de direito, relevantes para a decisão final. Estes consistem em todos os elementos, que permitem preencher os requisitos do tipo contraordenacional imputado aos visados, incluindo a indicação da prova e a respetiva fundamentação jurídica.

85. Na nota de ilicitude é efetuada a identificação dos visados e a descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas, que constarão dos autos do processo, bem como a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e, finalmente, da moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final”²⁰⁶ (sublinhado da Autoridade).

²⁰⁶ Linhas de Orientação da AdC sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22/03/2013 – parágrafos 84 e 85.

578. Nestes termos, considerando a Nota de Ilícitude adotada no presente processo e regularmente notificada, importa salientar o seguinte, por referência à informação que deverá constar da mesma, conforme descrita nas Linhas de Orientação da AdC sobre Instrução de Processos:

- (i) “Identificação dos visados”: as empresas visadas são devidamente identificadas, desde logo no preâmbulo da NI (páginas 6 e 7 da Nota de Ilícitude), sendo posteriormente efetuada, no capítulo II.1 da Nota de Ilícitude (*“Identificação e caracterização das Visadas”* – parágrafos 35 a 82 da Nota de Ilícitude), uma descrição mais detalhada de cada uma, da respetiva atividade comercial e profissional desenvolvida e do grupo empresarial à data da factualidade relevante;
- (ii) “Descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas”: no capítulo II.3 da Nota de Ilícitude (*“Comportamentos das Visadas”* – parágrafos 139 a 449 da Nota de Ilícitude), foi realizada uma descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, das condutas das visadas com relevância contraordenacional, incluindo não só a narração dos factos, como também a indicação de todos os elementos de prova que serviram de base à descrição da factualidade efetuada pela Autoridade e à imputação às visadas (sublinhado da Autoridade);
- (iii) “Indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação”: no capítulo III.1 da Nota de Ilícitude (*“Apreciação jurídica e económica do comportamento das Visadas”* – parágrafos 450 a 770 da Nota de Ilícitude), a AdC procedeu à apreciação jurídica e económica da factualidade anteriormente apurada, indicando, para todos os elementos do tipo objetivo e subjetivo, as normas jurídicas e a jurisprudência dos tribunais europeus e portugueses que foram tidas em consideração para esse efeito;
- (iv) “Moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final”: no capítulo III.2 da Nota de Ilícitude (*“Determinação das sanções”* – parágrafos 772 a 829 da Nota de Ilícitude), fez-se, por fim, referência à moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, seguida da indicação dos critérios que, caso uma coima viesse a ser aplicada, a Autoridade

teria em consideração na determinação do respetivo montante, referindo-se designadamente, no âmbito de cada critério, as circunstâncias que se afiguravam relevantes.

579. Adicionalmente, na Nota de Ilícitude foram ainda comunicados às empresas visadas diversos aspetos relacionados com a origem e tramitação do PRC/2017/5 (secção I da Nota de Ilícitude – “*Do processo*”), nomeadamente como é que a AdC teve notícia da infração²⁰⁷, quando é que foi aberto o inquérito²⁰⁸ e quais as diligências probatórias realizadas²⁰⁹.
580. Por fim, na secção II da Nota de Ilícitude – “*Dos Factos*” –, para além da factualidade relativa à conduta anticoncorrencial propriamente dita, a AdC abordou ainda as dimensões de produto e geográfica dos mercados em causa, assim como a posição das empresas visadas nesses mesmos mercados (capítulo II.2 da Nota de Ilícitude²¹⁰).
581. À luz do exposto, fica patente que as exigências de conteúdo da Nota de Ilícitude foram respeitadas na íntegra no presente processo, tendo sido comunicados às visadas, todos os elementos necessários para que pudessem, individualmente, exercer os seus direitos de defesa previstos na LdC, no RGCO e na CRP, inexistindo como tal, a este respeito, qualquer violação desses mesmos direitos.
582. No que respeita à invocada utilização na Nota de Ilícitude de uma técnica remissiva e seleção de elementos de prova para ilustrar a prática da infração, saliente-se que a utilização de uma tal metodologia (que, como se demonstrará, não acarreta qualquer indeterminação) não pode relevar nos termos alegados pela Auchan, uma vez que a Nota de Ilícitude é esclarecedora quanto à recondução da conduta das visadas às normas legais aplicáveis e à imputação objetiva e subjetiva da infração em causa, permitindo-lhes ponderar a eventual “*oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial*” da decisão final.
583. Ou seja, é patente que, relativamente à visada Auchan e a todas as visadas, o exercício dos seus direitos de defesa não ficaram frustrados pelas alegadas insuficiências que a

²⁰⁷ Reproduzida na presente Decisão no capítulo I *supra*.

²⁰⁸ Reproduzida na presente Decisão no capítulo I *supra*.

²⁰⁹ Reproduzida na presente Decisão no capítulo I *supra*.

²¹⁰ Reproduzida na presente Decisão no capítulo III *infra*.

Nota de Ilícitude pudesse conter, sendo sempre possível percorrer o raciocínio da Autoridade – que se encontra exhaustivamente descrito – e dele extrair as devidas conclusões.

584. Mas tais alegadas insuficiências, efetivamente, não existem na Nota de Ilícitude. Como já se referiu *supra*, todos os meios de prova relativos e imputados a todas as visadas foram elencados na Nota de Ilícitude.
585. É certo que, para ilustrar tipos de comportamentos, foram citados documentos e/ou usadas reproduções relativas a documentos concretos, mas tal não significa que a AdC tenha deixado de imputar a cada visada todos os outros documentos, da mesma tipologia, que não reproduziu expressamente na Nota de Ilícitude (cf. a esse propósito, os capítulos II.3.3.1 a II.3.3.3 da Nota de Ilícitude).
586. Aliás, nem o texto da Nota de Ilícitude exigiria ou se compadeceria, do ponto de vista da inteligibilidade e adequação, a uma reprodução integral do conteúdo de todos os documentos imputáveis a cada visada, bastando-se – até para evitar repetições desnecessárias – com a menção dos mesmos e sua imputação concreta a cada visada.
587. Por outras palavras, em concreto, no presente processo, não se verificaram quaisquer insuficiências nos termos e com as consequências alegadas. Nem quanto aos factos imputados, nem quanto à sua qualificação normativa, nem ainda, finalmente, quanto à prova que os sustenta.
588. Em face do exposto, improcedem as alegações suscitadas quanto à alegada nulidade da Nota de Ilícitude por violação das garantias de defesa da visada.

II.13 Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça efetiva ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan

II.13.1 Posição da visada Auchan

589. Na sua PNI, a Auchan vem contestar o facto de a AdC lhe imputar uma infração jusconcorrencial muito grave com base em indícios que resultam de meios de prova que identificam também outras insígnias que não foram “constituídas” visadas no processo, como é o caso da E. Leclerc, Dia Minipreço ou da Lidl.
590. Vem, por esse motivo, defender a nulidade da Nota de Ilícitude por existir ou “*uma grosseira violação do princípio da legalidade e da justiça relativa (que se traduz numa*

clara ausência de inquérito relativamente àquelas empresas, o que configura uma nulidade insanável nos termos das alíneas d) e b) do artigo 119.º do CPP) ou [por] erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação à Auchan que determina a nulidade da decisão na parte em que se apoie nestes documentos (por manifesta violação do n.º 10 do artigo 32.º, artigos 277.º e 283.º do CPP, alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC ex vi artigo 4.º do CPP)”.

II.13.2 Apreciação da Autoridade

591. A AdC não contesta que alguns meios de prova utilizados na Nota de Ilícitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.
592. Também não contesta que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, se aplicam, *mutatis mutandis*, a tais insígnias.
593. Finalmente, não se contesta que tais empresas de distribuição não foram investigadas no presente processo de contraordenação.
594. Trata-se, no entanto, de uma matéria que, em primeiro lugar, não deverá ser objeto de análise em sede de questões prévias.
595. Uma questão prévia é uma questão que pode prejudicar a análise dos factos e do direito no âmbito da presente Decisão. O facto de a Auchan discordar das conclusões da Autoridade quanto aos factos e ao direito não consubstancia uma questão prévia. Constitui, isso sim, matéria que deverá ser (e será) analisada em sede de apreciação dos factos e respetiva qualificação (direito).
596. Não obstante e em segundo lugar, cumpre à AdC no presente capítulo demonstrar a improcedência das nulidades arguidas pela visada.
597. De acordo com um princípio de justiça relativa, para situações iguais deve ser aplicado o mesmo critério jurídico.
598. Sucede que, no presente processo, o recurso a este princípio não resulta na igualdade de posições sustentada pela visada Auchan para outras insígnias que não as empresas de distribuição visadas.
599. Ou seja, a posição das empresas Lidl, Leclerc e Dia Minipreço, não visadas no Processo, embora teoricamente pudesse parecer semelhante, não é, em concreto,

coincidente com a posição da Auchan e das restantes empresas de distribuição visadas, *maxime* em termos factuais e probatórios.

600. O facto de estas empresas surgirem identificadas em alguns meios de prova relevantes para efeitos de imputação da prática ilícita a algumas visadas pelo processo, não significa, sem mais, que a AdC esteja em posse de meios de prova suficientes para suportar um eventual envolvimento que culminasse numa imputação às mesmas nos termos da LdC, da infração que se imputa às (efetivas) visadas, tal como se demonstrará de forma detalhada *infra* nos parágrafos 941 a 959 da presente Decisão.
601. Não se tratando de situações iguais, nunca poderia o princípio da justiça relativa ter sido violado, nem, tão-pouco, o facto de aquelas empresas não terem sido investigadas, como visadas, no presente processo se consubstancia numa nulidade insanável, nos termos das alíneas *b)* e *d)* do artigo 119.º do CPP.
602. Por fim, nas palavras da visada, a Auchan vem arguir “*em alternativa*” a nulidade da Nota de Ilícitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação, nos termos conjugados das alíneas *b)* e *d)* do artigo 119.º do CPP, bem como do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, artigo 277.º e 283.º do CPP e alínea *c)* do n.º 1 do artigo 615.º do Código de Processo Civil (“CPC”) *ex vi* artigo 4.º do CPP.
603. Tal como referido *supra*, primeiramente importa sublinhar que não se concebe como é que estas alegações poderiam, mesmo na hipótese de terem alguma correspondência com a realidade, consubstanciar uma violação dos direitos de audição e defesa da Auchan, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
604. Com efeito, a verificar-se, conforme entendimento da Auchan, que os elementos de prova constantes dos autos não corroboram as conclusões da AdC quanto à factualidade relevante, a PNI é precisamente o instrumento processual adequado para a Auchan fornecer a sua visão dos factos vertidos pela AdC na NI.
605. A Auchan tem direito a discordar do entendimento da Autoridade, tendo expressado as razões da sua discordância na sua PNI. Só não se concebe como é que o facto de a Auchan ter um entendimento diverso do entendimento da Autoridade, que oportunamente expressou na sua PNI, no exercício do seu direito de defesa constitucionalmente consagrado, constitui uma violação desse mesmo direito de defesa, gerador de uma nulidade.

606. Não obstante a Auchan estar precisamente a exercer o seu direito de defesa, facilmente se compreende que a arguição de nulidade da Nota de Ilícitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação não pode colher.
607. Na verdade, se a AdC tivesse levado a cabo, efetivamente, uma narrativa baseada em pressupostos de facto errados, levando a uma contradição entre factos e acusação, caberia à Auchan corroborar essa sua alegação demonstrando em que medida a AdC, pelo facto de não envolver outras (determinadas) empresas de distribuição retalhista como visadas, se contradiz nos factos que imputa à Auchan.
608. O simples facto de a Auchan não concordar com a AdC ou o facto de questionar a Autoridade sobre os motivos que levaram a que determinadas insígnias mencionadas em elementos probatórios relevantes constantes dos autos não tivessem assumido a qualidade de visadas não pode, por si só, determinar a nulidade da NI, nos termos arguidos.
609. Veja-se, nesse mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de fevereiro de 2017²¹¹ quando refere que “[o]corre a nulidade prevista no art. 615º, nº 1, al. c) do CPC quando os fundamentos referidos pelo juiz conduziram necessariamente a uma decisão de sentido oposto ou, pelo menos, de sentido diferente, não se verificando quando a solução jurídica decorreu de interpretação dos factos, diversa da pretendida pelo arguente”.
610. Em suma, a mera afirmação, sem qualquer sustentação viável, de que a AdC parte de um pressuposto errado e de que os factos entram em contradição com a acusação não determinam a nulidade da Nota de Ilícitude.
611. No caso concreto, como se aflorou acima e se demonstrará em maior detalhe *infra*, tal erro e contradição nem sequer se verificam.
612. A referida matéria será, contudo, melhor analisada em sede de apreciação nos factos, sendo nessa sede que a Autoridade avaliará os argumentos trazidos à colação pela Auchan (cf. parágrafos 941 a 959 da presente Decisão).

²¹¹Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3203f4ba3a25a65802580c300346a38?OpenDocument>.

II.14 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional

II.14.1 Posição das visadas Auchan e Bimbo Donuts

613. Na PNI, a Auchan alega que a AdC não dispõe de elementos probatórios para demonstrar que, em cada ano (de 2004 a 2017), a Auchan praticou cada um dos quatro sub-comportamentos que permitiriam preencher o ilícito de *hub and spoke*, bem como é de descartar a qualificação da infração como de execução permanente²¹².
614. Assim, entende a Auchan que, de acordo com o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 74.º da LdC, os factos suscetíveis de constituírem ilícitos contraordenacionais praticados, pelo menos, cinco anos antes da prática de atos passíveis de interromper o prazo de prescrição – o que apenas teria ocorrido no dia 16.02.2017, com a realização de buscas nas instalações da Auchan –, já teriam prescrito.
615. Por estas razões a visada invoca a prescrição quanto aos factos suscetíveis de constituírem elementos do tipo de ilícito contraordenacional em causa, especificamente imputados à Auchan, praticados entre 28.10.2004 e 16.02.2012
616. Por seu turno, a Bimbo Donuts alega que os factos ocorridos até 30.05.2012 não podem ser objeto de investigação por considerar que “já ocorreu a prescrição do eventual procedimento contraordenacional que tivesse por objeto tal período²¹³”.
617. Esta visada considera que, face aos anos de 2004 a 2009, se verificou uma mudança radical no comportamento do mercado e dos seus *players* entre os anos de 2010 a 2012, o que, alegadamente, “tornou insustentável [a partir deste período] qualquer prática colusiva que pudesse ter existido até ao ano de 2009”, o que, por sua vez, no entender da visada, faz cair por terra a tese de uma prática que ocorreu ininterruptamente de 2004 a 2017²¹⁴.
618. Por outro lado, a Bimbo Donuts refere ainda que, não tendo a AdC feito prova do comportamento anticoncorrencial *sub judice* entre o período de 2010 a 2012, este terá de ter terminado em 2010. Assim, considera que a Autoridade não poderá “condenar a

²¹² Cf. capítulo III.5 da PNI Auchan.

²¹³ Cf. capítulo VI. da PNI Bimbo Donuts.

²¹⁴ Cf. capítulo VI. da PNI Bimbo Donuts.

*Visada por algo que não existiu, para os anos de 2010 a 2012, nem pode condenar a Visada por eventuais comportamentos que ocorreram até então, porquanto o procedimento contraordenacional se encontra prescrito*²¹⁵.

619. A Bimbo Donuts entende que, pese embora existam mensagens de correio eletrónico que permeiam todo o período considerado, isso não será suficiente, segundo a visada, *“se delas não se retira a existência de um hub and spoke.”*²¹⁶.
620. Refere, assim, que, atendendo às características do mercado em causa, não pode descurar-se a necessidade de à AdC ser exigido provar contactos frequentes, mormente diários, entre as visadas, sob pena de, perante um *“qualquer período em que não haja uma abundante troca de emails com conteúdo comprometedor”*, ter de se concluir que a prática, durante esse período, teria estado interrompida, suspensa ou até mesmo terminada²¹⁷. Ademais, considera que *“nunca a AdC poderia basear-se apenas numa ausência de descontinuidade (...) para que a prática fosse tomada como contínua”* e que deveria a Autoridade *“fazer prova positiva da prática e não da ausência de prova em sentido contrário”*²¹⁸.
621. Neste sentido, alega que a Autoridade fez uso da doutrina do distanciamento público, considerando que não poderá nunca fazê-lo para afastar uma interrupção, suspensão ou fim do comportamento anticoncorrencial, sem antes provar a existência da infração.
622. Neste sentido, a visada conclui que:
- (i) Atentas as características do mercado, sobretudo no período de 2010 a 2012, não existiu infração;
 - (ii) Na inexistência de infração entre 2010 e 2012, então os factos imputados por referência ao período de 2004 a 2009 estão prescritos, de acordo com a alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º do anterior regime jurídico da concorrência;
 - (iii) Mesmo que existissem factos puníveis entre 2010 e 2012, estes estariam, de igual modo, prescritos, à luz da alínea b) do n.º 1 da LdC.

²¹⁵ Cf. §519 da PNI Bimbo Donuts.

²¹⁶ Cf. §489 da PNI Bimbo Donuts.

²¹⁷ Cf. §505 da PNI Bimbo Donuts.

²¹⁸ Cf. §490 e 492 da PNI Bimbo Donuts.

II.14.2 Apreciação da Autoridade

623. Apreciada a argumentação das visadas a este respeito, a Autoridade considera-a improcedente, pelas razões que se seguem.
624. Em primeiro lugar, a Autoridade reafirma estar em causa nos autos uma (única) infração de natureza permanente, consubstanciada numa prática concertada restritiva da concorrência, nos termos que se detalharão *infra* (cf. capítulo IV.1.5 da presente Decisão).
625. Ou seja, por um lado é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das empresas visadas, que decorre não só do facto de existirem mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento ou circunstância do período considerado, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que alguma das empresas visadas tenha alguma vez posto termo aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).
626. A referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo momento da consumação perdurou no tempo, enquanto subsistiram os comportamentos ilícitos das visadas.
627. Neste sentido salienta-se que, segundo o TRL, o que caracteriza as infrações de consumação instantânea “é a circunstância de a sua configuração típica levar pressuposta a ideia de que o desvalor do resultado ou da ação se esgota no preciso momento em que o facto tipicamente descrito é realizado pelo agente” (sublinhado original). Diferentemente, nas infrações permanentes, “[o] facto punível cria um estado antijurídico mantido pelo autor (que tem a faculdade de lhe pôr termo a qualquer altura), cuja permanência gera a realização ininterrupta do tipo, ou seja, o facto renova-se continuamente”²¹⁹.

²¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 14.06.2017, no processo n.º 36/16.0YUSTR.L1, disponível em <http://www.concorrenca.pt/>.

628. De igual modo, o STJ firmou o entendimento de que “[a] execução nos crimes permanentes toma necessariamente uma dupla feição: é uma acção seguida de uma omissão continuada. A acção agride o bem jurídico. E a omissão ofende o dever de pôr termo à situação criada.”²²⁰.
629. A este propósito e por outro lado, a Autoridade faz notar que este tipo de infração jusconcorrencial é, por natureza, tendencialmente secreta e difícil de detetar, os agentes envolvidos não só recorrem a meios de comunicação sofisticados que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo (como o caso do telefone ou do contacto presencial), como utilizam, regra-geral, uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, sempre que se referem ao tema preços recomendados ou preços de venda ao público, para além de, em alguns casos, chegarem mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir (cf. documento MCH1721).
630. Relativamente ao secretismo, importa ainda referir que o mesmo, inerente aos comportamentos anticoncorrenciais, é justificativo das menores interações que possam ser registadas. Neste sentido, refere a Advogada-Geral Kokott que²²¹:

*“É verdade que compete à Comissão provar não apenas a existência do acordo, mas também a sua duração. O Tribunal de Justiça reconhece, no entanto, que **as práticas ou acordos anticoncorrenciais por natureza visam não raramente manter o secretismo e, por conseguinte, a documentação que lhes diz respeito será reduzida ao mínimo. [...] Por conseguinte, na maior parte dos casos, a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial deve ser inferida de um determinado número de indícios e de coincidências que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras da concorrência. É evidente que os referidos indícios e coincidências não apenas podem permitir concluir pela mera existência de práticas ou acordos anticoncorrenciais, mas também quanto à duração de comportamentos***

²²⁰ Acórdão do STJ, de 18.04.2018, Proc n.º 29/18.2YRPRT.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 24.05.2021.

²²¹ Opinião apresentada em 08.12.2005 no âmbito do processo n.º C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/ Comissão das Comunidades Europeias*.

anticoncorrenciais continuados ou sobre o período de aplicação de acordos anticoncorrenciais”.

631. Acresce a circunstância lógica de, sempre que a prática concertada objeto do presente processo funciona e é implementada por todas as visadas, comportamentos traduzidos na monitorização e reporte, na correção de desvios e nas ações de pressão, coação ou retaliação por parte das visadas são, naturalmente, desnecessários. Nesse sentido e nessas situações, escassearão elementos probatórios de tais comportamentos.
632. Portanto, somente a análise da globalidade da prova constante dos autos poderá revelar os verdadeiros e reais contornos da prática em causa, sem que tenha de imputar-se a cada visada, necessariamente e para cada ano, todos os “sub-tipos” de comportamentos em que se traduziu essa prática concertada.
633. E o que a globalidade da prova revela no presente caso é que, independentemente do grau de participação de cada visada, ou da ocorrência de desvios face aos PVP concertados, os comportamentos ilícitos foram-se sucedendo ao longo do período de tempo considerado relevante, ao abrigo da estratégia conjunta de alinhamento de preços no mercado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão), sem que se vislumbre qualquer indício de comportamento que pusesse termo à prática ilícita ou qualquer indício de que a Bimbo Donuts ou a Auchan (ou outra visada) se tenham dela distanciado.
634. Na verdade, estas visadas poderiam ter posto fim aos comportamentos ilícitos em qualquer momento do período de tempo considerado relevante, mas mantiveram o mesmo tipo de comportamento que preenche os elementos do tipo objetivo e subjetivo da infração jusconcorrencial que lhes é imputado (cf. capítulos IV.1.3 e IV.1.4 da presente Decisão).
635. Deste modo, a um primeiro momento, traduzido na criação de um estado antijurídico, seguiu-se um outro, de voluntária manutenção daquele estado e do evento que o consubstanciou, que consistiu no não cumprimento das regras que impunham a remoção da conduta infratora e inerente compressão dos bens jurídicos ou interesses em que as ofensas se traduziram e/ou poderiam traduzir.
636. A referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva, assim, a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo

momento da consumação perdurou no tempo, enquanto subsistiram os comportamentos ilícitos das visadas.

637. A globalidade da prova demonstra, assim, que os comportamentos ilícitos subsistiram de forma permanente e sem quaisquer alterações durante todo o período de tempo considerado, não sendo aliás possível excluir que os referidos comportamentos tenham tido início em data anterior e/ou possa encontrar-se ainda em curso.
638. Considera-se, portanto, a existência de uma única infração que decorreu, de forma ininterrupta, no caso da Bimbo Donuts e da Auchan, entre, pelo menos, 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016 (cf. capítulos III.3.3.1, III.3.3.4, III.3.3.1.2, III.3.3.4.2 e IV.1.5, *infra*).
639. Sem prejuízo do exposto, atente-se à alegação da Bimbo Donuts referente à necessidade de a Autoridade provar contactos frequentes, mormente diários entre as visadas, de modo a poder retirar-se de “qualquer período em que não haja uma abundante troca de emails com conteúdo comprometedor” a circunstância de a infração ter sido interrompida, suspensa ou até mesmo terminada.
640. Tem sido tecido o entendimento de que:

“218 - A respeito de uma infração continuada, o conceito de plano de conjunto permite à Comissão presumir que a prática de uma infração não foi interrompida mesmo que, em relação a um determinado período, não disponha de provas da participação da empresa em causa na infração, desde que esta tenha participado na infração antes e depois desse período e desde que não existam provas ou indícios que permitam pensar que a infração foi interrompida em relação a essa empresa. Neste caso, a Comissão poderá aplicar uma coima por todo o período da infração, incluindo o período para o qual não dispõe de provas da participação da empresa em causa (v., neste sentido, acórdãos de 17 de maio de 2013, Trelleborg Industrie e Trelleborg/Comissão, T-147/09 e T-148/09, EU:T:2013:259, n.º 87, e de 16 de junho de 2015, FSL e o./Comissão, T-655/11, EU:T:2015:383, n.º 481).

“219 - No entanto, o princípio de segurança jurídica exige que, na falta de elementos de prova que permitam determinar diretamente a duração de uma infração, a Comissão invoque, pelo menos, elementos de prova relativos a factos suficientemente próximos no tempo, de modo a que se possa admitir com

razoabilidade que a infração perdurou ininterruptamente entre duas datas precisas (v. Acórdão de 16 de junho de 2015, FSL e o./Comissão, T-655/11, EU:T:2015:383, n.º 482 e jurisprudência referida)²²² (destaque da Autoridade).

641. Relativamente a aferir se o período de desfasamento probatório é relevante ou não para constituir uma interrupção da infração, atente-se que:

*“Embora o período entre duas manifestações de um comportamento ilícito seja um critério pertinente para se determinar o caráter continuado de uma infração, não deixa de ser certo que **a questão de saber se esse período é ou não suficientemente longo para constituir uma interrupção da infração não pode ser examinada em abstrato. Pelo contrário, tem de ser apreciada no contexto do funcionamento do cartel em causa** (v. Acórdão de 16 de junho de 2015, FSL e o./Comissão, T-655/11, EU:T:2015:383, n.º 483 e jurisprudência referida).²²³ (destaque da Autoridade).*

642. A duração da própria infração é também uma variável que não pode deixar de ser considerada. Com efeito, a existência de uma prática que se estende, pelo menos, por aproximadamente onze anos, no contexto em que já foi descrita, não poderia exigir uma constância diária, estanque e monotónica de contactos entre empresas.

643. Deverá, assim, ser também tido em consideração que, atenta a duração da infração jusconcorrencial em apreço, é incontestável que a prova subjacente ao presente processo assumia uma maior ou menor volatilidade, com diferentes níveis de condensação no tempo, consoante o atingimento ou não do desígnio anticoncorrencial.

644. O facto de se estar perante uma infração jusconcorrencial com esta duração, marcada por períodos mais ou menos extensos, atendendo à natural evolução da prática concertada, não prejudica a conclusão pela existência de uma infração única e continuada desde que, e conforme já *supra* demonstrado, os infratores prossigam (*rectius*, mantenham a prossecução de) um objetivo único.

645. Como refere o Advogado-Geral Nils Wahl, nas infrações permanentes, “a lógica é assegurar a aplicação efetiva da lei nos casos em que as infrações sejam constituídas

²²² Acórdão do Tribunal Geral de 10.11.2017, *Icap plc e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-180/15.

²²³ *Fresh Del Monte Produce, Inc./ Comissão Europeia*, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, §351.

*por um complexo de práticas anticoncorrenciais que podem assumir várias formas e evoluir ao longo do tempo*²²⁴.

646. E mais adianta que **“nos casos em que um conjunto de acordos e práticas seja executado durante um longo período de tempo, é normal que ocorram alterações no âmbito, na forma e nos participantes nesses acordos e/ou práticas durante o período relevante.** Sem a ajuda do conceito de infração única e continuada, a Comissão teria de respeitar um nível de prova mais exigente. Teria de identificar e provar a existência de vários acordos e/ou práticas concertadas anticoncorrenciais distintos, bem como identificar separadamente as partes envolvidas em cada um deles. O tratamento separado das práticas recriminadas também poderia, em alguns casos, resultar na prescrição do direito de ação contra acordos e/ou práticas concertadas mais antigos, o que tornaria a repressão menos eficaz” (destaque da Autoridade).

647. Considera, assim, aquele Advogado-Geral que:

“182 - O conceito de infração única e continuada constitui, portanto, uma regra processual.

*183 - Ao facilitar o ónus da prova das autoridades da concorrência, este conceito assume especial relevância no contexto da aplicação de coimas. Mais concretamente, **o facto de não terem sido apresentadas provas em relação a certos períodos específicos não impede que se considere provada a infração durante um período global mais longo.** No entanto, é necessário que essa conclusão seja corroborada por **indícios objetivos e coerentes** nesse sentido. Normalmente, **no âmbito de uma infração que se estende por vários anos, o facto de se determinar que um acordo foi aplicado durante diferentes períodos, que podem estar separados por intervalos mais ou menos longos, não afeta a existência do acordo enquanto tal, desde que os atos que constituem a infração prossigam uma única finalidade e se inscrevam no âmbito de uma infração de carácter único e continuado.** Com efeito,*

²²⁴ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 20.10.2016 no caso *Intel Corporation Inc./ Comissão Europeia*, processo n.º C-413/14 P, §180 e seguintes. Cf., no mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 21.09.2006, processo n.º C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging Voor De Groothandel Op Elektrotechnisch Gebied/ Comissão das Comunidades Europeias*.

assume particular relevância o facto de a Comissão ter conseguido provar a existência de um plano de conjunto para restringir a concorrência” (destaque da Autoridade).

648. Acresce que a Autoridade não se socorreu da “doutrina do distanciamento público”²²⁵ nos termos alegados pela visada Bimbo Donuts, tendo apenas procedido a um raciocínio lógico, em que a partir da inexistência de quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso entre, pelo menos, 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016 – circunstância conhecida e provada –, a que acresce a comprovada existência de elementos incriminatórios dispersos ao longo de todo esse período (anteriores e posteriores aos períodos de alegada interrupção ou suspensão), obteve a conclusão de um outro facto, *i.e.*, que os comportamentos *sub judice* se mantiveram ao longo de todos os anos do período de tempo considerado relevante para efeitos da infração.
649. De facto, tal como referido na Nota de Ilícitude, bem como na presente Decisão, o acervo probatório do processo “*sustenta a existência de comportamentos conducentes a uma fixação dos PVP dos produtos que fazem parte do portfolio da Bimbo Donuts, por via de uma prática concertada de hub and spoke, com o intuito de garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, em que estarão envolvidas todas as visadas, incluindo a Bimbo Donuts (...)*”.
650. Acresce que, no capítulo II.3 da Nota de Ilícitude e, *mutatis mutandis* no capítulo III.3 da presente Decisão, evidencia-se que a matéria de facto descrita demonstra que os comportamentos em investigação foram acontecendo de modo generalizado, constante

²²⁵ A aludida doutrina/critério tem tido o seu campo de aplicação no âmbito das práticas concertadas entre empresas (nomeadamente na hipótese de cartéis), em que, segundo o TJUE, por referência ao TGUE: “(...) o distanciamento público é exigido para que **uma empresa que participou em reuniões colusórias possa demonstrar que a sua participação não tinha espírito anticoncorrencial**. Para o efeito, **a empresa em causa deve demonstrar que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles** (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, [EU:C:2004:6](#), n.ºs 81, 82 e jurisprudência referida)”. Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17.09.2015, processo n.º C-634/13 P, *Total Marketing Services v Commission*, §20. Acresce que, “O Tribunal de Justiça também considerou que **a participação de uma empresa numa reunião anticoncorrencial cria uma presunção do carácter ilícito dessa participação, presunção que essa empresa deve ilidir fazendo prova de um distanciamento público que deve ser entendido como tal pelos outros participantes no cartel** (v., neste sentido, acórdão Comap/Comissão, C-290/11 P, [EU:C:2012:271](#), n.ºs 74 a 76 e jurisprudência referida)”. *Idem*, §21. (Sublinhados da Autoridade)

e organizado²²⁶. (sublinhado da Autoridade). Mais, não se exclui que “*a prática restritiva indiciada tenha tido início em data anterior e/ou se encontre ainda em curso*”²²⁷.

651. Desta feita, a conclusão a que a Autoridade chega de “*inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado, ou que demonstre que as visadas tenham feito algo para que a prática cessasse*”²²⁸, partiu da investigação desenvolvida²²⁹ e, conseqüente e necessariamente, da análise da globalidade da prova constante dos autos.

652. Reitera-se, é uma inferência lógica, assente nos factos apurados.

653. Mais, a mobilização da doutrina referida para o caso *sub iudice* nos termos sustentados pela visada mostra-se desadequada para o que pretende sustentar.

654. Por um lado, por que, atendendo à factualidade constante do processo, a Bimbo Donuts em nenhum momento demonstrou que se havia distanciado publicamente da prática concertada de “*hub and spoke*”, sendo tal intenção percebida pelas restantes partes envolvidas.

655. Como dispõe o TJUE, por referência às considerações do TG:

“O Tribunal Geral considerou que só se podia concluir pela cessação definitiva da participação de uma empresa num cartel se esta se tivesse distanciado publicamente do respetivo conteúdo e acrescentou que o critério determinante de apreciação para o efeito é a perceção que têm os restantes participantes num cartel da intenção da empresa em causa”²³⁰. (sublinhado da autoridade)

(...)

“Assim, como declarou o Tribunal Geral, mesmo quando não é contestado que uma empresa já não participa nas reuniões colusórias de um cartel, a mesma está obrigada

²²⁶ §390 da Nota de Ilícitude.

²²⁷ §758 da Nota de Ilícitude.

²²⁸ §396 da Nota de Ilícitude.

²²⁹ §449 da Nota de Ilícitude.

²³⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17.09.2015, processo n.º C-634/13 P, *Total Marketing Services v Commission*, §18.

*a distanciar-se publicamente deste, para que se possa considerar que deixou de participar, devendo a prova deste distanciamento ser apreciada na perspetiva dos restantes participantes nesse carte*²³¹. (sublinhado da Autoridade)

656. Por outro lado, por que ainda que a Autoridade tivesse tido em consideração a ausência de distanciamento público da Bimbo Donuts para concluir que esta participou ininterruptamente durante o período *supra* identificado, – o que não sucedeu, como já foi evidenciado –, há outros elementos que permitem concluir que a Bimbo Donuts participou na infração de forma contínua, *rectius* o facto de existirem várias mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado.
657. Este entendimento coaduna-se com a posição perfilhada na jurisprudência do TJUE, segundo a qual:
- “(...) no que se refere à participação não em reuniões anticoncorrenciais, mas numa infração que se prolonga por vários anos, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a falta de distanciamento público constitui apenas um dos elementos, entre outros, a tomar em consideração com vista a estabelecer se uma empresa efetivamente continuou a participar numa infração ou se, pelo contrário, deixou de o fazer (v., neste sentido, acórdão Comissão/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, [EU:C:2012:778](#), n.º 75)*²³²
658. No que respeita à menção da Auchan de que a primeira interpelação que recebeu, no contexto deste processo, ocorreu em 16 de fevereiro de 2017, data em que lhe foi notificado o mandado para a realização das diligências de busca e apreensão pela Autoridade e se interrompeu o prazo legal para a contagem do prazo de prescrição, o mesmo corresponde à realidade.
659. No que à Bimbo Donuts diz respeito, a referida interpelação ocorreu em 30 de maio de 2017, aquando da notificação do mandado para realização das diligências de busca e apreensão nas suas instalações, sendo este o momento tido por relevante para efeitos de interrupção do prazo legal de prescrição.

²³¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17.09.2015, processo n.º C-634/13 P, *Total Marketing Services v Commission*, §19.

²³² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17.09.2015, processo n.º C-634/13 P, *Total Marketing Services v Commission*, §23.

660. Ora, nos termos do n.º 3 do artigo 74.º da LdC, a prescrição do procedimento por contraordenação interrompe-se *“com a notificação [ao visado] de qualquer ato da Autoridade da Concorrência que pessoalmente o afete, produzindo a interrupção efeitos desde a notificação do ato a qualquer um dos visados pelo processo”*.
661. Assim, nos dias 16 de fevereiro de 2017 e 30 de maio de 2017 data de início das referidas diligências, a Auchan e a Bimbo Donuts, respetivamente, foram formalmente notificadas do mandado de busca e apreensão, bem como do despacho que determinou a respetiva autorização e ordem, constituindo esse um ato da Autoridade da Concorrência que pessoalmente as afeta.
662. Desta forma, o prazo de prescrição a considerar nos presentes autos (relativamente a atos ou comportamentos que tenham cessado em momento anterior) interrompeu-se, portanto, no dia 16 de fevereiro de 2017, relativamente à Auchan, e no dia 30 de maio de 2017, relativamente à Bimbo Donuts, encontrando-se o processo contraordenacional em tempo e cumprindo à Autoridade decidir o mesmo, sem prejuízo das suspensões do prazo prescricional ocorridas, impostas por determinação legal.
663. Por todo o exposto, em resposta aos argumentos invocados pela Bimbo Donuts e pela Auchan, e reforçando o que a este respeito a Autoridade já referiu na Nota de Ilícitude e na presente secção, é de salientar o seguinte:
- (i) Atentos os factos descritos e os elementos de prova juntos aos autos, o seu envolvimento no comportamento anticoncorrencial remonta a, pelo menos, 23 de março de 2005, mantendo-se até, pelo menos, 28 de junho de 2016, traduzindo-se numa infração jusconcorrencial permanente;
 - (ii) Por fim, tendo a primeira interpelação à Bimbo Donuts, no contexto deste processo, ocorrido em 30 de maio de 2017, este último não se encontra prescrito.
 - (iii) No que respeita à Auchan considera-se a existência de uma única infração, que decorreu de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 23 de março de 2005, mantendo-se até, pelo menos, 28 de junho de 2016. Por sua vez, o prazo de prescrição a considerar nos presentes autos (relativamente a atos ou comportamentos que tenham cessado em momento anterior) interrompeu-se no dia 16 de fevereiro de 2017, encontrando-se o processo contraordenacional em

tempo e cumprindo à Autoridade decidir o mesmo, sem prejuízo das suspensões do prazo prescricional em curso impostas por determinação legal.

664. Nestes termos, im procedem os argumentos gizados pelas visadas em causa, pelo que a Autoridade mantém inalterada a sua posição.

II.15 Da alegada nulidade das inquirições derivadas da falta de notificação de todas as visadas para comparecer

II.15.1 Posição da visada Pingo Doce

665. Conforme referido anteriormente, a AdC notificou, em 27 de maio de 2021, todas as visadas do relatório das diligências complementares de prova (“Relatório”), nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 25.º da LdC.

666. A Pingo Doce pronunciou-se sobre o Relatório em 14 de junho de 2021 (fls. 9094 a 9096 do processo).

667. Na sua pronúncia sobre o Relatório, a visada alega que as diligências complementares de prova realizadas na fase de instrução do processo, *i.e.* as diligências de inquirição de testemunhas e a audição oral, padecem de nulidade pelo facto de as co-visadas não terem sido notificadas e convocadas a comparecer e nelas participar.

668. No entender da visada Pingo Doce, são *“insanavelmente nulas tais audições, por ausência do visado e/ou do seu mandatário nas referidas audições, numa situação que é legalmente obrigatória a sua presença (artigo 119.º, alínea c) do CPP) ou, quando menos, de nulidade dependente de arguição, nos termos do artigo 120.º, n.º2, alínea d), por remissão dos artigos 13.º do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO”*²³³.

II.15.2 Apreciação da Autoridade

669. Desde logo, cumpre à Autoridade esclarecer que a questão trazida à colação pela Pingo Doce é expressamente regulada pelo disposto nos artigos 25.º e 26.º da LdC, inexistindo motivo para a aplicação subsidiária do regime do CPP nesta matéria.

670. A instrução do processo contraordenacional da concorrência é regulada pela LdC, distinguindo-se da instrução no processo penal.

²³³ Cf. §8 da pronúncia da Pingo Doce ao Relatório.

671. Sucede que o regime previsto nos artigos 25.º e 26.º da LdC não prevê a possibilidade de uma visada presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de uma co-visada (ou seja, no que à situação que agora se aprecia, na audiência oral), nem ainda nas diligências complementares de prova por esta última requeridas.
672. Nos termos das referidas disposições legais, cada visada exerce o seu direito de defesa mediante a pronúncia por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo e que lhe foram dadas a conhecer com a notificação da nota de ilicitude, podendo complementar a referida pronúncia mediante o requerimento de uma audiência oral, bem como através da solicitação das diligências complementares de prova que entenda convenientes (cf. artigo 25.º da LdC).
673. Nestes casos, o (eventual) exercício do contraditório por co-visadas sobre as provas produzidas no contexto do exercício do direito de defesa de uma visada ou na sequência das diligências complementares de prova realizadas é efetuado nos termos do n.º 8 do artigo 26.º ou do n.º 5 do artigo 25.º da LdC, mediante a pronúncia escrita sobre os elementos probatórios apurados na fase de instrução.
674. Como se constata, a LdC não é, de todo, omissa nesta matéria, inexistindo qualquer lacuna a preencher.
675. Com efeito, o direito contraordenacional tem especificidades que justificam a não aplicação direta e global aos processos dos princípios constitucionais próprios do processo penal, designadamente do n.º 4 do artigo 32.º da CRP.
676. Em processo contraordenacional da concorrência, do princípio do contraditório não resulta, portanto, o direito de uma visada presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de uma co-visada, nem ainda o de estar presente e intervir nas diligências complementares de prova por ela solicitadas, mas sim o direito ou, no caso da audiência oral, a possibilidade de se pronunciar por escrito, nos termos do n.º 8 do artigo 26.º e do n.º 5 do artigo 25.º da LdC, sobre os resultados produzidos pelos atos realizados.
677. O Tribunal Constitucional²³⁴ já se pronunciou sobre a questão *sub judice*, determinando a inexistência de inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 26.º da LdC, quando

²³⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 73/2012, de 08.02.2012, proferido no âmbito do processo n.º 733/10.

interpretada no sentido de não conferir aos demais arguidos e respetivos defensores, em processo contraordenacional, o direito de assistir e participar na audiência oral nela prevista.

678. Decidiu esse Tribunal, referindo que *“do princípio do contraditório não resulta – nem em processo contraordenacional, nem, acrescente-se em processo penal – o direito de um arguido presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de um outro arguido, que como vimos, é do que trata a audiência oral aqui questionada”*, bem como *“as declarações prestadas pelo arguido, em audiência oral ou o eventual fornecimento de prova, que aí tenha lugar em nada prejudicam os direitos dos demais coarguidos, nomeadamente, o seu direito ao contraditório, pois é-lhes garantida a possibilidade de contraditarem esse depoimento e de oferecerem prova (ou requererem a sua produção) em contrario”*, concluindo que a audiência oral se consubstancia num *“ato que respeita diretamente aquela arguida que, através da audiência oral, pretende apresentar a sua defesa”*.
679. Importa também referir que o TCRS, no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E²³⁵, ao analisar a mesma temática, entendeu também que *“o quadro legal consagrado no Regime Jurídico da Concorrência, não concede às co visadas o direito de assistir a diligências complementares de prova de inquirição de testemunhas, quando tais diligências hajam sido requeridas por outras visadas, contanto o necessário direito ao contraditório se efetive no momento processual próprio com as limitações decorrentes do procedimento instituído. Em face do exposto, já porque não existe qualquer lacuna, já porque não cabe qualquer acolhimento da norma contida no artigo 289.º do Código de Processo Penal, já porque tal se assume conforme à Constituição da República Portuguesa, e sem que assim se descortine qualquer nulidade, decai a pretensão da Recorrente e improcede o respetivo recurso”*²³⁶.
680. Inexiste, pois, qualquer nulidade nos termos alegados pela Pingo Doce.

²³⁵ Cf. sentença do TCRS de 09.10.2020 no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E já transitada em julgado.

²³⁶ No mesmo sentido, sentenças do TCRS proferidas no âmbito dos Processos n.ºs 225/15.4YUSTR-J, 225/15.4YUSTR-L, 225/15.4YUSTR-M e 225/15.4YUSTR-P.

III DOS FACTOS

III.1 Identificação e caracterização das Visadas

III.1.1 Bimbo Donuts

681. A Bimbo Donuts (anteriormente denominada Panrico – Produtos Alimentares, Lda.) resultou da operação de concentração realizada em 2016, através da qual o grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. (doravante Grupo Bimbo) adquiriu, por intermédio da sua subsidiária Bakery Iberian Investments, S.L. (“Bakery Iberian Investments”), a totalidade das ações representativas da Panrico S.A.U. (“Panrico”), detida a 100% pela Oaktree Capital Holdings GP, LLC.²³⁷.
682. Fora do objeto desta aquisição ficaram os ativos respeitantes ao negócio de pão e de substitutos de pão de marca Panrico que, por sua vez, foram alienados à Nutpor – Breads Unipessoal, Lda., subsidiária do grupo Adam Foods^{238, 239}.
683. Em concreto, o Grupo Bimbo adquiriu 100% do capital social da ex-Panrico, tendo, em paralelo, transmitido os negócios de comercialização de pão pré-embalado com marcas de fabricante “Panrico” e de substitutos de pão da ex-Panrico para a Nutpor/Adam Foods.
684. Anteriormente às duas concentrações *supra* referidas, o grupo Panrico encontrava-se presente no mercado português através das suas subsidiárias, a então denominada Panrico – Produtos Alimentares Lda. e a Panibolos, Lda. Na sequência daquelas operações de concentração e, com a exceção dos ativos alienados ao grupo Adam Foods, a Panrico passou a integrar a esfera jurídica da Bakery Iberian Investments.
685. Importa referir que o Grupo Bimbo, de capital mexicano, já se encontrava ativo em Portugal desde 2011²⁴⁰, representado pela Bimbo Donuts Iberia, S.A.U. (“Bimbo Iberia”),

²³⁷ Cf. Decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo.

²³⁸ Cf. Decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent.19/2016 (Nutpor/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo.

²³⁹ As referências anteriores à fusão em 2016 levam em consideração a existência de duas empresas distintas, Grupo Bimbo e Panrico, mas para facilitar a leitura da presente Decisão, estas serão denominadas por Bimbo Donuts.

²⁴⁰ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/bimbo-iberia>, consultado em 28 de janeiro de 2020, e disponível a fls. 6882 do processo.

detida a 100% pela Bakery Iberian Investments, concentrando a sua atividade no setor da padaria e pastelaria.

686. A atual Bimbo Donuts (inicialmente denominada como Panrico – Produtos Alimentares Lda.) é, assim, o resultado da fusão do negócio do grupo Bimbo já existente em Portugal com o negócio prosseguido pela Panrico, com a exceção dos ativos alienados ao grupo Adam Foods²⁴¹.
687. A visada Bimbo Donuts é detida pela Bimbo Iberia (54,86%) e pela Bimbo S.A.U (45,14%) que, por sua vez, são controladas em exclusivo pela Bakery Iberian Investments. A Bakery Iberian Investments é detida pelo Grupo Bimbo²⁴².
688. A Bimbo Donuts, enquanto subsidiária do Grupo Bimbo e representante comercial da Bakery Iberian Investments no território português, incorpora, desde 2017, toda a atividade comercial que o Grupo Bimbo já detinha em Portugal antes da aquisição da Panrico, incluindo o negócio de pão e substitutos de pão de marca Bimbo²⁴³.
689. Destarte, a Bimbo Donuts é o resultado da fusão do negócio Bimbo em Portugal com uma parte dos negócios prosseguidos pela Panrico, com exclusão dos ativos referentes a pão e substitutos de pão de marca Panrico.²⁴⁴
690. A visada é uma sociedade por quotas, com capital social de 5.002.000 € e tem por objeto a *“fabricação, distribuição e comercialização de produtos alimentares em geral e ainda de produtos de pastelaria, padaria e confeitaria”*²⁴⁵.
691. Segundo a Bimbo Iberia, esta empresa é *“uma das maiores organizações do setor alimentar da Península Ibérica”*²⁴⁶. A sua visão é *“transformar a indústria da panificação”* e *“expandir a liderança global para servir mais e melhor”* os seus consumidores²⁴⁷.

²⁴¹ Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos da AdC, fls. 4102 do processo.

²⁴² Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos da AdC, fls. 4151 do processo.

²⁴³ Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos da AdC, fls. 4102 do processo.

²⁴⁴ Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos da AdC, fls. 4102 do processo.

²⁴⁵ Cf. certidão de registo comercial da Bimbo Donuts, a fls. 6363 do processo.

²⁴⁶ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/bimbo-iberia>, consultado em 28 de fevereiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁴⁷ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/missiao-visao-valores>, consultado em 28 de fevereiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

692. A empresa afirma ainda que, em termos logísticos, possui sete fábricas de pão, bolaria e tostas em Espanha e uma fábrica de pão e bolaria em Portugal. Além das fábricas, a empresa ainda detém setenta e três delegações de vendas, sendo que treze estão localizadas em território português. A rede fabril é complementada por mil e duzentas rotas, que cobrem toda a Península Ibérica, Ilhas Baleares e Ilhas Canárias²⁴⁸.
693. Em termos de *portfólio*, a Bimbo Donuts considera os seus produtos como “*muito bem aceites pelo consumidor, tornaram-se líderes de mercado nas categorias de padaria e pastelaria*”²⁴⁹, incluindo-se as marcas Bimbo, Oroweat e Thins²⁵⁰ no segmento de pão pré-embalado e tostas e as marcas Donuts²⁵¹, Donettes²⁵², Bollycao²⁵³ e Manhãzitos²⁵⁴ no segmento de bolos.
694. O volume de negócios realizado pela Bimbo Donuts em 2020 foi de 73.537.774 €²⁵⁵.
695. O volume de negócios realizado pelo Grupo Bimbo em 2020 foi de 14.099.275.980 €²⁵⁶.
696. O volume de negócios realizado pela Bimbo Donuts com produtos de marca própria para revenda no mercado da distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2008 e 2017 consta da Tabela 1 *infra*.

²⁴⁸ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/onde-estamos>, consultado em 28 de fevereiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁴⁹ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/bimbo-iberia>, consultado em 3 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵⁰ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.bimbo.pt/bimbo/as-nossas-marcas/bimbo>, consultado em 03 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵¹ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <http://donuts.pt/>, consultado em 3 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵² Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <http://www.donutsiberia.es/pt/>, consultado em 3 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵³ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <http://bollycao.pt/>, consultado em 3 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵⁴ Cf. sítio da empresa Bimbo na Internet, disponível em <https://www.manhazitos.pt/>, consultado em 3 de março de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵⁵ Cf. Resposta da Bimbo Donuts a pedido de elementos da AdC, registada sob o n.º E-AdC/2021/5012 (fls. 9128 a 9132 do processo).

²⁵⁶ Cf. sítio do Grupo Bimbo na Internet, disponível em <https://grupobimbo-com-custom01-assets.s3.amazonaws.com/s3fs-public/GB-Annual-Report-2020.pdf>, consultado em 15 de novembro de 2021, e cópia junta aos autos a fls. 9204 do processo. Cálculo realizado com base no volume de negócios de 331.051.000.000 pesos mexicanos (cf. página 172 do Relatório Anual 2020 do Grupo Bimbo) e taxa de câmbio de 15 de novembro de 2021 de 23,48 pesos mexicanos por euro.

III.1.2 Auchan

697. A visada Auchan Retail Portugal (“Auchan”) é uma sociedade anónima, com um capital social de 84.055.000 €, e tem por objeto “*o comércio e indústria de géneros alimentícios e não alimentícios e de todo o tipo de artigos compreendidos no ramo de hipermercados e supermercados e comércio especializado de produtos alimentares e não alimentares, incluindo venda de animais e respetiva alimentação, flores, plantas, sementes e fertilizantes, incluindo o comércio por via eletrónica, o comércio geral de exportação e importação, a venda de medicamentos não sujeitos a receita médica e de produtos de dermocosmética e prestação de serviços farmacêuticos e outros relacionados com a promoção da saúde e do bem-estar geral incluindo cuidados de beleza, estética, podologia, terapias alternativas e afins, a comercialização de produtos óticos e prestação de serviços com eles relacionados, bem como a exploração e oferta de redes e ou serviços de comunicações eletrónicas, atividade de restauração, a exploração e gestão de centros comerciais, etc.*”²⁵⁷.
698. A Auchan é a empresa operacional do Grupo Auchan para a área da distribuição retalhista, atuando através de um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “*Jumbo*”, “*Pão de Açúcar*” e “*MyAuchan*”.
699. No âmbito de uma operação de reestruturação do Grupo Auchan foi aprovada, por deliberação de 27 de dezembro de 2019²⁵⁸, uma fusão, mediante a transferência global do património da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A. (“Auchan SGPS”) por incorporação na sociedade Auchan. Esta fusão teve o propósito de concentrar numa única sociedade a gestão de participações sociais com a própria atividade operacional de distribuição, e como tal, efetuar esta operação de concentração na sociedade Auchan²⁵⁹.

²⁵⁷ Cf. Certidão de registo comercial da Auchan, a fls. 6389 do processo.

²⁵⁸ Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Ato Societário e de outras entidades, disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 6 de abril 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁵⁹ Cf. projeto de fusão da Auchan Retail Portugal, S.A. por incorporação da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS,S.A., disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 6 de abril de 2020, e cópia junta aos autos a fls.6882 do processo.

700. A fusão foi inscrita na Conservatória do Registo Comercial competente a 06 de fevereiro de 2020²⁶⁰, momento em que se deu a extinção da Auchan SGPS, transmitindo-se a universalidade dos respetivos direitos e obrigações para a sociedade incorporante (Auchan).
701. Na medida em que a acionista da sociedade incorporante era a sociedade fundida, as ações da Auchan, detidas pela Auchan SGPS, foram transferidas para a acionista única desta, a Auchan Portugal, S.A. Por outro lado, os restantes ativos e passivos da Auchan SGPS foram transferidos para a Auchan²⁶¹.
702. De facto, anteriormente à fusão operada entre a Auchan e a Auchan SGPS, as duas empresas integravam o grupo empresarial denominado “Grupo Auchan”, maioritariamente detido pela Auchan Retail International, S.A. (98,23%), uma sociedade de direito francês que é detida a 99,99% pela Auchan Holding que, por sua vez, unifica as gestão e organização das três divisões de operação deste grupo económico (retalho, imobiliário e banca)²⁶².
703. A Auchan SGPS era uma sociedade gestora de participações sociais, controlada em exclusivo pela Auchan Portugal, S.A., que tinha por único objeto social a gestão de ativos noutras sociedades do Grupo Auchan, pelo que não realizava qualquer outra atividade económica e não apresentava volume de negócios²⁶³.
704. Em virtude da fusão *supra* mencionada, a estrutura societária do Grupo Auchan foi alterada, passando a Auchan a ter como acionista a sociedade Auchan Portugal, S.A. (100%).
705. O volume de negócios realizado pela Auchan em 2020 foi de 1.447.605.990 €²⁶⁴.

²⁶⁰ Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Acto Societário e de outras entidades, disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 6 de abril de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁶¹ Cf. Projeto de fusão da Auchan Retail Portugal, S.A. por incorporação da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A., disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 6 de abril de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁶² Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21 de janeiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁶³ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21 de janeiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6882 do processo.

²⁶⁴ Cf. Demonstração de resultados da Auchan, a fls. 9105 (frente) do processo.

706. O volume de negócios realizado pela Auchan com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos²⁶⁵ no mercado de distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2004 e 2017 consta da Tabela 2 *infra*.

III.1.3 Pingo Doce

707. A visada Pingo Doce integra um grupo empresarial denominado “Grupo Jerónimo Martins”, que se encontra ativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar (o qual representa mais de 95% das vendas consolidadas do Grupo²⁶⁶), em Portugal, na Polónia e na Colômbia.

708. A Pingo Doce é uma sociedade anónima, exclusivamente detida pela JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A., com um capital social de 33.808.115 €, e que tem por objeto a “*produção e comércio de produtos alimentares e não alimentares, incluindo medicamentos não sujeitos a receita médica e, de um modo geral, de todos os produtos de grande consumo, a exploração de centros comerciais, a prestação de serviços e ainda o de importações e exportações*”²⁶⁷.

709. A Pingo Doce é a sociedade operacional do Grupo Jerónimo Martins que se dedica ao negócio de distribuição alimentar em Portugal através da exploração de um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas ou insígnias “*Pingo Doce*” e “*Pingo Doce & Go*”.

710. Em Portugal, no âmbito do setor alimentar, a Jerónimo Martins (*holding* de várias subsidiárias do Grupo Jerónimo Martins) controla, a título exclusivo, as sociedades Best-Farmer – Actividades Agro-Pecuárias, S.A., Jerónimo Martins – Agro-Alimentar, S.A., Jerónimo Martins – Lacticínios de Portugal, S.A., Jerónimo Martins Restauração e Serviços, S.A., Recheio – Cash & Carry, S.A., Recheio, SGPS, S.A. e Seaculture – Aquicultura, S.A., e a título conjunto, a JMR – Gestão de Empresas de Retalho, SGPS,

²⁶⁵ A Auchan refere não dispor de informações desagregadas, tendo disponibilizado as informações solicitadas pela Autoridade de acordo com sua categoria interna, a saber “Mercearia Doce”, a qual poderá incluir outros produtos.

²⁶⁶ Cf. sítio da empresa Jerónimo Martins na Internet, disponível em <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/>, consultado em 21 de janeiro de 2020, e cópia junta aos autos a fls.6882 do processo.

²⁶⁷ Cf. Certidão de registo comercial da Pingo Doce, a fls. 6401 do processo.

S.A. (com uma participação de 51,00%), a JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A. (51,00%) e a Lidosol II Distribuição de Produtos Alimentares, S.A. (51,00%)²⁶⁸.

711. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce em 2020 foi de 4.153.127.932 €²⁶⁹.

712. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2010 e 2017 consta da Tabela 3 *infra*.

III.1.4 MCH

713. A visada MCH insere-se num universo empresarial denominado “Grupo Sonae”, com presença em múltiplos setores de atividade em Portugal, designadamente no da distribuição retalhista de base alimentar²⁷⁰.

714. A MCH é uma sociedade anónima, com o capital social de 385.827.000€, exclusivamente detida pela Modelo Continente e que tem por objeto o *“comércio retalhista e armazenista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, grandes armazéns, charcutarias, confeitarias, cafés, restaurantes, padarias, talhos, relojarias e ourivesarias e, ainda as indústrias de confeitaria, padaria, charcutaria e outras pequenas indústrias e a distribuição em livre serviço, a importação de todos os bens destinados ao comércio retalhista, edição, produção e distribuição de livros e de outras publicações, a indústria de abate, transformação, preparação, processamento, refrigeração, conservação, embalagem, distribuição por grosso ou a retalho, de carnes, produtos à base de carnes, de todos os tipos de peixes e produtos à base de peixes e outros produtos alimentares, e ainda a importação e exportação. A sociedade pode ainda importar e comercializar medicamentos não sujeitos a receita médica, e a título*

²⁶⁸ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 23 de outubro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

²⁶⁹ Cf. Demonstração de resultados da Pingo Doce, a fls. 9106 do processo.

²⁷⁰ Para os efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, importa referir que a Sonae MC adquiriu, em 2007, o controlo exclusivo da Carrefour (Portugal) – Sociedade de Exploração de Centros Comerciais, S.A. (cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae / Carrefour*)). Por virtude desta aquisição, toda a atividade no âmbito do retalho alimentar do Grupo Carrefour em Portugal (sob a insígnia “Carrefour”), foi incorporada no negócio do Grupo Sonae.

*acessório, prestar serviços na área de comércio retalhista e grossista a outros estabelecimentos de livre serviço, bem ainda como a promoção, desenvolvimento e gestão imobiliária, compra e venda de imóveis próprios ou alheios e revenda dos adquiridos para esse fim e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços na área do bem-estar físico, nomeadamente, higiene e beleza, etc*²⁷¹.

715. A MCH é a sociedade operacional do Grupo Sonae, que se dedica ao negócio de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal através da exploração de um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “*Continente*”, “*Modelo Continente*” e “*Continente Bom Dia*”.
716. O volume de negócios realizado pela MCH em 2020 foi de 4.344.041.819 €²⁷².
717. O volume de negócios realizado pelo MCH com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2010 e 2017 consta da Tabela 4 *infra*.

III.2 Identificação e caracterização dos mercados envolvidos

718. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da concorrência implica, em regra, a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s), na sua dupla dimensão do produto ou serviço e geográfica.
719. Para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, a Autoridade descreverá, assim, os mercados envolvidos pela prática sob investigação²⁷³.
720. Atendendo aos contornos dos comportamentos investigados no PRC/2017/5, estão em causa, nos termos que se detalham seguidamente, os mercados nacionais de pão pré-embalado, substitutos de pão e bolos para revenda no mercado retalhista de base alimentar.
721. Os mercados de pão pré-embalado, substitutos de pão e bolos constituem, face à natureza dos serviços prestados na distribuição grossista, mercados naturalmente

²⁷¹ Cf. Certidão de registo comercial da MCH, com código de acesso a fls. 6371 do processo.

²⁷² Cf. Demonstração de resultados da MCH, a fls. 9105 (verso) do processo.

²⁷³ Cf., no que respeita aos comportamentos investigados, o capítulo IV.1.2 da presente Decisão Final.

distintos do próprio mercado da distribuição retalhista de base alimentar, como se verá de seguida.

III.2.1 Dimensão do produto

III.2.1.1 Produção, comercialização e distribuição do(s) produto(s)

722. A Bimbo Donuts produz, comercializa e distribui em Portugal diversos tipos de alimentos no setor da padaria e pastelaria industriais, tais como pães pré-embalados, substitutos de pão e bolos²⁷⁴.
723. No que respeita à possível delimitação dos mercados correspondentes a estes produtos, a Comissão Europeia já teve a oportunidade de analisar os sectores da padaria e pastelaria industrial, tendo considerado que os mesmos poderão ser segmentados, precisamente, por tipo de produto²⁷⁵.
724. Nesse sentido, a Comissão, embora deixando a exata delimitação dos mercados em aberto, identificou os seguintes grupos de produtos como integrando mercados distintos (i) pão fresco; (ii) pão pré-embalado; (iii) substitutos de pão; (iv) bolos; (v) produtos de pequeno-almoço; (vi) bolachas; e (vii) produtos pré-cozinhados.
725. De facto, na perspetiva da procura, atendendo às suas características e preços, os produtos não aparentam ser substitutos²⁷⁶.
726. Na perspetiva da oferta, a substituição de produção entre mercados requereria um longo período e/ou um investimento significativo, o que sugere que, também nesta perspetiva, os produtos constituem igualmente mercados distintos²⁷⁷.

²⁷⁴ Segundo informações apresentadas pela empresa, o grupo Panrico já forneceu bolachas ao mercado português (canal alimentar) entre os anos 2010 e 2012 com participação irrisória no mercado. A empresa também afirma que não está ativa nos mercados de pão fresco, produtos pré-cozinhados, bem como não possui “*produtos específicos para o segmento de pequeno-almoço*” (cf. fls. 4107 a 4111 do processo).

²⁷⁵ Cf. decisões M. 2817 – Barilla/BPL/Kamps, de 25 de junho de 2002, M. 6430 – Oaktree/Panrico, de 19 de dezembro de 2011 e M. 6891 – Agrofert/ Lieken, de 15 de maio de 2013, disponível a fls. 6882 do processo.

²⁷⁶ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.6891, Agrofert / Lieken, disponível a fls. 6882 do processo.

²⁷⁷ Idem.

727. Poderia ainda ponderar-se uma segmentação do mercado distinguindo entre marca de fabricante (“MDF”) e marca do distribuidor (“MDD”)²⁷⁸. Contudo, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, nos termos e pelas razões analisados no capítulo IV.1.2 *infra*.

Pães pré-embalados

728. O pão é um alimento obtido através da mistura, fermentação e cozedura de ingredientes como farinha (de trigo, centeio, milho, entre outros), água e fermento. Pode ainda conter outros ingredientes como sal, aditivos e conservantes.

729. O pão pré-embalado é aquele cujo acondicionamento foi efetuado antes da venda ao consumidor. Distingue-se, assim, do pão fresco devido ao seu método de preparação²⁷⁹ e ao período de validade mais longo.

730. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo o mercado dos pães pré-embalados.

Substitutos de pão

731. O mercado dos substitutos de pão inclui uma variedade de produtos diferenciados tais como pão torrado, pão crocante, palitos de pão, biscoitos e tostas²⁸⁰.

²⁷⁸ Refira-se, por exemplo, que no âmbito do procedimento M. 6891 – Agrofert/Lieken, de 15 de maio de 2013, no que respeita ao mercado grossista de pão pré-embalado e às vendas destinadas ao canal alimentar, a Comissão Europeia admitiu a potencial existência de mercados grossistas distintos para produtos de marca de fabricante (“MDF”) e produtos de marca de distribuidor (“MDD”), conforme decisão disponível a fls. 6882 do processo.

²⁷⁹ O pão fresco é definido como “o pão que, pela sua natureza, é consumido num prazo inferior a vinte e quatro horas a seguir à conclusão do processo de fabrico, não sendo exigida a indicação da data de durabilidade mínima, o qual é fabricado em processo contínuo, desde a utilização das suas matérias-primas até à cozedura final, sem qualquer interrupção para a sua conservação e produzido através da cozedura de uma massa que não foi submetida a congelação, congelação rápida ou a qualquer processo que tenha em vista a sua conservação por um período longo e que interrompa o processo de fabrico do pão” e o pão de longa duração (que inclui o pão pré-embalado) é todo o tipo de pão que não se enquadra como pão fresco. Cf. Portaria n.º 52/2015, de 26 de fevereiro de 2015, dos Ministérios da Economia, da Agricultura e do Mar e da Saúde, disponível em: <https://data.dre.pt/eli/port/52/2015/02/26/p/dre/pt/html>, disponível a fls. 6882 do processo.

²⁸⁰ Cf. decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent. 18/2016 (*Bimbo / Ativos Parrico*) e Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.2817, *Barilla / BPL / KAMPS*, disponíveis a fls. 6882 do processo.

732. Na perspetiva da procura, os substitutos de pão são considerados alternativas mais saudáveis aos pães e são frequentemente consumidos como acompanhamento de bebidas ou refeições²⁸¹.
733. As suas características, processos de produção e preferência dos consumidores limitam a sua substituíbilidade face aos pães pré-embalados.
734. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado dos substitutos de pão.

Bolos

735. O mercado dos bolos inclui a produção de bolos, mini bolos e outros tipos de pastelaria industrial, produzidos por pastelarias tradicionais assim como por produtores industriais²⁸².
736. Estes produtos distinguem-se dos denominados produtos para pequeno-almoço que incluem *bagels*, *croissants*, *scones* e produtos similares habitualmente consumidos ao pequeno-almoço, em face das suas características e preços²⁸³.

III.2.1.2 Escoamento do(s) produto(s)

737. Do ponto de vista do escoamento, este tipo de produtos – e, em concreto, os produtos da Bimbo Donuts – podem ser comercializados no canal alimentar²⁸⁴ (também designado canal *off-trade*), em que operam as cadeias de supermercados e

²⁸¹ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.2817, Barilla / BPL / KAMPS, disponível a fls. 6882 do processo.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ O canal alimentar (também designado canal *off-trade*) corresponde à compra em hipermercados, supermercados e lojas *discount* para consumo em casa, em que a Bimbo Donuts fornece diretamente a um conjunto restrito de clientes que tendencialmente exigem uma negociação direta com o fornecedor devido ao seu volume de compras.

hipermercados na venda dos produtos ao consumidor final, ou no canal Horeca²⁸⁵ (também designado canal *on-trade*), em que operam hotéis, restaurantes e cafés.

738. Dada a diferenciação entre canal alimentar e canal Horeca ao nível das respetivas estruturas da procura, dos níveis de preços praticados no retalho (regra geral, mais elevados no canal Horeca) e das variações nas margens, bem como da rede de distribuição utilizada e da existência de dimensões e tipos distintos de algumas embalagens²⁸⁶, consoante o canal a que se destinam, considera-se que correspondem a mercados distintos do produto²⁸⁷.
739. No caso concreto, e na perspetiva do mercado do produto, está em causa o fornecimento dos diferentes produtos da Bimbo Donuts (não substituíveis entre si) às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas *discount*²⁸⁸) para comercialização ao consumidor final no canal alimentar.
740. Exclui-se, conseqüentemente, da análise quer a distribuição retalhista em que a componente alimentar não seja a dominante, quer o comércio especializado, ou seja, as lojas cuja oferta apenas engloba uma categoria específica de produtos alimentares (como os talhos, as peixarias e as padarias, entre outros)²⁸⁹, quer as lojas tradicionais (uma vez que o posicionamento estratégico e a capacidade concorrencial destes

²⁸⁵ O canal Horeca (também designado canal *on-trade*) corresponde à compra em hotéis, restaurantes e cafés para consumo fora de casa (i.e., no local de compra), em que a Bimbo Donuts recorre a uma rede de distribuidores independentes que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional.

²⁸⁶ Tais oscilações resultam, por exemplo, da menor dimensão das embalagens comercializadas no canal Horeca.

²⁸⁷ Conforme referido *supra*, no canal alimentar, Bimbo Donuts fornece diretamente um conjunto restrito de clientes que tendencialmente exigem uma negociação direta com o fornecedor devido ao seu volume de compras. Já no canal Horeca (*on-trade*), a Bimbo Donuts recorre a uma rede de distribuidores independentes que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional. A própria Comissão Europeia estabeleceu a possibilidade de se proceder a uma segmentação dos mercados grossistas destes produtos por tipo de cliente, ou seja, distinguindo entre as vendas para clientes do canal alimentar e para clientes do canal Horeca, atendendo a que a estrutura de distribuição dos operadores tenderá a ser distinta em função da presença dos seus clientes num, ou noutro, canal de distribuição. Cf, nomeadamente, a decisão M. 5286 – Lion Capital/Foodvest, de 18 de setembro de 2008), disponível a fls. 6882 do processo.

²⁸⁸ A Autoridade tem considerado que tais formatos integram o mesmo mercado do produto relevante, isto é, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar. Cf. decisões da Autoridade nos processos n.ºs Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*), Ccent 1/2008 (*Pingo Doce/Plus*) e PRC/2014/5 (*EDP/Continente*), disponíveis a fls. 6882 do processo.

²⁸⁹ Cf. decisão da Autoridade de 30 de julho de 2015, processo n.º Ccent. 29/2015 (*Pingo Doce / Amol*), disponível a fls. 6882 do processo.

estabelecimentos, designadamente ao nível dos preços, gama de produtos e serviços, resulta na fraca substituibilidade na perspetiva da procura)²⁹⁰.

741. Excluem-se ainda os *cash and carry*, por se considerar que este tipo de estabelecimento opera num estágio da cadeia de oferta diferente – distribuição grossista – daquele em que se encontram os formatos de retalho *supra* mencionados, dirigindo-se a um público-alvo específico, designadamente empresas/comerciantes, e distinto do público-alvo dos formatos retalhistas²⁹¹.

III.2.2 Dimensão geográfica

742. Do ponto de vista geográfico, e ao nível grossista da relação entre fornecedor e distribuidor (supermercado e hipermercado), os diferentes mercados de produto acima identificados têm uma dimensão nacional, nomeadamente tendo em conta: (i) as características da procura, composta por empresas de distribuição (por vezes também designadas por “insígnias”) que operam a nível nacional; (ii) a necessidade de uma rede de distribuição e de logística que assegure o fornecimento até aos pontos de venda em todo o território nacional; (iii) a tributação e (iv) a legislação aplicável.

743. Poderia, assim, definir-se, no segmento grossista e por referência aos diferentes produtos em causa, por exemplo o mercado nacional da venda de pão pré-embalado no canal alimentar; o mercado nacional da venda de bolos no canal alimentar, etc.

744. Ao nível retalhista, ou seja, ao nível da relação entre a empresa de distribuição/insígnia e o consumidor final, a Autoridade tem considerado que os mercados têm uma dimensão local, tendo em conta que o consumidor final (que, para este efeito, constitui a procura) tende a fazer as suas compras no supermercado ou hipermercado mais próximo de sua casa ou do seu local de trabalho²⁹².

²⁹⁰ Cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*), disponível a fls. 6882 do processo.

²⁹¹ Refira-se que existem condicionantes no acesso a este tipo de estabelecimento (nomeadamente, a exigência de um cartão comprovativo da qualidade de comerciante) que impedem o acesso aos *cash and carry* por parte do público-alvo dos restantes formatos.

²⁹² Com efeito, a Autoridade tem considerado que o mercado da distribuição retalhista de base alimentar tem uma dimensão local, uma vez que a sua dimensão geográfica é determinada por referência à distância que os

745. Nesse sentido, poderia igualmente definir-se, no segmento retalhista e por referência aos diferentes produtos em causa, v.g., o mercado da venda de pão pré-embalado no canal alimentar em Lisboa, o mercado da venda de bolos no canal alimentar no Porto, etc.
746. A prática decisória da Comissão Europeia reconhece, no entanto, que o mercado da distribuição retalhista de base alimentar pode ser mais amplo — isto é, nacional —, dada a existência de sobreposição de áreas de influência²⁹³, anúncios de produtos em todo o território nacional (através da televisão e da imprensa) e políticas de preços que não diferem substancialmente entre regiões²⁹⁴.
747. Sem prejuízo de a Autoridade já ter definido o mercado geográfico relevante como local²⁹⁵, a constatação de que as empresas de distribuição visadas no presente processo de contraordenação reúnem características semelhantes àquelas que resultam dos casos analisados pela Comissão Europeia — ou seja, são grandes cadeias de retalho com atuação e com estratégias definidas a nível nacional (por exemplo, de fixação de preços, publicidade, ações promocionais, logística e centralização de compras²⁹⁶) e com lojas espalhadas por todo o país²⁹⁷ —, leva a que se considere no presente processo o mercado geográfico de uma forma mais ampla, ou seja, correspondendo à totalidade do território nacional.
748. No caso concreto, como se demonstrará, os comportamentos em investigação consistem numa prática concertada entre as empresas de distribuição visadas e o

consumidores estão dispostos a percorrer para adquirir os produtos/bens pretendidos. Cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*), disponível a fls. 6882 do processo.

²⁹³ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.6506, *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket* (par. 14) e decisão no processo COMP/M.1684, *Carrefour / Promodès* (par. 25), disponíveis a fls. 6882 do processo.

²⁹⁴ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.1221, *Rewe/Meinl* (par. 21), disponível a fls. 6882 do processo.

²⁹⁵ Cf. parágrafo 744 *supra*.

²⁹⁶ Cf. decisão da Autoridade de não oposição de 24 de maio de 2005, Processo n.º Ccent 19/2005 (*Pingo Doce / Imocom*), parágrafo 29, disponíveis a fls. 6882 do processo.

²⁹⁷ Cf. decisão da Autoridade de não oposição de 24 de maio de 2005, processo n.º Ccent 19/2005 (*Pingo Doce / Imocom*), parágrafo 32; cf., igualmente, decisão da Autoridade de não oposição de 11 de maio de 2005, processo n.º Ccent 59/2005 (*Feira Nova / Horta*), parágrafo 25, onde se faz referência à possibilidade de uma delimitação mais lata do mercado geográfico, por apelo à prática decisória europeia, podendo esta referência ser ainda encontrada, entre outras, na decisão proferida pela Autoridade em 9 de abril de 2007, processo n.º Ccent 13/2007 (*ITMI / Marrachinho*), na decisão da Autoridade de 23 de janeiro de 2007, processo n.º Ccent 65/2006 (*Pingo Doce / Simões e Freitas*) e na decisão da Autoridade de 2 de novembro de 2006, processo n.º Ccent 44/2006 (*Pingo Doce / “Activos” Faustino Lopes*), disponíveis a fls. 6882 do processo.

fornecedor tendo, como objetivo o alinhamento dos preços de venda ao público dos produtos da Bimbo Donuts, que são homogêneos em todo o território nacional.

749. De facto, independentemente das estruturas e condições de concorrência locais (número e dimensão de concorrentes, preços observados, características dos consumidores finais, entre outros), verifica-se uma prática homogênea e transversal de alinhamento do nível de preços de venda ao público em todo o país.
750. Como se demonstrará, o objetivo das empresas visadas é que determinado nível de preço (que pode variar de região para região) se mantenha e não seja incumprido, de modo a limitar a concorrência entre as empresas de distribuição visadas na venda dos produtos da Bimbo Donuts.
751. Está em causa, portanto, uma prática concertada entre as empresas visadas de carácter transversal e generalizado para todo o território nacional.
752. Importa, finalmente salientar que, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados relevantes, nos termos analisados e detalhados no capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

III.2.3 Conclusão quanto aos mercados

753. Em face do exposto, a Autoridade identifica para efeitos do presente processo, os seguintes mercados:
- (i) Mercado nacional dos pães pré-embalados para revenda no canal alimentar;
 - (ii) Mercado nacional dos substitutos de pães para revenda no canal alimentar;
 - (iii) Mercado nacional dos bolos para revenda no canal alimentar; e
 - (iv) Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

III.2.4 Posição das empresas visadas nos mercados identificados

III.2.4.1 Bimbo Donuts

754. O volume de negócios realizado pela Bimbo Donuts nos mercados identificados para efeitos da presente Decisão nos anos de 2004 a 2017 é o seguinte:

Tabela 1: Volume de negócios da Bimbo Donuts nos mercados identificados (€) – 2008 a 2017

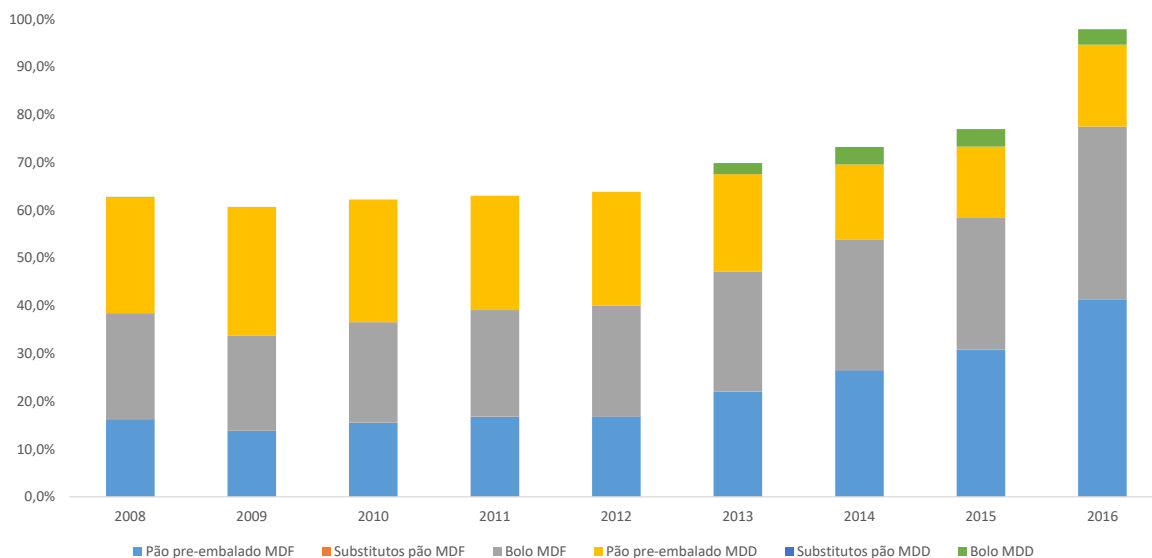
Ano	MDF	MDD	Total
2008	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2009	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2010	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2011	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[30.000.000 – 40.000.000]
2012	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[30.000.000 – 40.000.000]
2013	[20.000.000 – 30.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[30.000.000 – 40.000.000]
2014	[30.000.000 – 40.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2015	[30.000.000 – 40.000.000]	[10.000.000 – 20.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2016	[30.000.000 – 40.000.000]	[5.000.000 – 10.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2017	[30.000.000 – 40.000.000]	[5.000.000 – 10.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Bimbo Donuts de 20 de julho de 2018, a fls. 4770 do processo; valores aproximados.

755. A representatividade do volume de negócios realizado pela Bimbo Donuts nos mercados nacionais de pães pré-embalados para revenda MDD no canal alimentar (*off-trade*) é, de longe, o mais expressivo, representando, no conjunto dos mercados identificados, entre 15% e 30% do volume de negócios total realizado pela empresa neste tipo de revenda entre os anos 2008 e 2016 (cf. Figura 1 *infra*).

756. Para a revenda MDF, os mercados dos pães pré-embalado e bolos são igualmente significativos, representando, no conjunto dos mercados identificados, em média, entre 20% e 30% do volume de negócios total realizado pela empresa neste tipo de revenda entre os anos 2008 e 2016 (cf. Figura 1 *infra*).

Figura 1. Representatividade dos mercados identificados no canal *off-trade* no volume de negócios total da Bimbo Donuts (em %) – 2008 a 2016

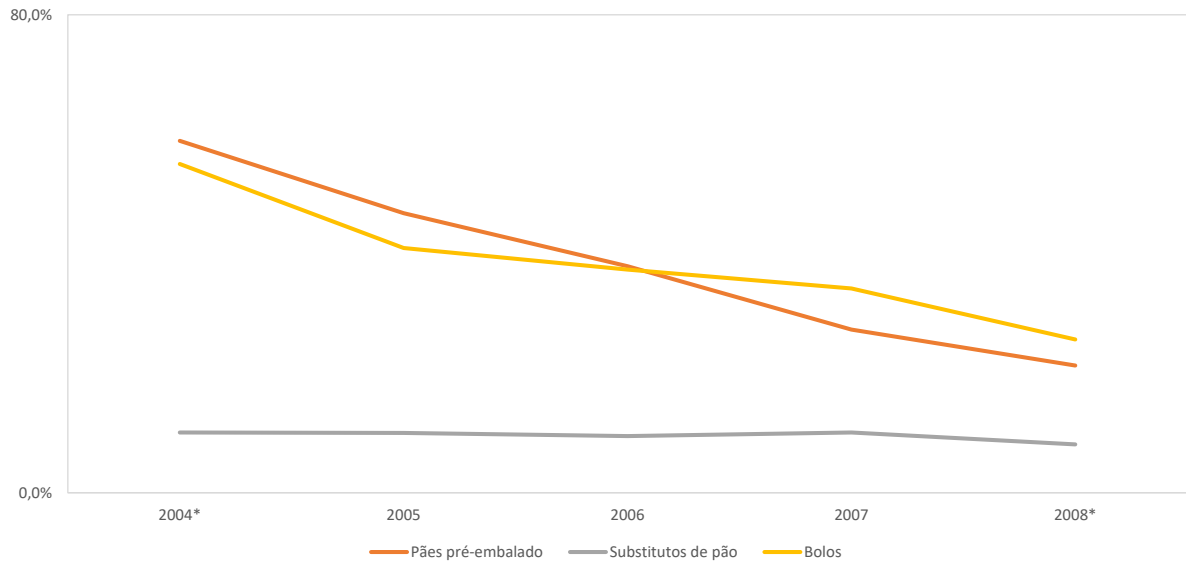


Fonte: Bimbo Donuts, Sabi

757. De acordo com as melhores estimativas da Bimbo Donuts, as suas quotas de mercado nos anos de 2004 a 2017 nos mercados identificados foram as seguintes²⁹⁸:

²⁹⁸ Segundo resposta ao pedido de elementos apresentado pela Bimbo Donuts em 23 de maio de 2018, “a Bakery Donuts considera que é possível comparar as quotas de mercado para os períodos de 2004 a 2008, por um lado, e para o período 2009 a 2017, por outro. No entanto, não se afigura adequado, no entender da Bakery Donuts, comparar quotas de mercados entre estes dois períodos.”, fls. 4104 do processo. Por este motivo, as quotas de mercado dos respetivos períodos foram apresentadas em Figuras distintas.

Figura 2. Quotas de mercado da Bimbo Donuts no mercado nacional dos mercados identificados – 2004 a 2008

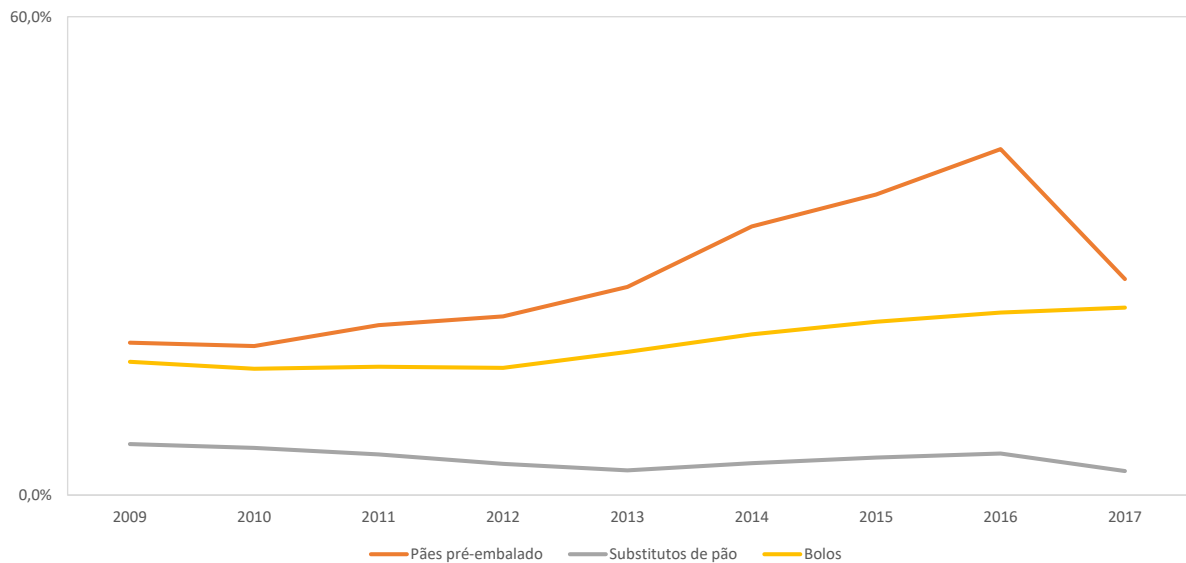


Fonte: Resposta a pedido de elementos da Bimbo Donuts de 23 de maio de 2018, a fls. 4102 a 4162 do processo; valores aproximados.

*Apenas Hipers+Supers

**Período entre 2004 e 2008 considera soma das quotas de mercado das empresas Panrico e Bimbo (Cf. decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo).

Figura 3. Quotas de mercado da Bimbo Donuts no mercado nacional dos mercados identificados – 2009 a 2017



Fonte: Resposta a pedido de elementos da Bimbo Donuts de 23 de maio de 2018, a fls. 4102 a 4162 do processo; valores aproximados.

**Período entre 2008 e 2016 considera soma das quotas de mercado das empresas Panrico e Bimbo para os mercados dos pães pré-embalados e dos substitutos de pão (Cf. decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo).

***Período entre 2008 e 2017 considera soma das quotas de mercado das empresas Panrico e Bimbo para o mercado dos bolos (Cf. decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo).

758. Das figuras apresentadas *supra*, depreende-se que a posição de mercado da Bimbo Donuts no mercado dos pães pré-embalados se situou entre 20% a 60% nos anos de 2004 a 2008 e entre 15% e 45% nos anos de 2009 a 2017. A queda de quota de mercado observada no ano de 2017 resulta da alienação dos ativos relacionados com a fabricação e distribuição de pães pré-embalados para outra empresa²⁹⁹.
759. Quanto ao mercado dos bolos, a posição de mercado da Bimbo Donuts situou-se entre 25% e 55% nos anos de 2004 a 2008 e entre 15% e 25% nos anos de 2009 a 2017, observando-se uma ligeira tendência de crescimento neste mercado no segundo período de análise.
760. Para os mercados de substitutos de pão, a quota de mercado variou entre 0% a 10% nos anos de 2004 a 2017.
761. Conclui-se, assim, que o peso da Bimbo Donuts é muito expressivo nos mercados nacionais dos pães pré-embalados e bolos. Tal posição de mercado determina que esta possa ser considerada uma das principais empresas produtoras e distribuidoras no setor de panificação e pastelaria em território nacional.

III.2.4.1.1 Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Bimbo Donuts

762. As empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Bimbo Donuts.
763. Com efeito, ao longo do período considerado, entre 2008 e 2017, as empresas de distribuição visadas foram assumindo cada vez maior preponderância, passando a

²⁹⁹ Cf. Decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent.19/2016 (Nutpor/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo.

representar, em 2017, entre 45% e 50% das vendas totais da Bimbo, por comparação com 2008, em que a representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Bimbo Donuts se situava entre 35% e 40%³⁰⁰.

III.2.4.2 Empresas de distribuição visadas

764. Segundo o Instituto Nacional de Estatística (INE), em documento intitulado “Estatísticas do Comércio”³⁰¹, o volume de negócios gerado pelo comércio de retalho não especializado (denominado grupo 471³⁰²) — no qual estão inseridas as empresas de distribuição visadas — predominou no comércio a retalho em Portugal no ano de 2018 com 20,7 mil milhões de euros, o que corresponde a 40,2% do volume de negócios total daquela atividade económica.

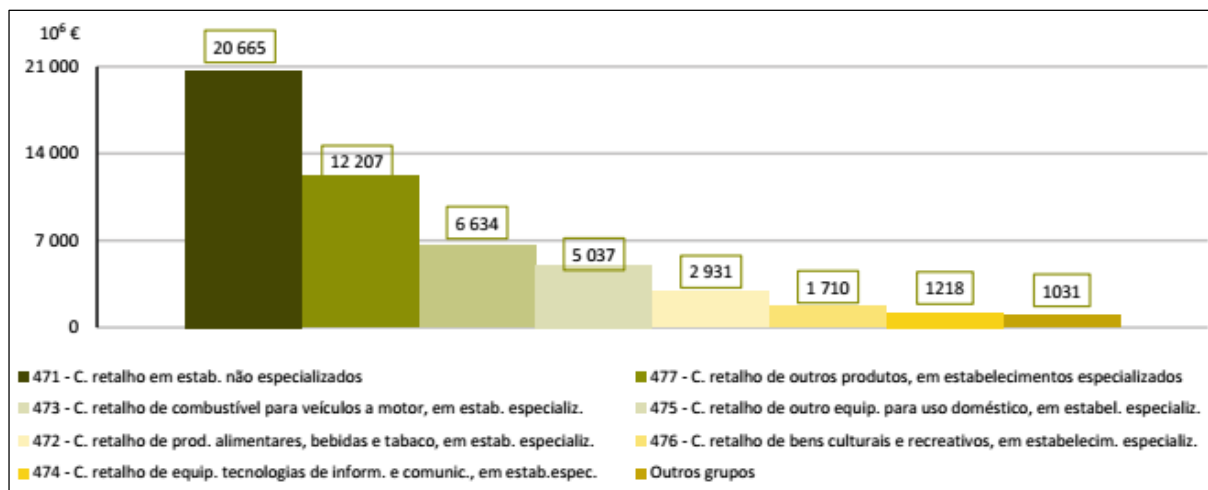
³⁰⁰ Cf. resposta a pedido de elementos da Bimbo Donuts de 23 de maio de 2018 (referência interna n.º E-AdC/2018/2869), fl. 4162 do processo.

³⁰¹ Cf. INE, *Estatísticas do Comércio 2018*, de dezembro de 2019, disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=410291326&att_display=n&att_download=y, consultado em 20.01.2020, disponível a fls. 6882 do processo.

³⁰² O grupo 471 compreende as atividades de comércio a retalho que inclui supermercados, hipermercados e outros estabelecimentos generalistas, sendo denominado grupo 471 segundo a “Classificação Portuguesa de Atividades Económicas”. Cf., em particular, INE, *Classificação Portuguesa das Atividades Económicas*, disponível em: https://www.ine.pt/ine_novidades/semin/cae/CAE_REV_3.pdf, disponível a fls. 6882 do processo.

Refere-se, em particular, que “*toda a unidade classificada no comércio a retalho em estabelecimentos não especializados (Grupo 471), em que os produtos alimentares, bebidas e tabaco representam, no mínimo 35 % do valor acrescentado, será classificada na Classe 4711 (Comércio a retalho em estabelecimentos não especializados, com predominância de produtos alimentares, bebidas ou tabaco) e a partir desta Classe na Subclasse ajustada. Os restantes estabelecimentos do comércio a retalho não especializado classificam-se na Classe 4719 (Comércio a retalho em estabelecimentos não especializados, sem predominância de produtos alimentares, bebidas ou tabaco)*”.

Figura 4. Volume de negócios das empresas de comércio a retalho, por grupo de atividade económica – 2018



Fonte: INE.

765. Quanto à comparação dos segmentos do comércio de retalho ao nível da margem comercial — diferença entre venda de mercadorias e respetivo custo —, o grupo 471 registou a melhor margem em 2018 (237 mil euros por empresa) com crescimento de 24,4% em relação ao ano anterior.
766. Dentro do referido grupo 471, a categoria dos “*produtos alimentares, bebidas e tabaco*” representou 65,3% (correspondendo a 13,4 mil milhões de euros) do segmento.
767. Ainda de acordo com os dados do INE³⁰³, a análise do comércio de retalho também pode ser analisada sob a ótica das denominadas Unidades Comerciais de Dimensão Relevante (UCDR)³⁰⁴, caracterizadas por serem estabelecimentos comerciais de grande dimensão.

³⁰³ Cf. Estatísticas do Comércio 2018, Edição 2019 do INE – Instituto Nacional de Estatística, disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=410291326&att_display=n&att_download=y, disponível a fls. 6882 do processo.

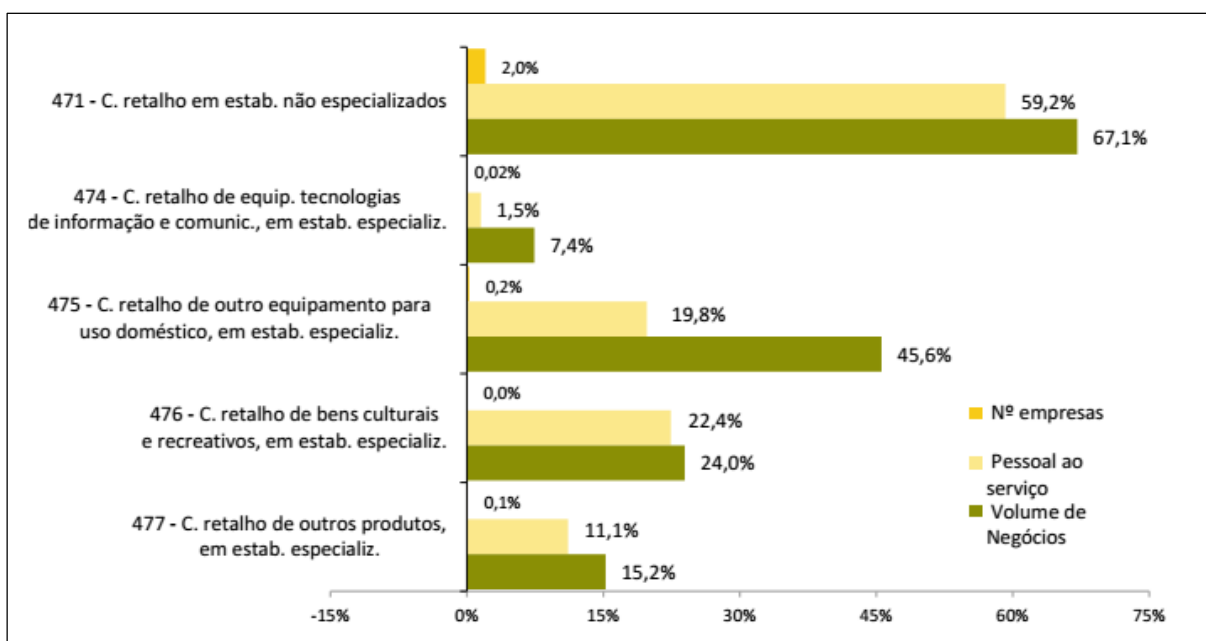
³⁰⁴ Segundo o INE, “[e]ntende-se por Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR) o estabelecimento, considerado individualmente ou no quadro de um conjunto pertencente a uma mesma empresa ou grupo de empresas, em que se exerce a atividade comercial e relativamente ao qual, se verificam as condições:

I Sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, disponham de uma área de venda contínua igual ou superior a 2 000 m²;

II Sendo de comércio a retalho não alimentar, disponham de uma área de venda contínua, igual ou superior a 4 000 m²;

768. Apesar das UCDR do grupo 471 representarem apenas 2,0% do universo total de empresas registadas do grupo (cf. Figura 5 *infra*), estas geraram 67,1% do volume de negócios total e representaram 59,2% do respetivo pessoal ao serviço.

Figura 5. UCDR – Representatividade das UCDR no comércio a retalho - 2018



Fonte: INE.

769. Tendo em consideração que o volume de negócios gerado pelo grupo 471 é o maior dentre os grupos de comércio a retalho³⁰⁵, conclui-se que as UCDR deste grupo — no qual estão inseridas as empresas de distribuição visadas — são caracterizadas por serem as empresas que, em média, geram os mais elevados volumes de negócios do comércio a retalho, assim como empregam um elevado número de pessoas. Possuem,

III Sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, pertencentes a uma empresa ou grupo de empresas que detenha, a nível do Continente, uma área de venda acumulada, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 15 000 m²;

IV Sendo de comércio a retalho não alimentar, pertencentes a uma empresa ou grupo que detenha, a nível do Continente, uma área de venda acumulada igual ou superior a 25 000 m².

³⁰⁵ Cf. parágrafo 764 *supra*.

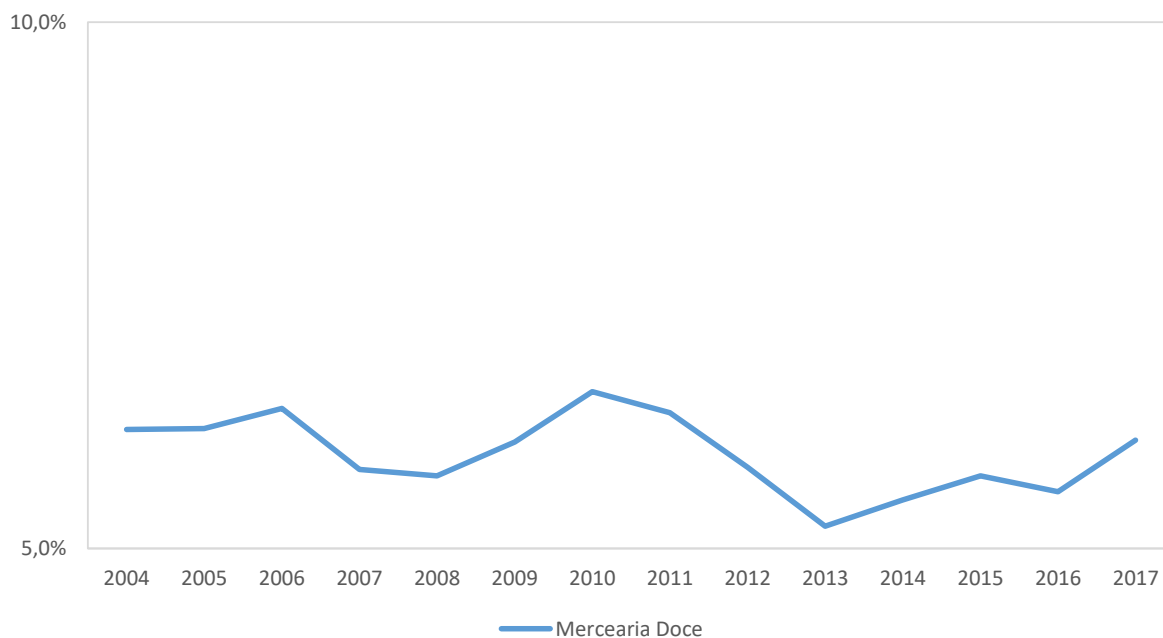
portanto, um papel muito significativo no comércio de retalho e, conseqüentemente, para os consumidores portugueses.

III.2.4.3 Posição relativa da Bimbo Donuts na faturação das empresas de distribuição visadas

770. As Figuras *infra* indicam a representatividade da Bimbo Donuts na faturação de cada uma das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados no presente processo³⁰⁶.

³⁰⁶ A Autoridade solicitou a cada uma das empresas de distribuição retalhista que indicasse os cinco maiores fornecedores em cada um dos mercados relevantes considerados nos anos de 2004 a 2017, pelo que a ausência de percentagem em alguns desses mercados significa que, de acordo com a informação por aquelas disponibilizada à AdC, a Bimbo Donuts não se encontra entre os cinco maiores fornecedores naquele determinado mercado relevante.

Figura 6: Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da Auchan nos mercados identificados* (em %) - 2004 a 2017³⁰⁷



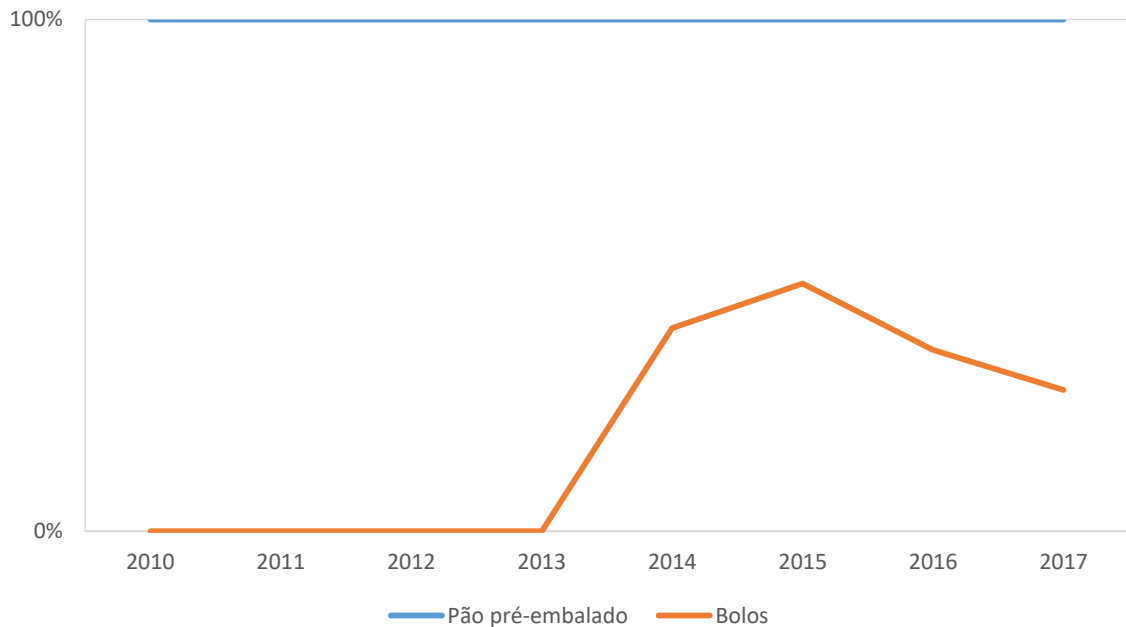
Fonte: Resposta a pedido de elementos da Auchan de 27 de julho de 2018, a fls. 4979 a 4987 do processo e de 02 de agosto de 2018, a fls. 5129 a 5131 do processo; valores aproximados.

*categoria interna "Mercearia Doce"

771. Da Figura *supra*, observa-se que a representatividade da Bimbo Donuts na categoria interna "Mercearia Doce" se situou entre 5% e 7% da faturação da Auchan nos anos de 2004 a 2017.

³⁰⁷ A Auchan refere não dispor de informações segregadas pelos mercados relevantes considerados, tendo disponibilizado as informações solicitadas pela Autoridade de acordo com sua categoria interna "Mercearia Doce" (em substituição ao pão pré-embalado, substitutos de pão e bolos).

Figura 7: Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da Pingo Doce nos mercados identificados para revenda MDD (em %) - 2010 a 2017³⁰⁸



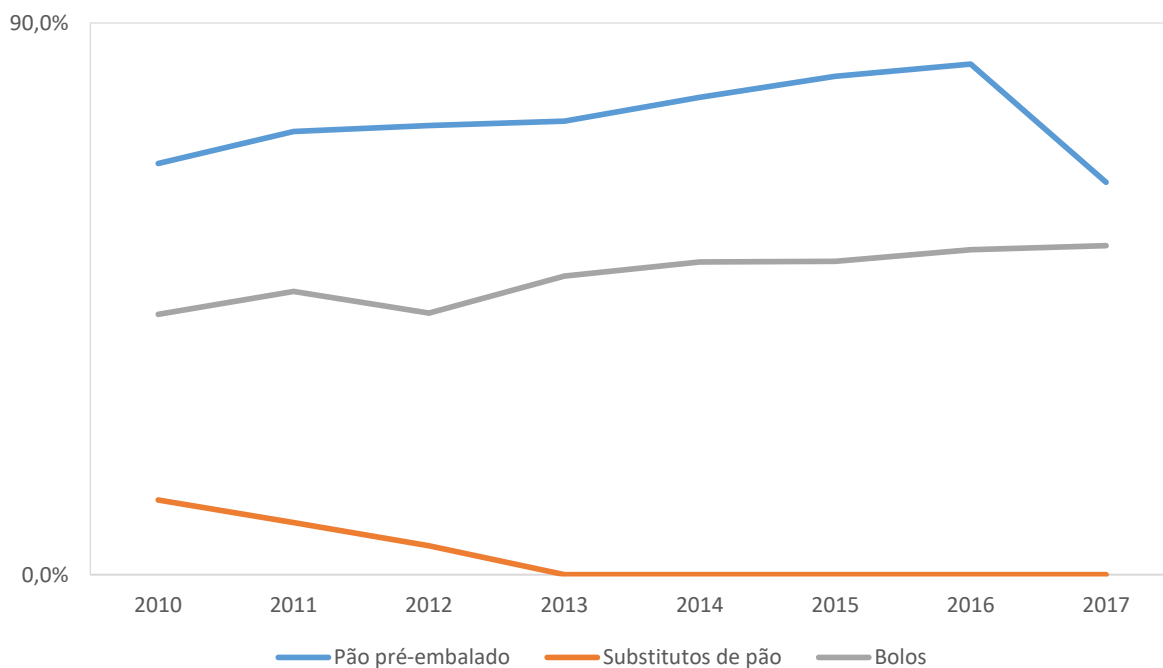
Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 28 de dezembro de 2018, a fls. 5916 a 5924 do processo; valores aproximados.

772. Da Figura *supra*, observa-se que a representatividade da Bimbo Donuts no mercado de pão pré-embalado para revenda MDD se manteve estável em 100% da faturação da Pingo Doce nos anos de 2010 a 2017. Para o mercado de bolos para revenda MDD, a representatividade deste fornecedor situou-se entre 25% e 50% nos anos de 2014³⁰⁹ a 2017.

³⁰⁸ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

³⁰⁹ Como expresso na nota de rodapé 306, a ausência de percentagem entre os anos 2010 e 2013 significa que a Bimbo Donuts não se encontra entre os cinco maiores fornecedores naquele determinado mercado relevante.

Figura 8: Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da Pingo Doce nos mercados identificados para revenda MDF (em %) - 2010 a 2017³¹⁰

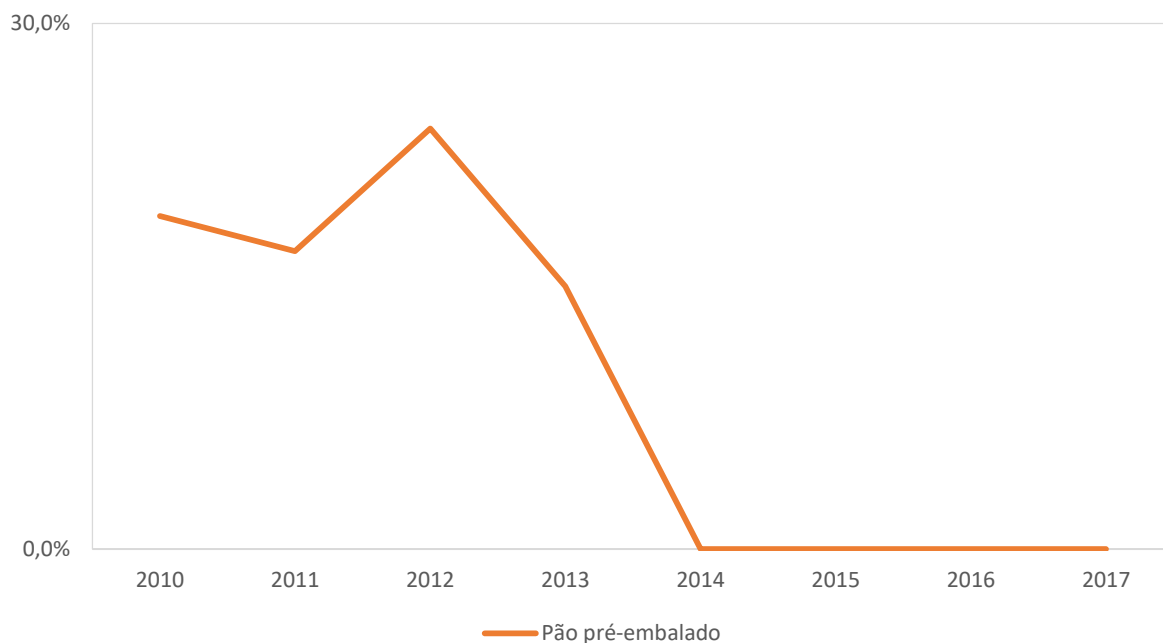


Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 28 de dezembro de 2018, a fls. 5916 a 5924 do processo; valores aproximados.

773. Da Figura *supra*, observa-se que a representatividade da Bimbo Donuts no mercado de pão pré-embalado para revenda MDF se situou entre 60% e 85% da faturação da Pingo Doce nos anos 2010 a 2017. Para o mercado de bolos e substitutos de pão para revenda MDF, as representatividades situaram-se, respetivamente, entre 40% e 55% e 0% e 15% nos anos de 2010 a 2017.

³¹⁰ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

Figura 9: Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da MCH nos mercados identificados para revenda MDD (em %) - 2010 a 2017³¹¹



Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 5193 a 5195 do processo e de 01 de outubro de 2018, a fls. 5289 a 5296 do processo; tratamento da Autoridade; valores aproximados.

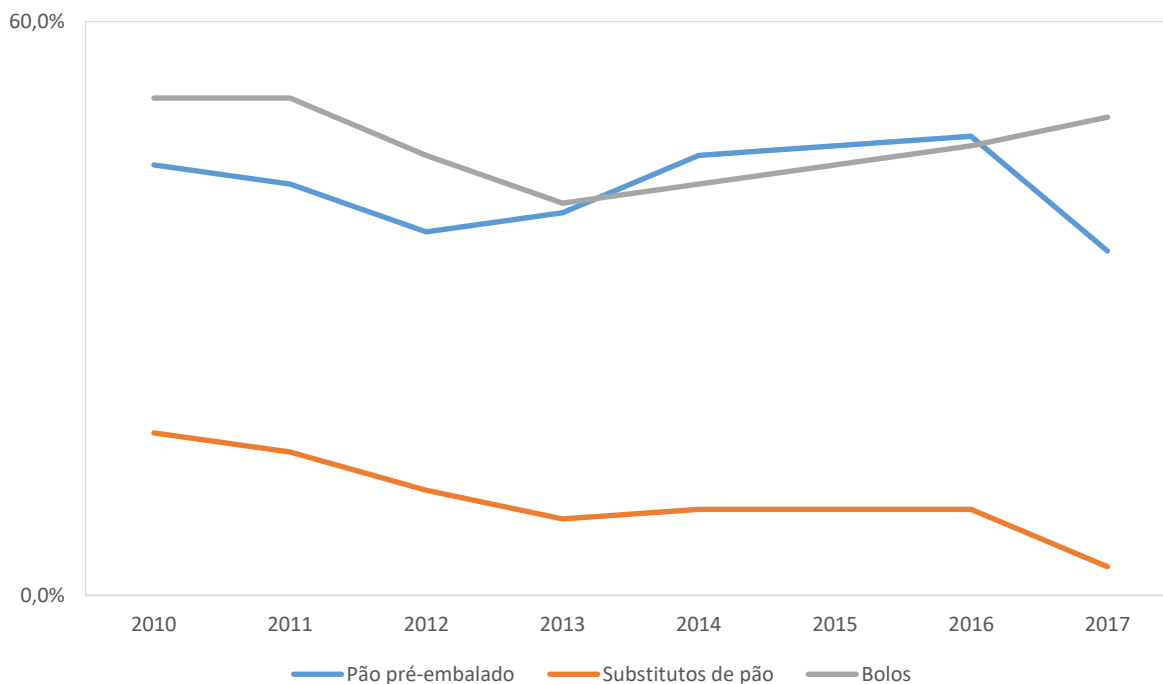
** Os mercados dos substitutos de pão e Bolos foram suprimidos da tabela por ter representatividade nula entre 2010 e 2017.

774. Da Figura *supra*, observa-se que a representatividade da Bimbo Donuts no mercado de pão pré-embalado para revenda MDD se situou entre 15% e 25% da faturação a MCH nos anos de 2010 a 2013³¹².

³¹¹ A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

³¹² Conforme resulta da nota de rodapé 306, a ausência de percentagem entre os anos 2014 e 2017 significa que a Bimbo não se encontra entre os cinco maiores fornecedores naquele mercado.

Figura 10: Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da MCH nos mercados identificados para revenda MDF (em %) - 2010 a 2017³¹³



Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 5193 a 5195 do processo e de 01 de outubro de 2018, a fls. 5289 a 5296 do processo; tratamento da Autoridade; valores aproximados.

775. Da Figura *supra*, observa-se que a representatividade da Bimbo Donuts no mercado dos pães pré-embalados e bolos para revenda MDF se situou entre 35% e 50% da faturação da MCH nos anos de 2010 a 2017. Para o mercado dos substitutos de pão para revenda MDF, a representatividade situou-se entre 0% a 20% da faturação da MCH para o mesmo período de análise.

776. A Bimbo apresenta-se como um fornecedor com preponderância para as empresas de distribuição visadas, em especial nos mercados nacionais de pão pré-embalado (para revenda MDD e MDF) e bolos para revenda MDF, nos quais a empresa representa entre 15% e 100%, entre 35% e 85% e entre 40% e 55%, respetivamente, da faturação de cada mercado identificado.

³¹³ A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

777. Verifica-se, adicionalmente, que a elevada representatividade deste fornecedor é acompanhada pelo elevado volume de negócios de cada empresa de distribuição retalhista nos mercados identificados no presente processo³¹⁴ (cf. tabelas *infra*):

³¹⁴ Sem prejuízo, a representatividade do volume de negócios da Bimbo Donuts no volume de negócios total de cada uma das empresas de distribuição retalhista visadas é, em regra, sempre inferior a 3%, no período considerado.

Tabela 2: Volume de negócios da Auchan com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (€) - 2004 a 2017

Ano	Volume de negócios *
2004	[50.000.000 – 60.000.000]
2005	[60.000.000 – 70.000.000]
2006	[60.000.000 – 70.000.000]
2007	[60.000.000 – 70.000.000]
2008	[60.000.000 – 70.000.000]
2009	[70.000.000 – 80.000.000]
2010	[70.000.000 – 80.000.000]
2011	[70.000.000 – 80.000.000]
2012	[70.000.000 – 80.000.000]
2013	[70.000.000 – 80.000.000]
2014	[70.000.000 – 80.000.000]
2015	[70.000.000 – 80.000.000]
2016	[70.000.000 – 80.000.000]
2017	[70.000.000 – 80.000.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Auchan de 27 de julho de 2018, a fls. 4979 a 4982 do processo e de 02 de agosto de 2018, a fls. 5129 a 5131 do processo; valores aproximados.

*categoria interna “Mercearia Doce”

Tabela 3: Volume de negócios da Pingo Doce com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (€) - 2010 a 2017³¹⁵

Ano	MDF	MDD	Total
2010	[15.000.000 – 17.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[30.000.000 – 32.500.000]
2011	[17.500.000 – 20.000.000]	[15.000.000 – 17.500.000]	[32.500.000 – 35.000.000]
2012	[17.500.000 – 20.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[32.500.000 – 35.000.000]
2013	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]
2014	[25.000.000 – 27.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]
2015	[30.000.000 – 32.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[42.500.000 – 45.000.000]
2016	[32.500.000 -35.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[45.000.000 – 47.500.000]
2017	[32.500.000 -35.000.000]	[10.000.000 – 12.500.000]	[45.000.000 – 47.500.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 28 de dezembro de 2018, a fls. 5916 a 5924 do processo; valores aproximados.

³¹⁵ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

Tabela 4: Volume de negócios da MCH com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (€) - 2010 a 2017³¹⁶

Ano	MDF	MDD	Total
2010	[15.000.000 – 17.500.000]	[5.000.000 – 7.500.000]	[22.500.000 – 25.000.000]
2011	[17.500.000 – 20.000.000]	[7.500.000 – 10.000.000]	[25.000.000 – 27.500.000]
2012	[17.500.000 – 20.000.000]	[10.000.000 – 12.500.000]	[27.500.000 – 30.000.000]
2013	[17.500.000 – 20.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[32.500.000 – 35.000.000]
2014	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[35.000.000 – 37.500.000]
2015	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]
2016	[25.000.000 – 27.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]
2017	[25.000.000 – 27.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[40.000.000 – 42.500.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 5193 a 5195 do processo e de 01 de outubro de 2018, a fls. 5289 a 5296 do processo; tratamento da Autoridade; valores aproximados.

III.2.5 Pronúncia das Visadas

778. Nas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude, as visadas alegam que a AdC não caracterizou o mercado nacional de retalho alimentar, não analisou detalhadamente o seu funcionamento, nem os efeitos que a alegada prática possa ter produzido nesse mercado³¹⁷.

779. Segundo as visadas, o mercado nacional de retalho alimentar caracteriza-se, em síntese, por:

- i) Existência de oito Grandes Grupos Retalhistas (“GGR”), com elevado grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho, com aumento progressivo do poder negocial³¹⁸;
- ii) Predominância da estratégia comercial “*everyday promo*”, instalada em 2012 em resposta à crise económica que afetou a confiança e a disponibilidade de compra dos consumidores, o que promove uma intensificação das comunicações entre

³¹⁶ A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2004 a 2009.

³¹⁷ Cf. capítulo III. da PNI Bimbo Donuts, capítulo III.1 da PNI Auchan, capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

³¹⁸ Cf. capítulo III.1 da PNI Bimbo Donuts.

fornecedores e retalhistas relativas ao impacto das promoções no volume de vendas e no posicionamento de mercado dos produtos³¹⁹;

- iii) Progressivo aumento da capacidade instalada (número de lojas dos GGR abertas ao público), passando a existir, na mesma zona de proximidade, mais do que uma loja de retalho alimentar, o que implica que o PVP se torne no parâmetro principal da concorrência entre insígnias³²⁰;
- iv) Existência de outros parâmetros da concorrência entre insígnias, designadamente variedade da gama, a qualidade dos produtos, a proximidade/conveniência, a experiência da compra e os benefícios de programas de fidelização³²¹;
- v) Competitividade do mercado retalho retalhista, fruto da existência de diversos parâmetros de concorrência, a qual resulta numa falta de fidelização a uma só insígnia para a realização das suas compras pelos consumidores portugueses³²²;
- vi) Enquadramento jurídico aplicável às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC)³²³, [Confidencial – estratégia comercial da visada]³²⁴. Os termos e condições de fornecimento são baseados num sistema comumente denominado “*retail minus*”, nos termos do qual se negociam descontos, reduções ou abatimentos calculados sobre o PVPR e não sobre o preço grossista de compra³²⁵;

³¹⁹Cf. capítulos III., IV. e V.3, VI. da PNI Bimbo Donuts. Cf. também capítulo II.B.3 da PNI MCH, podendo ler-se no §148: “Desde logo, os preços sem promoção (os que poderiam resultar de um “alinhamento” em função dos PVPr) não evidenciam, no seu comportamento de longo prazo, qualquer tendência de subida, bem pelo contrário. Por outro lado, os preços promocionais mantiveram-se dentro de uma mesma banda (...), banda essa cujo limite inferior se situa a grande distância dos preços sem promoção”. Cf. também páginas 4 e 5 do auto de inquirição junto aos autos a fls. 8576 a 8581 do processo e, no mesmo sentido, páginas 8 a 10 da transcrição da audição oral realizada em 29.04.2021, junta a fls 8970 a 8977 do processo. Cf. ainda capítulo III.1 da PNI Auchan e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

³²⁰ Cf. capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A da PNI Pingo Doce Cf., no mesmo sentido, página 6 da transcrição da audição oral realizada em 29.04.2021, junta a fls. 8970 a 8977 do processo.

³²¹ Cf. capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A da PNI Pingo Doce. Cf., no mesmo sentido, páginas 6 e 7 da transcrição da audição oral realizada em 29.04.2021, junta a fls. 8970 a 8977 do processo.

³²² Cf. §181 da PNI Pingo Doce e §53 da PNI MCH.

³²³ Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/2015, de 8 de outubro, pelo Decreto-Lei n.º 128/2019, de 29 de agosto, e pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março.

³²⁴ Cf. capítulo II.A da PNI Pingo Doce.

³²⁵ Cf. capítulo II.C. da PNI MCH.

- vii) Grande transparência que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação³²⁶;
- viii) Reduzida transparência no mercado quando as promoções *sell out* se tornaram a regra, dificultando um equilíbrio colusivo entre diferentes cadeias de retalho³²⁷;
- ix) Importância estratégica da recomendação de PVP para qualquer fornecedor, consubstanciando-se os PVP como um elemento crucial para o posicionamento do produto no mercado, e como uma variável importante da política comercial das marcas, pelo que os fornecedores recomendam e discutem PVP com os seus clientes, “[p]or essa razão, a prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo é, em regra, aceite pelas autoridades de concorrência”³²⁸;
- x) No caso concreto da Bimbo Donuts, existem outras razões objetivas que justificam que os contactos com os clientes sejam ainda mais frequentes: “(i) a Bimbo Donuts é [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial]; (ii) a natureza perecível dos seus produtos implica prazos de validade relativamente curtos; e (iii) a Bimbo Donuts [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial]”³²⁹.

780. As empresas de distribuição visadas, em particular a MCH e a Pingo Doce, defendem que este mercado é altamente competitivo³³⁰, com indisputável transferência de valor para o consumidor, com evolução geral de preços extremamente satisfatória, com margens de comercialização bastante baixas e rentabilidades reduzidas³³¹, consistentes com a agressividade comercial observável, com elevados custos operacionais e

³²⁶ Cf. capítulo III.B da PNI Pingo Doce e capítulo II.B. da PNI MCH.

³²⁷ Cf. capítulo V.3 da PNI Bimbo Donuts.

³²⁸ Cf. capítulo III.1 da PNI Bimbo Donuts.

³²⁹ Cf. capítulo III. 1 da PNI Bimbo Donuts.

³³⁰ Cf. páginas 3 e 4 do auto de inquirição junto a fls.8576 a 8581 do processo. Cf., no mesmo sentido, páginas 2 e 3 da transcrição da audição oral realizada em 29.04.2021, junta a fls. 8970 a 8977 do processo.

³³¹ A este respeito, a MCH alega que este mercado se caracteriza pela ausência de rentabilidades excessivas ou lucros significativos para os distribuidores e que a generalidade dos *players* apresenta taxas de rentabilidade do capital empregue de 10 a 12%, o que, segundo a MCH, revela uma prática de preços baixos (cf. §102 da PNI MCH). Cf. capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

investimentos em capitais fixos, PVP baixos, constantemente alterados, graças a uma intensa atividade promocional³³².

781. A MCH argui que, na verdade, as grandes insígnias internacionais presentes no mercado têm capacidade para competir agressivamente, independentemente do seu diferente peso relativo, pois exibem as mesmas economias de escala que líderes circunscritos a mercado locais³³³.
782. Segundo a MCH, os distribuidores concorrem entre si ao nível do cabaz e não do produto, o que dota o mercado de grande complexidade, pois os produtos não podem ser vistos de modo isolado, relacionando-se entre si na base da complementaridade e substituíbilidade³³⁴.
783. A MCH analisa o comportamento e a evolução dos preços praticados no mercado de distribuição retalhista para produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, designadamente o pack de Bollycao 4x75gr, Donuts em pack de 4 unidades de 200gr, o pão de forma sem côdea fatiado, em embalagem de 480gr, da marca “Bimbo” e as tostas da marca “Bimbo” em embalagem de 100gr, com base em informações fornecidas pela A.C. Nielsen (“Nielsen”) referentes ao período entre 2014 e 2017³³⁵.
784. Ainda, para corroborar o argumento de que o PVP praticado pela MCH não esteve completamente alinhado com aquele recomendado pela Bimbo Donuts, a insígnia compara os preços praticados no mercado retalhista com os PVPR apresentados na

³³² Cf. pág. 24 e ss. da PNI Pingo Doce e capítulo II.B da PNI MCH.

³³³ Cf. §96 e ss. da PNI MCH. Cf., no mesmo sentido, página 4 da transcrição da audição oral realizada em 29.04.2021, junta a fls. 8970 a 8977 do processo.

³³⁴ Cf. §70 da PNI MCH. Cf., neste sentido, páginas 2, 3 e 5 do auto de inquirição junto a fls. 8586 a 8589 do processo. Não obstante, no referido auto de inquirição também se lê que: “*não é indiferente se a MCH está descompetitiva num determinado produto o ano todo, ainda que esteja competitiva no cabaz. Se for um KVI, [CONFIDENCIAL – Detalhe relativo à política comercial] porque é um produto muito relevante. Se falamos de um KCI [CONFIDENCIAL – Detalhe relativo à política comercial]. Uma lógica de cabaz é importante, mas uma leitura de um sub-cabaz ou dos KVI também é importante. Quando há uma descompetitividade deste estilo num KVI, a questão é tratada [CONFIDENCIAL – Departamento da MCH]. A área de pricing informa [CONFIDENCIAL – Tipo de informação prestada] [...] A [CONFIDENCIAL – Departamento da MCH] tem acesso a um sistema onde pode consultar um índice de preços e a composição dos produtos desse índice de preços com os respetivos preços*” (cf. página 5). Com relevância para esta questão, lê-se ainda no mesmo auto de inquirição: “*a Bimbo Donuts têm produtos que são KVIs*” (cf. página 5)

³³⁵ Cf. capítulo II.B.a).iv da PNI MCH

prova apreendida pela AdC, concluindo que, entre 2014 e 2017, os preços praticados estiveram sempre abaixo dos PVPR³³⁶.

785. A MCH conclui que o nível de concentração deste mercado não é anormal, sendo compatível com a realidade internacional em geografias semelhantes à nacional³³⁷.

786. Nesta matéria, a Pingo Doce chega mesmo a afirmar que o mercado retalhista alimentar português enfrenta mais concorrência do que os congéneres europeus, destacando-se como dos mais competitivos na Europa³³⁸.

787. Mais, refere a Pingo Doce que:

“A elevada intensidade concorrencial não permite elevar preços ou diminuir a atividade promocional, pelo que a chave para um negócio lucrativo no setor reside [Confidencial – estratégia comercial da Visada. Informação comercialmente sensível]”³³⁹.

788. Ademais, a Pingo Doce alega que “se as empresas co-visadas estivessem a alinhar preços seria expectável que os mesmos fossem mais elevados do que os praticados nos retalhistas remanescentes”, e como prova da inexistência desta coordenação indica que os preços praticados pela Pingo Doce e pelas outras empresas de distribuição visadas são mais baixos do que aqueles praticados pelos retalhistas remanescentes ou “não cartelistas”³⁴⁰.

789. No entender da Pingo Doce o “retalho alimentar caracteriza-se por um nível de concentração moderado/reduzido, um ambiente altamente concorrencial, baixos preços, elevado nível promocional, diminutas margens de EBITDA, tudo por comparação com o benchmark europeu e de outros sectores da actividade económica nacional”³⁴¹. Segundo a visada, contribuíram para esse cenário, nomeadamente, a entrada de novos *players* no mercado retalhista tais como Mercadona e Aldi³⁴² e a criação de centros de negociação central por distribuidores³⁴³.

³³⁶ Cf. §449 a 452 da PNI MCH.

³³⁷ Cf. §100 da PNI MCH.

³³⁸ Cf. §99 da PNI Pingo Doce.

³³⁹ Cf. §151 da PNI Pingo Doce.

³⁴⁰ Cf. §145 da PNI Pingo Doce.

³⁴¹ Cf. §177 da PNI Pingo Doce.

³⁴² Cf. §163 e ss. da PNI Pingo Doce.

³⁴³ Cf. §174 e ss. da PNI Pingo Doce.

790. Por fim, a Pingo Doce sustenta a sua posição referindo que *“economicamente, não teria sido possível haver qualquer tipo de colusão, nem muito menos a mesma seria sustentável ou efectiva”, nomeadamente porque (i) “os grandes retalhistas em Portugal adoptam estratégias de preço bem distintas”; (ii) “os preços cobrados aos consumidores são alterados com muita frequência, e podem ser «ocultados», através de campanhas promocionais agressivas”; (iii) “uma vez que os consumidores escolhem o concreto retalhista por preferência a um cabaz de produtos, seria necessário que a alegada prática de hub&spoke abrangesse todos (ou muitos) os produtos, preços, promoções e localizações (ou seja, ao nível do cabazes); (iv) múltiplos factores “não permitem uma coordenação externamente estável, i.e., factores que são externos às co-visadas (concorrência de outros retalhistas e fornecedores que não fazem parte do alegado hub&spoke; ciclos económicos, alterações ao nível dos fornecedores, modificações no padrão de consumo dos consumidores, alterações legislativas (...); (v) “não existe nenhum terceiro que constitua uma fonte acessível a todos os retalhistas co-visados que possibilite uma completa monitorização dos preços praticados nos vários retalhistas e, por essa razão, não existe uma ferramenta fiável para verificar o efetivo cumprimento da monitorização que um suposto alinhamento de preços exigiria”³⁴⁴.*
791. No que respeita à posição relativa da Bimbo Donuts na faturação das empresas de distribuição visadas, as visadas que se pronunciaram tentam desvalorizar o peso que este fornecedor tem nos seus volumes de negócio³⁴⁵.
792. A Auchan afirma que *“os produtos em causa representaram, para cada um dos anos tidos em conta, uma percentagem diminuta em relação ao volume de negócios realizado pela Auchan nos mercados identificados”³⁴⁶.*
793. Quanto à dimensão geográfica do mercado, a Bimbo Donuts alega que a AdC definiu erradamente o mercado de retalho alimentar como abrangendo a totalidade do território nacional, uma vez que, a prática decisória nacional e europeia apontam, fundamentalmente, para a existência de mercados locais, afirmando a visada que o referido mercado *“é de âmbito estritamente local, sendo os mercados locais definidos*

³⁴⁴ Cf. §185 da PNI Pingo Doce.

³⁴⁵ Cf. capítulo III.1 da PNI Auchan capítulo III.1 e páginas 166 e ss da PNI Pingo Doce.

³⁴⁶ Cf. §830 da PNI Auchan.

tendo em conta a área de influência das respetivas lojas, a qual é concebida em função de determinado limite máximo de tempo de deslocação em automóvel'. No entender da visada, o argumento de que as empresas de distribuição visadas atuam e definem estratégias a nível nacional não permite chegar a uma conclusão diversa, uma vez que a concorrência entre insígnias é efetivamente local³⁴⁷.

794. E para se chegar a uma conclusão diversa, considera a Bimbo Donuts que deverá ser avaliado se os preços praticados e as promoções implementadas são, de facto, idênticos em todo o país³⁴⁸.
795. Acrescenta, finalmente, a Auchan que *“os mercados relevantes definidos não correspondem aos mercados em que poderia ter ocorrido algum impacto da alegada infração. Efetivamente, a AdC definiu os mercados como tendo de dimensão nacional (por referência ao segmento grossista), sendo certo que uma eventual infração na fixação de preços de venda ao público teria então ocorrido no segmento retalhista, tipicamente correspondente a mercados geográficos locais, de acordo com a prática decisória da AdC”*³⁴⁹.

III.2.6 Apreciação da Autoridade

796. Primeiramente, cabe referir que a AdC, na Nota de Ilícitude e, bem assim, na presente Decisão, identificou e caracterizou todos os mercados necessários para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, incluindo o mercado retalhista de base alimentar³⁵⁰.
797. Tal identificação e caracterização resulta da apreciação desenvolvida quanto aos mercados, quer relativamente à dimensão do produto, incluindo o respetivo escoamento, quer relativamente à dimensão geográfica, quer ainda, relativamente à posição das visadas nesses mercados.

³⁴⁷ Cf. capítulo III. 2 da PNI Bimbo Donuts.

³⁴⁸ Cf. §94 da PNI Bimbo Donuts.

³⁴⁹ Cf. §832 e 833 da PNI Auchan.

³⁵⁰ Cf. § 71 e ss., § 91 e ss., § 96 e ss. – entre outros no capítulo dos Factos relacionado com a Identificação e Caracterização dos Mercados – da Nota de Ilícitude.

798. A caracterização do mercado de retalho alimentar constante da Nota de Ilicitude, ainda que mais sucinta que a apresentada pelas visadas nas respetivas defesas, não deixa de ser, em geral, com ela condizente, com exceção do alegado pelas visadas MCH e Pingo Doce quanto ao grau de concentração e ao nível de rentabilidade do mercado de retalho alimentar em Portugal, bem como quanto ao seu funcionamento “*concorrencial*”.
799. Acresce que, ainda que essa caracterização não tivesse sido feita, tal circunstância não teria os efeitos que as visadas procuram assacar-lhe. Como se demonstrará *infra* no capítulo IV.1.2 da presente Decisão, a definição exata e detalhada dos mercados relevantes não é indispensável quando estejam em causa práticas restritivas da concorrência consubstanciadas em acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que se atribua um objeto restritivo da concorrência³⁵¹, como é o caso.
800. Sucede que, nesta matéria, a AdC não pode deixar de considerar infundadas as alegações da MCH e da Pingo Doce e, nessa medida, não sustentadas e não correspondentes à verdade as suas conclusões.
801. Com efeito, as conclusões da AdC constantes da Nota de Ilicitude sobre o grau de concentração e os níveis de rentabilidade neste mercado são sustentadas em estatísticas oficiais relativas a indicadores de concentração e rentabilidade publicadas pelo INE, pelo que merecem toda a credibilidade na apreciação da AdC.
802. Com base nessa informação, a AdC conclui na Nota de Ilicitude — secção II.2.4.2 (“Empresas de distribuição visadas”) — que o grupo em que estão inseridas as empresas de distribuição visadas (grupo 471 denominado “comércio a retalho não especializado”), caracteriza-se por um grau de concentração acima da média e por apresentar um dos níveis mais elevados de rentabilidade no setor do comércio retalhista português.

³⁵¹ Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

803. As estatísticas apresentadas e, conseqüentemente, as conclusões da AdC na Nota de Ilícitude têm por base os diferentes grupos presentes no estudo³⁵², não sendo elaboradas de maneira isolada.
804. As alegações das visadas quanto a este aspeto não são apresentadas no mesmo contexto e não podem, portanto, ser comparadas com a análise feita na referida secção da Nota de Ilícitude.
805. Pelo contrário, são apresentadas por comparação com as congéneres nacionais e europeias, apenas no âmbito do mercado de distribuição retalhista de base alimentar³⁵³.
806. Em concreto e por referência ao ano de 2018, de acordo com o INE, o grupo em que estão inseridas as empresas de distribuição visadas registou um nível de rentabilidade situado em 40,2% do volume de negócios total do comércio retalhista português de 20,7 mil milhões de euros.
807. A atualização do documento “Estatística do Comércio” referente ao ano 2019³⁵⁴ permite afirmar que, de modo geral, os resultados para o comércio retalhista em Portugal foram mantidos face ao ano de 2018.
808. Por exemplo, o volume de negócios gerado pelo comércio de retalho não especializado (grupo 471) — no qual estão inseridas as empresas de distribuição visadas — correspondeu a 39,9% do volume de negócios total em 2019 face a 40,2% em 2018.

³⁵² Os grupos que compõem a análise da “Estatísticas do Comércio” são:

- comércio a retalho em estabelecimentos não especializados (grupo 471);
- comércio a retalho de produtos alimentares, bebidas, tabaco, em estabelecimentos especializados (grupo 472);
- comércio a retalho de combustível para veículos a motor, em estabelecimentos especializados (grupo 473);
- comércio a retalho de equipamentos de tecnologia de informática e comunicação, em estabelecimentos especializados (grupo 474);
- comércio a retalho de outros equipamentos para uso doméstico, em estabelecimentos especializados (grupo 475);
- comércio a retalho de bens culturais e recreativos, em estabelecimentos especializados (grupo 476);
- comércio a retalho de outros produtos, em estabelecimentos especializados (grupo 477);
- comércio a retalho em bancas, feiras e unidades móveis de venda, em estabelecimentos especializados (grupo 478);
- comércio a retalho não efetuado em estabelecimentos, bancas, feiras e unidades móveis de venda, em estabelecimentos especializados (grupo 479).

³⁵³ Cf. capítulo II.B.a) da PNI MCH e capítulo I.A) da PNI Pingo Doce.

³⁵⁴ Cf. INE, *Estatísticas do Comércio 2019*, de dezembro de 2020, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=133604&PUBLICACOESmodo=2 (fls. 9204 do processo)

809. Quanto às UCDR (Unidades Comerciais de Dimensão Relevante) do grupo 471, estas representavam, em 2019, 2,1% do universo de empresas registadas, gerando 66,3% do volume de negócios e empregando 60,4% do pessoal ao serviço, valores muito semelhantes àqueles apresentados em 2016.
810. Estas conclusões são, aliás, consentâneas com a caracterização e as conclusões apresentadas pela Bimbo Donuts na sua defesa (cf. alínea i) do parágrafo 779 da presente Decisão).
811. Outro elemento apresentado pelas visadas para caracterizar o mercado retalhista foi a circunstância de os consumidores portugueses não serem fiéis a uma única insígnia na realização das suas compras. Ora, tal característica reforça a tese da ocorrência de um ilícito de coordenação de PVP entre insígnias, dada a maior sensibilidade por parte dos consumidores a alterações de PVP por diversos *players* no mercado retalhista.
812. No que se refere à política de recomendação de preços de revenda aplicada pela Bimbo Donuts, é possível afirmar que a sua não aplicação tem consequências financeiras para a empresa. Isto porque sempre que ocorre uma “guerra de PVP” entre insígnias, o fornecedor é o responsável por arcar financeiramente com as reduções de PVP, nomeadamente através de participações, que tende a pressionar as margens obtidas pelo próprio fornecedor.
813. Assim, sempre que há uma diferença entre os PVPR e os PVP praticados pelos concorrentes, as insígnias solicitam à Bimbo Donuts condições para praticar um PVP mais baixo, mas que não afete sua margem. Isto só é possível com a redução da margem do fornecedor. Ressalta-se que a manutenção da margem pela insígnia é possível através da utilização do mecanismo denominado “*retail minus*” mediante o qual se utiliza o PVPR como referência para as negociações e não o preço grossista de compra. Desta forma, as insígnias utilizam o preço de revenda recomendado pela Bimbo Donuts como o preço-alvo a ser utilizado no mercado de distribuição retalhista, sabendo que os seus concorrentes também utilizam o mesmo como referência, exigindo que o fornecedor garanta uma participação, de forma a manterem a sua margem, quando o PVP de algum de seus concorrentes não está de acordo com o proposto pelo fornecedor.

814. Ora, se o preço recomendado pela Bimbo Donuts fosse, de facto, somente uma “recomendação”, questiona-se qual seria o incentivo para a empresa arcar financeiramente com as diferenças de preços entre os PVPR e os PVP praticados pelos concorrentes no mercado retalhista. Estas diferenças deveriam ser da responsabilidade da insígnia, consubstanciando a subsequente redução da sua própria margem.
815. Com efeito, uma simples recomendação de PVP não deveria implicar o suporte financeiro por parte do fornecedor do seu não seguimento pelas empresas de distribuição.
816. Se, por um lado, a aplicação de preços recomendados é benéfico para o fornecedor uma vez que permite definir e estabilizar um nível de preços, por outro lado, pode afirmar-se, com base na prova produzida e nos termos que se detalharão *infra* (capítulo III.3 da presente Decisão) que a questão do nível de preços estabelecidos no mercado não assume para as insígnias o mesmo relevo que para o fornecedor, desde que dois critérios essenciais sejam respeitados: (i) a margem das insígnias, obtida pela comercialização de produtos Bimbo Donuts, esteja garantida e (ii) os concorrentes não tenham PVP inferiores aos seus. Como explicitado *supra*, através da aplicação da política de preços recomendados deste fornecedor, estes dois critérios são cumpridos.
817. Em suma, uma vez que os retalhistas gozam de um poder negocial significativo junto do fornecedor, estes podem promover e facilitar uma coordenação dos PVP, através do fornecedor; e, por sua vez, o fornecedor pode beneficiar de uma solução deste tipo como forma a evitar a erosão da sua própria margem decorrente das tensões negociais com os retalhistas.
818. Neste contexto, ao contrário do alegado pelas visadas, o mercado de distribuição retalhista de base alimentar é não apenas suscetível como também propenso a esquemas do tipo *hub and spoke*, conforme destaca a OCDE (2019)³⁵⁵, §17-22:
- “[É] normal os retalhistas expressarem preocupações, a um fornecedor, acerca de preços ou margens de retalho baixos (dada a forte concorrência intramarca). (...) O fornecedor então tem duas opções para lidar com as preocupações do retalhista.

³⁵⁵ Cf. OECD (2019) Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note, DAF/COMP(2019)14, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf), disponível a fls. 9204 do Processo.

Primeiro, o fornecedor poderá reduzir o preço grossista, reduzindo a sua margem. No caso de uma forte concorrência a jusante, o fornecedor terá incentivos de passar pelo menos uma parte das poupanças para os consumidores através de um preço de venda ao público mais baixo. A não ser que o fornecedor tenha uma posição forte no mercado, não será capaz de resistir às pressões subsequentes dos outros retalhistas para reduzir o preço grossista. Caso contrário, os outros retalhistas simplesmente mudariam ou favoreceriam os produtos de fornecedores concorrentes. Nessa medida, no caso de um fornecedor com nenhum ou reduzido poder de mercado (...) tal poderia resultar numa espiral descendente para as margens do fornecedor, e possivelmente dos retalhistas.

A segunda opção para o fornecedor é promover e facilitar um aumento ou uma manutenção dos preços de retalho via estratégias de coordenação do preço no mercado.³⁵⁶ (sublinhado da AdC).

819. Mais refere a OCDE que “uma prática do tipo hub-and-spoke induzida pelos retalhistas será mais provável de ocorrer em estruturas de mercado onde os mercados a retalho são concentrados e os retalhistas têm poder negocia”³⁵⁷ (sublinhado da AdC).
820. No que se refere ao argumento apresentado pela Pingo Doce de que os preços praticados pelas empresas de distribuição visadas são mais baixos do que os preços praticados pelas empresas de distribuição remanescentes ou “não cartelistas”, é importante primeiramente notar que a visada não apresenta qualquer evidência para sustentar esse argumento. Além disso, o que está em causa no presente processo é o alinhamento concertado de PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal

³⁵⁶ Tradução livre da AdC dos parágrafos 17-18 originais da Nota da OCDE: “The supplier then has two options to address the retailer’s concerns. First, he could reduce the wholesale price at the cost of his own margin. If the retailer were facing strong competition on the retail market, he would have incentives to pass on at least some of the savings to consumers in the form of a lower retail price. Unless the supplier was in a strong market position, he would not be able to resist subsequent demands by other retailers to cut their wholesale prices as well. Otherwise, they would just switch to or favour the products of competing suppliers. Therefore, in the case of a supplier with no or limited market power, i.e. strong inter-brand competition, and competitive retail markets, i.e. strong intrabrand competition, this could create a downward spiral for the margins of at least the supplier, and possibly the retailers. The second option for the supplier is to promote and facilitate an increase or a stabilisation of retail prices through co-ordinated price action on the market. (...)”.

³⁵⁷ Tradução livre da AdC de “[t]he market structures where retailer-induced hub-and-spoke arrangements are likelier to occur are those where retail markets are concentrated, and retailers have buyer power” (OECD, 2019, parágrafo 22).

e não o nível desses PVP, sendo certo que, na maioria das situações, o alinhamento se verificou para garantir subidas de PVP, conforme se demonstrará *infra*.

821. Outro aspeto a salientar é que, na construção do argumento, a Pingo Doce recorreu à [Informação confidencial – dados compilados por Pingo Doce cuja divulgação pode causar prejuízo uma vez que foram elaborados a seu próprio custo para compreensão do mercado. Toda a informação do quadro (insígnias que são escolhidas para estudo interno do Pingo Doce), o n.º de SKUS utilizado para o efeito, as conclusões que aí são firmadas, o posicionamento relativo das várias insígnias – constitui informação confidencial, segredo de negócio e comercialmente sensível]³⁵⁸.
822. Ora, dado que empresas de distribuição visadas comercializam um universo de produtos muito diversificados, é difícil garantir – e a Pingo Doce não o faz – que a visada chegaria à mesma conclusão se o cabaz utilizado incluísse apenas os produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.
823. A mesma lógica pode ser aplicada aos resultados de rentabilidade no mercado da distribuição retalhista de base alimentar apresentados pela MCH e pela Pingo Doce.
824. Estes resultados são calculados com base na totalidade dos produtos comercializados por estas empresas e não especificamente sobre os mercados identificados no presente processo.
825. Ainda que esta análise não seja relevante neste processo, é importante notar que a rentabilidade obtida pelas empresas de distribuição visadas nos mercados relevantes pode ser distinta da rentabilidade global das empresas.
826. Assim, margens mais ou menos elevadas em determinados mercados nos quais estas empresas atuam não teriam impacto na avaliação geral da variável rentabilidade neste processo.
827. Ainda no que se refere à conclusão da Pingo Doce sobre a caracterização do retalho alimentar, a visada identifica a entrada de novos *players* no mercado de distribuição português como um dos fatores de contribuição para “*um ambiente altamente*

³⁵⁸ Cf. §134 da PNI Pingo Doce.

concorrencial". De acordo com informações fornecidas pela própria visada³⁵⁹, entre 2012 a 2017³⁶⁰ foram abertas [200-300] lojas e fechadas [30-40] lojas em território nacional, das quais [100-200] lojas, ou seja, [60-70]%, pertencentes às empresas de distribuição visadas.

828. Adicionalmente, a Pingo Doce refere que a empresa de distribuição Mercadona entrou no mercado de distribuição retalhista de base alimentar apenas em 2019, ou seja, após o término do período da infração. Também nos termos da PNI apresentada³⁶¹ constatou-se que a Aldi tinha, em 2017, [50-60] lojas em Portugal, valor que representa somente [0-10]% das lojas presentes no país.
829. Quanto à análise apresentada pela MCH sobre a evolução de preços dos *pack* de Bollycao 4x75gr, Donuts em pack de 4 unidades de 200gr, pão de forma sem cêdea fatiado, em embalagem de 480gr da marca "Bimbo" e as tostas da marca "Bimbo" em embalagem de 100gr com base em informações fornecidas pela Nielsen para o período entre 2014 e 2017³⁶², podem ser feitas três observações gerais:
- i) Valem a este propósito, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas no parágrafo 820 *supra* a propósito da relevância do nível de preços no processo;
 - ii) O facto de a análise de dados ser realizada entre 2014 e 2017, ou seja, num período temporal que está contido no período de infração (entre 2004 e 2017), não permite que haja comparação do comportamento da variável em questão — preços dos produtos Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar — entre o período de infração e períodos anteriores ou posteriores, ou seja, antes de 2004 e após 2017. Assim, a inexistência de contrafactual temporal invalida qualquer conclusão sobre o comportamento dos preços, não podendo, inclusivamente, descartar-se a hipótese de o nível de preços praticados entre 2014 e 2017 ser o resultado da própria prática anticoncorrencial entre empresas. Por outras palavras,

³⁵⁹ Cf. §158 da PNI Pingo Doce.

³⁶⁰ O ano de 2018 já não corresponde ao período de infração.

³⁶¹ Cf. §158 da PNI Pingo Doce.

³⁶² Cf. §83 e ss da PNI MCH.

não é possível garantir que o nível de preços praticados neste período não teria sido mais favorável aos consumidores diante da inexistência da prática *sub judice*;

- iii) A MCH afirma que a grande volatilidade dos “preços de unidades com promoção” apresentados nas Figuras 12 a 15³⁶³ da respetiva PNI é sinal de “*intensa actividade promocional*” e evidencia que tal atividade não “*assenta numa alternância — entre os diferentes operadores retalhistas — de campanhas de cariz idêntico*”. Discorda-se da interpretação feita pela visada MCH, uma vez que o comportamento apresentado nas Figuras 12 a 15 corrobora os comportamentos de correção de desvios apresentados na seção II.3.1.3 da Nota de Ilícitude. Os desvios em relação ao PVP concertado — denominado “*ruídos*” no parágrafo 142 da PNI MCH — eram recorrentes e corrigidos através dos tais mecanismos de correção;
- iv) Para chegar à conclusão de que os preços praticados pela MCH sempre estiveram abaixo do patamar dos PVP recomendados pela Bimbo Donuts, a visada MCH utiliza a variável “Hipers e Supers”³⁶⁴ recolhida e tratada pela Nielsen³⁶⁵, a qual engloba um universo alargado de estabelecimentos de diferentes portes e realidades de mercado. Neste sentido, cabe ressaltar que esta variável retrata o comportamento dos preços do mercado retalhista e não especificamente os preços praticados pela MCH, logo não é possível chegar a nenhuma conclusão a respeito do seu comportamento — se está ou não alinhado com o PVPR fornecido pela Bimbo Donuts — através da utilização desta variável.

830. Considerando o exposto, é manifestaa incoerência das informações utilizadas pela MCH para efeitos da análise do comportamento de preços e a desconsideração de outras hipóteses – evidentes – para a caracterização dos factos apresentados, pelo que não é possível considerar as conclusões apresentadas na defesa da MCH como

³⁶³ Cf. §132 da PNI MCH.

³⁶⁴ O §450 da PNI MCH afirma: “*Recorda-se que, de acordo com os dados recolhidos pela Nielsen, as médias anuais de preços semanais médios ponderados praticados pelos Hipers e Supers foram os seguintes para os quatro produtos que utilizámos como exemplo nesta pronúncia.*” (sublinhado da Autoridade).

³⁶⁵ Segundo nota de rodapé 10 da PNI MCH, “*os registos em causa são recolhidos efetuadas pela Nielsen junto dos distribuidores da moderna distribuição retalhista que operam com insígnias à escala nacional nos formatos hipermercado e supermercado (e portanto, com excepção do formato ‘discount’, nomeadamente, com excepção do Lidl).*”

interpretações válidas do que efetivamente ocorreu com os preços dos produtos analisados.

831. No que respeita ao alegado pela Auchan, é verdade que esta empresa apresentou, em resposta aos pedidos de elementos da AdC, informações sobre o volume de negócios e representatividade em termos de faturação agregada na categoria interna denominada “Mercearia Doce” e que a informação neste formato não permite identificar se há mercados em que a representatividade da Bimbo Donuts é mais significativa do que noutros, como sucede, por exemplo, nos mercados dos pães pré-embalados, como resulta das respostas de outras empresas de distribuição visadas aos pedidos de elementos sobre cada mercado relevante em causa no presente processo.
832. A Autoridade não exclui também que a categoria interna “Mercearia Doce” contenha outros produtos não distribuídos/comercializados pela Bimbo Donuts e, portanto, não considerados como mercados relevantes para o presente processo, facto esse passível de diminuir a representatividade deste fornecedor na faturação da Auchan nesta categoria.
833. Quanto à dimensão geográfica do mercado de retalho alimentar, a AdC sublinha que a sua conclusão nesta matéria se baseia, nos termos citados na Nota de Ilícitude e na presente Decisão, na sua experiência, na prática decisória da Comissão Europeia, bem como nas especificidades do caso concreto, sustentadas pela prova resultante dos autos.
834. Reitera-se ainda que a prática investigada tem um carácter transversal e generalizado, estando em causa GGR com estabelecimentos em todo o território nacional.
835. A existência de uma recomendação ou definição única e transversal de PVP por parte do fornecedor, ou seja, não diferenciada entre regiões geográficas, constitui uma das provas da aplicação uniforme das práticas (e, consequentemente, dos seus resultados) em todo o território nacional.
836. Como refere a Auchan na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, *“No que respeita à natureza da atividade em causa (distribuição retalhista), esta desenvolve-se necessariamente a nível nacional, sendo o posicionamento das marcas, nomeadamente*

*no que respeita ao fator preço, preferências e hábitos de consumo, realizada para o território nacional e nos supermercados localizados necessariamente em Portugal*³⁶⁶.

837. Também a Pingo Doce refere, *“Há que ter em conta que se trata de mercados marcadamente nacionais, nomeadamente porque o abastecimento das empresas retalhistas visadas pela Bimbo (ou por fornecedores concorrentes) respeita as fronteiras nacionais*³⁶⁷.
838. Confirma-se, portanto, que a dimensão geográfica dos mercados identificados *supra* (cf. capítulo III.2.2 da presente Decisão) corresponde ao território nacional.
839. De qualquer modo, independentemente de todos esses pressupostos e como se detalhará *infra* (cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão), uma definição geográfica diferente, i.e. local, não teria impacto na avaliação do presente caso, dada a natureza da prática investigada.
840. Em face do exposto, improcedem os argumentos das visadas, mantendo-se a conclusão constante da NI quanto à identificação e caracterização dos mercados envolvidos (cf. secção III.2), aqui aprofundada e reiterada.

³⁶⁶ Cf. §1000 da PNI Auchan.

³⁶⁷ Cf. §737da PNI Pingo Doce.

III.3 Comportamentos das Visadas

841. Os comportamentos sob investigação ocorrem no contexto da relação comercial estabelecida entre a Bimbo Donuts e algumas das principais empresas no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, visadas no presente processo de contraordenação, tendo em vista a comercialização ao consumidor final de um conjunto de produtos³⁶⁸ que integram o *portfolio* da Bimbo Donuts.
842. As empresas de distribuição visadas adquirem os produtos em causa à Bimbo Donuts para revenda ao consumidor final nos seus estabelecimentos comerciais a retalho abertos ao público, inexistindo entre as referidas empresas de distribuição e a Bimbo Donuts qualquer tipo de relação de grupo ou relação contratual diferente da inerente ao negócio típico de compra para revenda³⁶⁹.
843. Assim sendo, para os efeitos da comercialização dos produtos em causa no setor da distribuição retalhista de base alimentar, as referidas empresas de distribuição são tomadoras do risco comercial e financeiro associado à revenda dos produtos em causa.
844. Os comportamentos sob investigação ocorrem também no contexto da relação estabelecida, por meios indiretos – designadamente, através da relação individual entre cada uma e o fornecedor –, entre as empresas de distribuição visadas, no que se refere à definição dos preços de venda ao público (PVP) dos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.
845. No presente capítulo analisar-se-á a matéria de facto referente às condutas em causa nos presentes autos e, conseqüentemente, o conteúdo do acervo probatório constante do processo, constituído maioritariamente por mensagens de correio eletrónico (*emails*).
846. Como se ilustrará de seguida (e se concluirá no capítulo do Direito, *infra*), o referido acervo probatório sustenta a existência de comportamentos conducentes a uma fixação dos PVP dos produtos que fazem parte do *portfolio* da Bimbo Donuts, por via de uma

³⁶⁸ Designadamente produtos MDF.

³⁶⁹ Cf. capítulo III.1 *supra* da presente Decisão, para a caracterização de cada uma das empresas visadas e respetivos grupos económicos.

prática concertada de *hub and spoke*³⁷⁰, com o intuito de garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, em que estarão envolvidas todas as visadas, incluindo a Bimbo Donuts, a MCH, a Pingo Doce e a Auchan.

847. Ao longo da presente Decisão são transcritos documentos referentes a empresas de distribuição não visadas (que não integram o âmbito subjetivo do presente processo, uma vez que, considerando o conjunto do respetivo acervo probatório, o mesmo não permite sustentar, de forma sólida a sua participação na infração), que permitem ilustrar as práticas em causa, bem como o facto de as mesmas serem transversais ao mercado.
848. Esses elementos de prova, que constam dos autos, têm como interveniente direto, pelo menos, uma das empresas visadas pelo presente processo, correspondendo, na sua maioria, a e-mails enviados/recebidos ou, no limite, transmitidos com conhecimento de, pelo menos, uma delas. Existe sempre, portanto, pelo menos uma visada diretamente envolvida.
849. Estes elementos de prova revelam evidências que contribuem para o enquadramento, o esclarecimento cabal da factualidade e para a formação de um juízo sobre a existência de uma prática restritiva da concorrência e os respetivos contornos que a AdC não pode ignorar.
850. Em termos metodológicos, considerando o elevado número de ficheiros eletrónicos com relevância probatória e que fazem parte integrante dos presentes autos, densificar-se-ão os comportamentos ocorridos com a transcrição de *emails* identificados com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.
851. A menção e identificação de outros *emails* de conteúdo semelhante ou análogo, por referência a cada subtipologia de comportamentos analisados, encontram-se listadas no Anexo 1 à presente Decisão.

³⁷⁰ Igualmente como se demonstrará *infra* a prática em causa tem, para além da dimensão horizontal, uma dimensão vertical consubstanciada nas interações entre fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, a qual é, em si mesma, suscetível de configurar um ilícito jusconcorrencial (de fixação dos preços de revenda, “*resale price maintenance*” ou RPM). No caso concreto a mesma surge num quadro em que é instrumental da e consumida pela prática mais alargada de *hub and spoke*, que para além da dimensão vertical acrescenta igualmente uma dimensão horizontal aos comportamentos, nos termos indicados.

852. Dos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 *infra*, consta a associação a cada uma das visadas da totalidade da prova descrita.
853. Os *emails* que fazem parte da mesma cadeia de conversação, ou que sejam duplicados dos *emails* transcritos na presente Decisão, encontram-se identificados no Anexo 2 à presente Decisão, de modo a permitir um acesso mais imediato à prova relevante da infração que é imputada às visadas.

III.3.1 Enquadramento quanto ao alinhamento horizontal dos PVP pelas empresas de distribuição com recurso ao fornecedor

854. Os comportamentos que se analisam de seguida, ocorridos no contexto da relação triangular estabelecida entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts, permitindo às visadas reduzir o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que determinam de modo autónomo a sua conduta no mercado.
855. Tais comportamentos envolvem, normalmente, a comunicação pelo fornecedor às empresas de distribuição e/ou a articulação entre aquele e estas de um determinado posicionamento de PVP dos seus produtos ou de uma recomendação de PVP (PVPR ou PVP recomendado) que, na realidade e conforme se demonstra *infra*, corresponde aos PVP que devem efetivamente ser implementados pelas empresas de distribuição em determinado momento e para um determinado conjunto de produtos, funcionando como ponto de referência para a convergência dos reposicionamentos de PVP no mercado.
856. Verifica-se, também, uma rigorosa monitorização dos PVP que estão a ser efetivamente praticados no mercado, monitorização essa que é realizada quer pelas empresas de distribuição visadas, quer diretamente pela própria Bimbo Donuts.
857. É com base nessa monitorização que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas procedem ao controlo recíproco dos respetivos comportamentos, neste se incluindo a deteção, o reporte e a solicitação ao fornecedor comum para correção de eventuais desvios nos PVP praticados face às “recomendações” de PVP ou PVP efetivamente fixados.

858. Verificando-se um desvio, detetado, por exemplo, por uma das empresas de distribuição visadas, a insígnia que detetou o desvio reporta a situação ao fornecedor comum, pressionando-o e requerendo a sua intervenção junto da insígnia rival que se desviou para que esta proceda à correção do preço para o nível acordado.
859. O fornecedor comum, tipicamente, intervém de facto junto da insígnia que se desviou e *i)* reporta às demais insígnias concorrentes a data acordada para a correção do nível do preço ou *ii)* o respetivo (re)alinhamento, por vezes através do envio de talão que o comprove.
860. Finalmente, verifica-se que existem mecanismos de coação para induzir a cumprir os PVP fixados ou de retaliação por incumprimento do nível de preços implementado (v.g., corte de fornecimento ou de descontos, do lado do fornecedor; corte nas compras ou no *portfolio*, ou exigência de participações para acompanhar os preços desviados, do lado das insígnias).
861. É através deste procedimento que as empresas de distribuição visadas vêm usando a sua relação vertical com a Bimbo Donuts (enquanto distribuidores) para concertar entre si, em termos horizontais, o alinhamento e fixação artificial dos PVP que praticam na comercialização ao consumidor final, em supermercados e hipermercados, dos produtos da Bimbo Donuts.
862. Estes comportamentos, ocorridos no contexto da relação triangular estabelecida entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts e permitem às empresas de distribuição visadas reduzir o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que devem determinar de modo autónomo a sua conduta no mercado.
863. Estes comportamentos revelam uma componente vertical e uma componente horizontal. Num primeiro momento, verifica-se a indicação dos PVP por parte do fornecedor às insígnias (componente vertical); num segundo momento, verifica-se que as empresas de distribuição visadas utilizam o seu relacionamento com o fornecedor para, através de sucessivos contactos com este e do envio de informação que este veicula entre as várias empresas de distribuição visadas, promoverem a fixação e o alinhamento dos PVP entre si no mercado de distribuição retalhista (componente horizontal).

864. Nesse sentido, a indicação do nível de PVP a praticar no mercado de distribuição retalhista por parte do fornecedor constitui apenas uma etapa da prática concertada de fixação de PVP em que estão envolvidas todas as empresas visadas, com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado.
865. Analisar-se-á de seguida, detalhadamente, cada um desses comportamentos que, em conjunto e quando globalmente considerados, constituem e dão substrato à prática anticoncorrencial apreciada nos presentes autos.

III.3.1.1 Pronúncia das Visadas

866. Tendo sido notificadas, mediante Nota de Ilícitude, da existência de uma possibilidade razoável de contra elas vir a ser proferida uma decisão condenatória, todas as visadas contestaram a matéria de facto que lhes é imputada³⁷¹.
867. Considerando a estrutura da Nota de Ilícitude e da presente Decisão, designadamente a existência de um capítulo introdutório sobre a prática investigada antes de entrar na descrição detalhada dos comportamentos, a AdC referirá neste capítulo os argumentos relativos à matéria de facto apresentados pela defesa de índole genérica e fará a respetiva apreciação.
868. Os argumentos de defesa relacionados com aspetos específicos relativos a cada (sub)tipo de comportamento serão referidos e apreciados nos respetivos capítulos da presente Decisão.
869. De uma perspetiva mais abrangente, sobre o enquadramento quanto ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor e sobre a valoração da prova constante dos autos por parte da AdC, as visadas arguem que esta desconsiderou a caracterização e o funcionamento do mercado nacional de retalho alimentar³⁷², pelo que a teoria do dano constante da Nota de Ilícitude é um equívoco que se alicerça numa leitura isolada de *emails*, sem a devida contextualização³⁷³.

³⁷¹ Cf. capítulo I.9 da presente Decisão.

³⁷² Cf. capítulo III.2.5 da presente Decisão.

³⁷³ Cf. capítulos II.B) e II.F.a) da PNI MCH, capítulos I.A) e B) e II.A) da PNI Pingo Doce e capítulo III.1 da PNI Auchan.

870. Na ótica das visadas, se a AdC tivesse apreciado a prova à luz do real funcionamento deste mercado, seria forçada a concluir que existe uma efetiva e aguerrida concorrência entre insígnias, que impossibilita qualquer tipo de acordo anticoncorrencial e/ou qualquer alinhamento³⁷⁴.
871. A título de exemplo, alega a MCH que o que a prova demonstra é uma negociação intensa e em permanente ebulição, que decorre de uma “ambivalência genética” – as partes têm um objetivo comum e, ao mesmo tempo, interesses próprios conflitantes, o que não implica qualquer ilegalidade ou propósito anticoncorrencial³⁷⁵.
872. A propósito da valoração da prova, a Bimbo Donuts apresenta uma resenha de jurisprudência e de prática decisória da Comissão Europeia, da AdC e de outras jurisdições tais como os Estados Unidos da América, Reino Unido e Bélgica para efeitos de densificação dos elementos constitutivos do tipo de ilícito *hub and spoke*³⁷⁶ e respetiva tradução factual.
873. No que diz respeito aos referidos elementos constitutivos, de acordo com a jurisprudência do Reino Unido, citada pela AdC³⁷⁷, a visada refere que a troca indireta de informações abrange um elemento de conduta, com duas fases: “[n]a primeira fase, entre A e B, existe: (i) troca direta de informação comercial sensível entre A e B; e (ii) a informação comercial sensível trocada destina-se a ser divulgada a um ou mais concorrentes de A. Na segunda fase, entre B e C: (i) B revela essa informação comercial sensível a C; e (ii) C, confiante de que a informação é credível, usa, de facto, a informação para determinar a sua conduta no mercado”³⁷⁸.
874. Face ao exposto, refere a visada que “para estabelecer uma infração por *hub and spoke* é necessário demonstrar que o fornecedor B, de facto, transmitiu ao retalhista C as futuras intenções de preços do retalhista A. Além disso, é necessário verificar se C pode ser considerado como tendo conhecimento das circunstâncias em que a informação foi

³⁷⁴ Cf. capítulo II.1. da PNI Auchan.

³⁷⁵ Cf. capítulo II.F.a) da PNI MCH.

³⁷⁶ Cf. capítulo IV. da PNI Bimbo Donuts, onde são referidos, para o efeito os casos *Isaksen v. Vermont Castings Inc.*, *Kotteakos et al v. United States*, *Toys and Games*, *Football Shirts* e *Dairy Products*.

³⁷⁷ Cf. capítulo III.1.3.2.1 da Nota de Ilícitude.

³⁷⁸ Cf. §175 e ss. da PNI Bimbo Donuts.

*divulgada por A a B. Finalmente, é necessário estabelecer que o retalhista C teve, de facto, em conta as intenções de preços do retalhista A ao determinar as suas próprias intenções de preços futuras*³⁷⁹.

875. Segundo a Bimbo Donuts, “apesar de a AdC na sua Decisão de Inquérito fazer referência aos precedentes dos tribunais do Reino Unido sobre práticas concertadas de *hub and spoke*, em momento algum procede à verificação em concreto, através da análise da prova constante dos autos, dos pressupostos necessários para concluir pela existência de uma colusão por *hub and spoke* entre as visadas”³⁸⁰.
876. Neste contexto, a visada vem arguir que as conclusões (de facto) apresentadas no capítulo II.3.2 da Nota de Ilícitude fazem crer que a AdC seguiu, para efeitos de valoração da prova, o referido critério inglês, mas este não terá sido, no entanto, utilizado para efeitos da concreta análise e catalogação da prova, constante do capítulo II.3.1 da Nota de Ilícitude, referindo que os mencionados capítulos “*parecem ser incompatíveis ou retirad[os] de documentos diferentes*”³⁸¹.
877. A propósito da apreciação da prova são ainda referidos vários aspetos que, segundo as visadas, denotam a ineptidão da Nota de Ilícitude para demonstrar a existência da alegada infração:
- i) A partir de 2010, a AdC utiliza, em média, 20 *emails* por ano para imputar a infração às visadas, por comparação ao período entre 2004 e 2009, onde refere, em média, quase 60 *emails* por ano, facto que, no entender da visada Bimbo Donuts, aponta, por si só, para a inexistência da alegada infração³⁸²;
 - ii) A AdC construiu a teoria do dano com base em meros indícios, pois na Nota de Ilícitude afirma que os *emails* indiciam uma infração e não que a demonstram³⁸³;
 - iii) Em alguns *emails* analisados pela AdC, são interlocutores (remetente/destinatário) colaboradores de empresas de distribuição que não são visadas no processo e

³⁷⁹ Cf. §180 da PNI Bimbo Donuts.

³⁸⁰ Cf. §189 da PNI Bimbo Donuts.

³⁸¹ Cf. §193 e ss. da PNI Bimbo Donuts

³⁸² Cf. §217 e ss. da PNI Bimbo Donuts

³⁸³ Cf. capítulo II.D. da PNI MCH.

muitos outros *emails* referem-se a empresas de distribuição que não são visadas no processo, pelo que são irrelevantes para a imputação da alegada infração às visadas^{384, 385};

- iv) Contesta-se a utilização de *emails* cujo remetente e destinatário são ambos colaboradores da mesma empresa (*emails* internos) e de *emails* trocados entre o fornecedor e uma empresa de distribuição visada, os quais devem ser irrelevantes para demonstrar a alegada infração e imputá-la às visadas (que não constem como remetente ou destinatário dos referidos *emails*), devendo a prova ser diretamente incriminatória³⁸⁶;
- v) A Bimbo Donuts identifica documentos duplicados utilizados pela AdC para efeitos de imputação, alegando que a AdC tentou “*inflacionar o número de emails alegadamente relevantes*”.
- vi) As empresas de distribuição visadas contestam ainda o facto de a AdC não ter “*constituído como visadas no processo*” outras insígnias identificadas em alguns meios de prova descritos na Nota de Ilícitude, solicitando à AdC que esclareça o critério utilizado para estes efeitos.

III.3.1.2 Apreciação da Autoridade

878. Analisados os argumentos apresentados pelas visadas para contestar os pressupostos da apreciação da prova que consta da Nota de Ilícitude, a AdC conclui pela sua improcedência, pelas razões a seguir indicadas.

Sobre a alegada incoerência da Nota de Ilícitude

879. A Bimbo Donuts alega que a Nota de Ilícitude padece de duas incoerências: (i) na análise e catalogação da prova nos autos, na medida em que a AdC não segue o critério

³⁸⁴Cf. documentos BakeryDonuts118, BakeryDonuts219, BakeryDonuts220, BakeryDonuts267, BakeryDonuts268, BakeryDonuts298, BakeryDonuts307, BakeryDonuts1445, BakeryDonuts220, BakeryDonuts1281, BakeryDonuts1259, BakeryDonuts237, BakeryDonuts340, BakeryDonuts341, BakeryDonuts582, BakeryDonuts583, BakeryDonuts20, BakeryDonuts27, BakeryDonuts28, BakeryDonuts665, BakeryDonuts163, BakeryDonuts77, BakeryDonuts908, BakeryDonuts713, BakeryDonuts170, BakeryDonuts756, BakeryDonuts204, conversaçoão n.º 155, conversaçoão n.º 156, conversaçoão n.º33.

³⁸⁵ Cf. capítulo II.1.1 da PNI Auchan, capítulo II.E da PNI MCH, capítulo I. C. da PNI Pingo Doce e capítulo V.3.E da PNI Bimbo Donuts.

³⁸⁶ Cf. §295 e ss. da PNI Pingo Doce.

inglês (teste A-B-C, alegadamente “abraçado” por esta Autoridade); e (ii) nos juízos conclusivos constantes do capítulo II.3.2. da Nota de Ilícitude, “*com base numa suposta análise probatória (que omite) através de um critério e de uma jurisprudência que não segue na análise documental em concreto*”, no capítulo II.3.1. da Nota de Ilícitude³⁸⁷.

880. Relativamente ao exposto, a AdC recorda que, no capítulo III.1.3.2.1 (*Prática concertada restritiva de hub and spoke*) da Nota Ilícitude, além de caracterizar a prática de *hub and spoke* como uma prática concertada equiparada pela doutrina e pela jurisprudência a um verdadeiro cartel, apresenta também alguma jurisprudência da União Europeia³⁸⁸ com semelhanças a este tipo de prática.
881. É referido também, nos parágrafos 532 e ss. da Nota de Ilícitude, que não é somente na jurisprudência da União Europeia que a prática de *hub and spoke* encontra ecos, fazendo-se referência a decisões condenatórias do *Office of Fair Trading* (atual *Competition and Markets Authority*, autoridade britânica da concorrência) e da *Autorité belge de la Concurrence* (autoridade belga da concorrência)³⁸⁹.
882. Por fim, a AdC faz referência a casos adotados pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, pelo *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* do Chile, bem como no plano da jurisprudência nacional³⁹⁰.
883. Ora, conforme se detalhará *infra*, a qualificação da prática *hub and spoke* não tem assento na lei e sim na doutrina, pelo que os critérios seguidos pela AdC na Nota de Ilícitude e na presente Decisão baseiam-se na jurisprudência relevante, designadamente no que toca a ações ilícitas pelas quais as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais: a saber, a prática concertada.
884. Os casos *supra* referidos – sem prejuízo das naturais dissemelhanças dos factos – são representativos de exemplos em que os tribunais condenaram empresas pela sua participação em práticas de coordenação de preços, realizadas através de contactos

³⁸⁷ Cf. §195 da PNI Bimbo Donuts.

³⁸⁸ Cf. casos *Treuhand I*, *AC Treuhand II*, *Eturas* e *VM Remonts*, melhor descrito *infra* – cf. capítulo IV.1.3.2.1 da presente Decisão.

³⁸⁹ Cf. capítulo IV.1.3.2.1 da presente Decisão.

³⁹⁰ Cf. capítulo IV.1.3.2.1 da presente Decisão.

indiretos entre os retalhistas/empresas de distribuição, atuando os fornecedores como intermediários através de feixes verticais de trocas de informação entre o fornecedor comum e cada um dos respetivos retalhistas/empresas de distribuição e/ou por via da celebração de contratos entre o fornecedor comum e os respetivos retalhistas/empresas de distribuição.

885. Existem, por conseguinte, semelhanças entre elementos presentes nos casos anteriormente mencionados e o presente caso, em que as empresas de distribuição visadas utilizavam o seu relacionamento vertical com o fornecedor (bem como o relacionamento vertical do fornecedor com insígnias concorrentes) para, em conjunto, promoverem e/ou garantirem o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista, através de troca de informação comercial estratégica. Isto, naturalmente, sem prejuízo das circunstâncias concretas de cada um dos casos em referência, e bem assim da especificidade das regras aplicáveis a cada um dos casos nas respetivas jurisdições.
886. As construções dogmáticas que a doutrina erija para interpretar este tipo de comportamentos relevam e ajudam a contextualizá-los, mas não se substituem à lei nem à interpretação que o aplicador deve fazer da mesma.
887. Neste contexto, a única particularidade deste caso relativamente a outros acordos ou práticas concertadas com dimensão horizontal, comum a outras investigações em curso na AdC, é a circunstância de as insígnias visadas conseguirem evitar um contacto direto entre si, obtendo a referida cooperação prática através da intervenção do fornecedor como *pivot* que assegura a comunicação indireta (dimensão vertical) e, dessa forma, a concertação do comportamento das insígnias visadas em torno do objetivo comum: alinhamento dos PVP pelas insígnias visadas.
888. Aqui chegados, cumpre referir que não existe qualquer incoerência entre a análise e catalogação da prova (constantes do capítulo II.3.1 da Nota de Ilícitude) e os juízos conclusivos que dessa análise resultam (constantes do capítulo II.3.2 da Nota de Ilícitude). Na verdade, esclarece-se que as conclusões referidas no capítulo II.3.2 da Nota de Ilícitude são, de facto, o resultado da análise da globalidade da prova (capítulo II.3.1 da Nota de Ilícitude), sendo esta consentânea com os critérios seguidos e exaustivamente descritos pela AdC na Nota de Ilícitude e não fruto de qualquer critério *ad hoc*, tal como alegado pela Bimbo Donuts.

889. A AdC, quando da análise do acervo probatório do presente processo, constatou que os comportamentos analisados, ocorridos no contexto da relação triangular entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts, pelo que a opção de segmentar esses comportamentos deveu-se a motivos de organização da prova, explicitação de condutas e demonstração do papel de cada uma das visadas, e não num elenco de critérios seguidos pela AdC para efeitos de imputação da prática de *hub and spoke*.
890. Assim, os sub-comportamentos identificados no capítulo III.3 da presente Decisão permitem apenas explicar e contextualizar melhor a prática investigada, analisando todos os mecanismos, diretos e indiretos, utilizados pelas visadas para atingir a fixação de PVP.
891. Para comprovar a existência de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre insígnias visadas, cumpre à AdC analisar os seguintes critérios, de acordo com a jurisprudência relevante: (i) a existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) o propósito ou a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) que os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevêê-los e estão prontos a aceitar o risco.
892. Neste contexto, a AdC remete a sua conclusão sobre a verificação dos referidos critérios no caso concreto para o capítulo IV.1.3.3.3 da presente Decisão.

Sobre a apreciação descontextualizada da prova

893. Como ponto prévio, a AdC recorda que a definição exata do mercado relevante não é indispensável quando estejam em causa práticas restritivas da concorrência consubstanciadas em acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que se atribua um objeto restritivo, como o presente caso³⁹¹.

³⁹¹ Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

894. Nesse sentido, no presente caso, a análise da prova à luz do contexto do mercado relevante não assume a importância que tem na análise de outros tipos de infrações concorrenciais (como, por exemplo, os abusos de posição dominante).
895. Não obstante, no caso concreto, a AdC identificou e caracterizou na Nota de Ilícitude todos os mercados envolvidos, incluindo o mercado retalhista de base alimentar, para, precisamente, contextualizar e balizar a análise dos comportamentos em causa³⁹².
896. Nesse pressuposto, é evidente que subjaz à apreciação da prova pela AdC, de acordo com os cânones estabelecidos no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, a caracterização do mercado de retalho alimentar e as circunstâncias específicas do seu funcionamento.
897. Mais do que isso, a AdC faz menções expressas na Nota de Ilícitude à sua análise sobre as características do mercado de retalho alimentar e à subsunção dos factos ao direito³⁹³.
898. Sucede que, apesar da caracterização do mercado apresentada pelas visadas ser muito semelhante ou análoga à caracterização tida em consideração pela AdC, as empresas visadas formaram conclusões distintas daquelas formadas pela AdC sobre o funcionamento desses mercados e, em particular, do mercado retalhista de base alimentar.
899. Onde algumas visadas, em particular a MCH e a Pingo Doce, identificam argumentos para qualificar o mercado de altamente concorrencial, a AdC identifica provas concretas de coordenação/concertação e da implementação efetiva da mesma.
900. A verdade é que a apreciação global da prova transpira, na perspetiva da AdC – corroborada pela defesa de algumas visadas – aquilo que a MCH designa na sua defesa de “*ambivalência genética*”, querendo isto dizer que subjaz às discussões entre as visadas, descritas na presente Decisão, a defesa de um objetivo comum e, ao mesmo tempo, de interesses próprios conflitantes das partes³⁹⁴.

³⁹² Cf. capítulos II.2.1, II.2.2, II.2.4, II.2.4.1.1 e II.2.4.2.1 da Nota de Ilícitude.

³⁹³ Cf. capítulos III.1.3.3.1 e III.2.2.2 da Nota de Ilícitude.

³⁹⁴ Cf. §378 da PNI MCH.

901. A MCH traduz o referido objetivo comum na realização do número máximo de transações com os produtos do fornecedor³⁹⁵; a AdC entende, com base no que a globalidade da prova permite demonstrar e nos termos que se detalharão *infra* no presente capítulo, que é mais do que isso, tratando-se da realização do número máximo de transações com os produtos do fornecedor, ao PVP que ofereça a maior rentabilidade possível e que acarrete menores riscos para a respetiva margem, ainda que à custa o cumprimento da lei (o que, no caso concreto, passou pelo alinhamento coordenado desse PVP entre o fornecedor e empresas de distribuição).
902. A caracterização do mercado de retalho alimentar, mesmo aquela que é apresentada pelas empresas visadas na sua defesa³⁹⁶, evidencia que não é sustentável (ou dificilmente sustentável) manter bons níveis de rentabilidade num mercado que, implicando custos operacionais e investimentos em capitais fixos tão altos, designadamente perante a necessidade de investir em capacidade instalada, se tornou refém de uma procura focada em preços baixos, na venda promocional, bem como da transparência e da disseminação dos meios de comunicação.
903. Consequentemente é possível (e razoável) concluir que todos os *players* neste mercado, sem exceção, têm a necessidade de definir e implementar uma estratégia que resulte na melhoria dos seus níveis de rentabilidade. O que seria legítimo não fosse o facto de tal estratégia se basear na violação da lei.
904. A prova também evidencia que essa estratégia, no caso concreto, passou pelo alinhamento dos PVP de mercado e que, face à transparência e ao comportamento dos consumidores neste mercado, ela se revelou tanto mais bem-sucedida quanto mais transversal a todos os *players* pôde ser implementada.
905. Hoje em dia, na realidade, o consumidor português não se apercebe que está a pagar mais ao longo do tempo, limitando-se a comprar o produto com a maior promoção.
906. O contexto de mercado, portanto, e ao contrário do alegado pelas empresas visadas, não exclui ou impede a interpretação que a AdC retira da prova constante dos autos,

³⁹⁵ Cf. §378 da PNI MCH.

³⁹⁶ Cf. capítulo III.2.5 da presente Decisão.

impondo, antes, uma abordagem necessariamente divergente daquela proposta pelas visadas.

907. De qualquer modo, o contexto de mercado considerado não permite – nem poderia – refutar as conclusões concretas fundadas na prova documental constante do processo.
908. O que daí resulta está escrito e, na grande maioria das vezes, em linguagem muito clara e nada ambígua, dispensando explicações adicionais.
909. Veja-se o documento BakeryDonuts264 (conversa o n.º 8), de 3 de setembro de 2015, no qual se pode ler:

“Temos os pvp’s alinhados em todas as cadeias. Faltando apenas o Eleclerc”.

910. Veja-se o documento BakeryDonuts121, de 5 de novembro de 2014, referente a uma troca de mensagens entre Bimbo Donuts e Auchan:

From:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: altera o pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts v o estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: ter a-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Assunto: altera o pvp's

Boa tarde[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Em anexo envio uma c pia de uma tal o de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbra, a loja onde foi feito o vosso shopping.
Neste tal o pode confirmar que o pingo doce j  tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes corre es de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
P o Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
P o com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde j  agradeo a sua colabora o

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de S o Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

911. O documento BakeryDonuts229, de 14 de junho de 2012, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts), onde se lê:

“No início da próxima semana temos que ter o PVP Recomendado de Bollycao 4 (Cod 21) alinhado em todas as vossas lojas”.

912. O documento BakeryDonuts166, de 25 de janeiro de 2011, onde o, à data, supervisor da Bimbo Donuts comunica aos seus interlocutores na Auchan:

“Estamos a alinhar em todas as cadeias o pvp do Bollycao 4 para 3,15. Desde já agradeço a sua colaboração”.

913. E, por fim, o documento BakeryDonuts1159, de 28 de outubro de 2008, que consiste na resposta do, à data, *NAM* da Bimbo Donuts à sua interlocutora na Pingo Doce após o envio por esta de resultados de *shopping* da semana anterior:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de outubro de 2008 22:36
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Shopping Semana 43.2008

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Em relação ao seu shopping

Sonae: tudo ok . Em relação a bollycao de 1 o preço correcto é 0,79€

Jumbo: os dados actuais de shopping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de alguma informação adicional por favor diga-me

Lidl: Minibollycao e Minidonuts vai seguir a indicação esta semana. Depois de ter subido a Lidl baixou em algumas tarifas devido a shoppings incorrectos mas ja esta resolvido

Mpreço: O preço de Bollycao de 4 não está correcto no seu shopping. O preço actual é 2,89€. Subiram no mesmo timing (setembro) do Pingo Doce

Em relação a Minidonuts, bollycao balance e minibollycao envio-lhe o comprovativo na quinta feira (ou eu ou alguem da minha equipa vai fazer chegar-lhe o documento)

Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objectivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 28 de Outubro de 2008 18:05
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Shopping Semana 43.2008

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Em anexo segue o shopping efectuado durante a semana passada:

Fico a aguardar o seu feedback.

914. Concluindo, não se contesta que a caracterização do mercado possa ser relevante para contextualizar uma prática e não se ignoraram esses aspetos na respetiva apreciação.
915. Contudo, por um lado, tal caracterização do mercado não é incompatível com os factos demonstrados na Nota de Ilícitude e na presente Decisão (muito pelo contrário, até os facilitam) e, por outro lado, ainda que o fosse, o conteúdo da prova que se encontra no processo e que vem descrito na presente Decisão é inequívoco e revela, necessariamente, mais do que qualquer caracterização genérica.

Sobre a utilização a partir de 2010, em média, de 20 emails por ano para efeitos de imputação da infração às Visadas

916. A Bimbo Donuts alega que, num mercado altamente dinâmico e face à interação diária entre fornecedor e empresas de distribuição visadas, “o facto de os elementos de prova potencialmente relevantes a partir de 2010 serem tão escassos aponta, por si só, para a inexistência da alegada infração”³⁹⁷.
917. Em primeiro lugar, cumpre recordar que, tal como referido na Nota de Ilícitude, sem prejuízo de eventuais exceções, a descrição dos comportamentos imputados pretendeu seguir uma ordem cronológica, cobrindo o período analisado pela AdC.
918. Ora, não obstante a prova demonstrar alguma estabilidade ao longo do tempo, a AdC não deixou de referir na Nota de Ilícitude³⁹⁸ que os elementos probatórios constantes do processo não permitiam concluir que todas as visadas tenham participado exatamente nos mesmos momentos ou com a mesma intensidade nos comportamentos *sub judice*.
919. Não obstante, não se compreende o salto lógico dado pela visada Bimbo Donuts na sua alegação de *inexistência* da infração pela circunstância da diminuição de elementos probatórios para efeitos de imputação da mesma, a partir do ano de 2010.
920. Poderia, nessa perspetiva, questionar-se a visada sobre a quantidade ideal de elementos probatórios para efeitos de imputação dos comportamentos *sub judice*. Depois, teria de se questionar por que razão esse número de elementos probatórios releva e em que medida.

³⁹⁷ Cf. §222 da PNI Bimbo Donuts.

³⁹⁸ Cf. §394 da Nota de Ilícitude.

921. Não é de colher, pois, o argumento invocado pela Bimbo Donuts. Com efeito, este tipo de prática é, por natureza, secreta e muito difícil de detetar.
922. Mas tal não significa que não seja possível descortinar um lastro probatório coerente, que demonstre a manutenção ininterrupta dos comportamentos que a AdC qualifica como infração.
923. Foi avaliado, por referência aos meios de prova juntos ao processo e com base nas regras de apreciação estabelecidas no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n. 19/2012, se resultava dessa mesma prova a ocorrência de uma prática de carácter permanente, com determinada duração. E a prova demonstrou essa mesma realidade³⁹⁹.
924. Por fim, e tal como se referiu, não é ignorado que, para determinados anos de prática da infração, o número de elementos probatórios utilizados para ilustrar os comportamentos incorridos é menor.
925. Mas este facto não preclude a convicção de que os comportamentos *sub judice* se mantiveram ao longo de todos os anos do período de tempo considerado relevante para efeitos da infração, independentemente da duração ou do grau do envolvimento de cada visada, individualmente considerada.
926. Assim como não preclude o entendimento de que inexistem indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento, apesar de, em alguns anos, a intensidade dos comportamentos ter diminuído. Tal aspeto será analisado nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão, onde a AdC desenvolverá também a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas.
927. Por fim, a AdC remete a sua conclusão sobre a duração da prática para os capítulos III.3.4 e IV.1.5 da presente Decisão.

Sobre a apreciação da prova com base em indícios

928. Como ponto prévio, refira-se quanto a este argumento que poderá estar em causa mais uma questão de semântica, do que propriamente uma questão de fundo.

³⁹⁹ Cf. capítulos II.3.3.1, II.3.3.2, II.3.3.3, II.3.3.4, II.3.4 e III.1.5 da Nota de Illicitude.

929. Refere a MCH que a “AdC apoia-se, não raras vezes, no que o conteúdo dos documentos lhe «permite intuir» ou simplesmente «indicia», ou seja, resulta evidente que, na sua apreciação, a AdC utilizou como standard probatório a intuição e não a dedução; o desejo e não a realidade; o intento e não os factos”⁴⁰⁰.
930. A este respeito, em cumprimento do disposto na Lei n.º 19/2012 e conforme expressamente decorre da Nota de Ilícitude notificada às empresas visadas, este documento contém todos os elementos de facto e de direito que permitem, com base na prova elencada, sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.
931. Nomeadamente, a Nota de Ilícitude notificada no processo contém a identificação das visadas, descrição dos factos imputados, a indicação das provas que constam dos autos, a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e a moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.
932. Analisada a Nota de Ilícitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou em conjunto extensos meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente sérios, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.
933. Ou seja, a Nota de Ilícitude, naturalmente, funciona como uma acusação à qual, em homenagem aos direitos de audição e defesa das visadas, estas poderão reagir. Não é, nem poderia ser, uma decisão final, sob pena de restrição inadmissível daqueles direitos.
934. Assim, tem de se salientar que não se alcança totalmente a natureza do argumento da MCH: pretende essa visada que a AdC considere demonstradas na Nota de Ilícitude, para além de qualquer contestação, as condutas que imputa às visadas? Ao não aceitar

⁴⁰⁰ Cf. §291 da PNI MCH.

a indicição (inerente ao tipo de decisão que a Nota de Ilícitude corporiza), parece ser esse o único caminho que a MCH pretende ver trilhado.

935. Sem prejuízo desta apreciação mais conceptual, assente numa mera questão semântica, cumpre à AdC esclarecer, ainda, que o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, estabelece que a prova será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC e que tais regras permitem à AdC ter em conta meros indícios ou prova circunstancial, bem como prova indireta, dada a natureza específica das práticas anticoncorrenciais⁴⁰¹.
936. Note-se que não se está a afirmar que a prova dos autos no presente processo seja somente constituída por este tipo de elementos, apenas que, caso os mesmos integrassem essa prova, nada obstará à sua consideração e valoração.
937. Nos termos do n.º 2 do artigo 282.º do Código de Processo Penal, *“consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança”*.
938. Em processo contraordenacional da concorrência, as provas produzidas serão suficientes quando, consideradas à luz das regras estabelecidas no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, delas resulte uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada a uma pessoa visada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.
939. Concluindo, nada impede a AdC de apreciar e valorar prova indiciária ou circunstancial (bem como qualquer outra prova), desde que os indícios em causa se revelem suficientemente sérios, precisos e concordantes, contribuindo para a formação de um juízo acusatório suscetível de fundamentar a probabilidade de declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência e respetiva condenação.

⁴⁰¹ Cf. conclusões do Advogado-Geral Sir Gordon Slynn no processo *Musique Diffusion*, Acórdão de 7 de junho de 1983, SA *Musique Diffusion Française et al./Comissão* (Procs. Apensos 100 a 103/80) do Tribunal de Justiça. Cf. também Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1995, processo n.º 48.149, Boletim do Ministério da Justiça 452, 81, p. 90, no qual pode ler-se: *“um juízo de acerto da matéria de facto pertinente para a decisão releva de um conjunto de meios de prova, que pode inclusivamente ser indiciária, contanto que os indícios sejam graves, precisos e concordantes”*.

940. No presente processo a Nota de Ilícitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza.

Sobre a apreciação da prova com base em emails enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas ou que identificam empresas não visadas

941. Em primeiro lugar, a AdC salienta que todos os elementos de prova junto aos autos (*emails*) são enviados e/ou recebidos por, pelo menos, uma empresa visada no presente processo. Caso contrário, não fariam parte do acervo probatório junto aos autos.

942. Existe sempre, portanto, pelo menos uma empresa visada diretamente envolvida.

943. Em segundo lugar, a AdC salienta que não existe, nem é invocada pelas visadas qualquer disposição legal que proíba a utilização de tais documentos ou que determine aprioristicamente o seu valor probatório.

944. O valor ou relevância de cada elemento probatório para a demonstração da infração e seus participantes é ditada pela interpretação do seu conteúdo, não apenas isoladamente, mas também no contexto sistemático da globalidade da prova, à luz das regras da experiência, quer se trate de *emails* internos de uma empresa, quer se esteja perante trocas de informação com o exterior.

945. Com efeito, o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 admite a utilização de tais documentos, no pressuposto de que a prova seja valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC.

946. A título de exemplo, veja-se o teor do documento BakeryDonuts85:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 15:03
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Boa Tarde[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Estive a confirmar os preços nas lojas e tive oportunidade de verificar:
Minipreço »» 2,34€
Lidl »» 2,39
PD »» 2,39

Em relação aos Auchan's e aos Leclerc's os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp's. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido.

Obrigado,

Atentamente,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 11:34
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

É a minha vez de chatear com preços! Estou-vos a oferecer um folheto no Frescos 24 com o produto abaixo mencionado, que deveria estar a um PVP de € 2,39, mas no entanto, toda a concorrência, desde Jumbos a Leclerc's a Mini-preços, parece estar a € 1,99!!! É só uma diferença de 17%!!!

4487091PAO FORMA 0% AÇUCARES PANRICO 520 GR

Caso não obtenha um promocional que cubra a minha diferença, este produto corre sérios riscos de ficar suspenso. Ainda agora entrou e já serve para agravar a margem!

Aguardo feedback URGENTE.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 15:03
To:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Boa Tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Estive a confirmar os preços nas lojas e tive oportunidade de verificar:
Minipreço »» 2,34€
Lidl »» 2,39
PD »» 2,39

Em relação aos Auchan's e aos Leclerc's os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp's. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido.

Obrigado,

Atentamente,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 11:34
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

É a minha vez de chatear com preços! Estou-vos a oferecer um folheto no Frescos 24 com o produto abaixo mencionado, que deveria estar a um PVP de € 2,39, mas no entanto, toda a concorrência, desde Jumbos a Leclerc's a Mini-preços, parece estar a € 1,99!!! É só uma diferença de 17%!!!

4487091PAO FORMA 0% AÇUCARES PANRICO 520 GR

Caso não obtenha um promocional que cubra a minha diferença, este produto corre sérios riscos de ficar suspenso. Ainda agora entrou e já serve para agravar a margem!

Aguardo feedback URGENTE.

947. Ainda que a AdC admita não considerar elementos de prova relativos a empresas não visadas para estabelecer a conexão entre a prática e as empresas visadas, estes elementos de prova revelam evidências que contribuem para o enquadramento dos vários tipos de comportamento descritos, o esclarecimento cabal da factualidade e para a formação de um juízo sobre a existência de uma prática restritiva da concorrência e os respetivos contornos que a AdC não pode ignorar.
948. Concluindo, a AdC tem plena legitimidade para utilizar como meio de prova da infração *emails* enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas, cabendo à AdC valorar e enquadrar a respetiva relevância e aptidão probatória dos mesmos, tal como fez no presente processo, motivo pelo qual improcede respetivo argumento de defesa.
- Sobre a apreciação da prova com base em emails internos e em emails trocados entre o fornecedor e uma empresa de distribuição visada para efeitos de imputação a outra empresa de distribuição visada (a prova indireta)*
949. Em primeiro lugar, não existe, nem é invocada pelas visadas, qualquer disposição legal que proíba a utilização de documentos que revelem comunicações estabelecidas entre colaboradores da mesma empresa visada (*emails* internos) ou a utilização de documentos que consubstanciem prova indireta.
950. Aliás, nem se concebe qual o fundamento que poderia justificar uma restrição desse tipo, desde logo porque não integra qualquer tipo de categoria de prova proibida.
951. Em segundo lugar, o valor desse tipo de prova – como qualquer elemento probatório, aliás – variará consoante o contexto em que seja apresentado e a factualidade que a ele se subsuma.
952. Caso quisesse demonstrar-se uma interação direta entre empresas, poderia entender-se que esse tipo de prova pudesse ter um valor diferente de um *email* efetivamente enviado e/ou recebido pelos agentes ao qual a conduta em causa se quisesse imputar.
953. Mas isso não significa que *emails* internos não tenham igual ou superior valor probatório nos casos em que queiram demonstrar uma conduta e uma postura referentes à empresa no seio da qual são enviados, bem como um valor enquanto prova indireta, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 (que admite a sua utilização, no pressuposto de que a prova seja valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC), de condutas eventualmente imputáveis a outras empresas visadas.

954. Reitera-se, também, que a mesma disposição legal permite à AdC ter em conta prova indireta, dada a natureza específica das práticas anticoncorrenciais. Assim, em processo contraordenacional da concorrência, as provas produzidas serão suficientes quando, consideradas à luz das regras estabelecidas no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, delas resulte uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada a uma empresa visada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.
955. A título ilustrativo, recorde-se o teor do documento BakeryDonuts1661, que integra a conversação n.º 365, que consiste num *email* interno da Bimbo Donuts, nos termos do qual é feito ponto de situação dos PVP implementados e a implementar, num conjunto de produtos no mercado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: 24 de setembro de 2008 13:22
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Shoopng 24 de Setembro 2008

Pão Pequeno : tudo ok
Pão 600gr: tudo ok
Pão 850gr: tudo ok
Pão Hotelaria: Jumbo Alfragide 2,69€, Jumbo Gondomar 2,82€, Sonae 2,82€ (preço Objectivo 2,84€)
Sem Codea : tudo ok
Bollycao 1: Colombo 0,76€, Amadora 0,71€, Matosinhos 0,76€, Cascais 0,71€, Jumbo Alfragide 0,69€, (preço objectivo 0,79€)
Bollycao 4: Cont Amadora 2,69€, Cont Cascais 2,69€, Jumbo Alfragide 2,67€, (preço objectivo 2,89€)
Dokyo: atenção a Dokyo : preço subir hoje no PD para 2,47€, amanhã na Dia% e no Sabado na Lidl. Nesta altura o mercado esta praticamente todo a 1,98€
Manhazitos choc: tudo ok
Donuts 4: Colombo 1,97€, Cont Amadora 1,97€, Cont Cascais 1,97€,
Donuts 6: Cont Colombo 2,74€, Jumb Alfragide 2,71€,
Mini Donuts: atenção que sobe esta semana para 1,84€

No pão esta praticamente tudo correcto.

Temos problemas com Bollycao e Donuts que sei que ja estamos a tratar. Uma vez que esta semana sobem mais preços, será importante garantir que tudo acontece como pretendido.

Em particular nas referencias que sobem esta semana é muito importante conseguir que tal aconteça já que são referencias com volume relativo e que não depende de esforço de PVP, mas que no entanto são fundamentais para assegurar o equilibrio de rentabilidade das cadeias

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

956. Ou ainda o documento BakeryDonuts10, que consiste numa troca de *emails* internos (Bimbo Donuts) realizada entre 21 de maio e 3 de junho de 2013, nos termos da qual se constata o desagrado do nível de PVP em vigor no mercado, face a um *shopping* recebido pela MCH:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae

Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

957. Concluindo, a AdC tem plena legitimidade para utilizar como meio de prova da infração *emails* internos, cabendo à AdC valorar a respetiva relevância e aptidão probatórias dos mesmos, motivo pelo qual improcede o respetivo argumento de defesa.
958. O seu valor probatório não resulta diminuído de qualquer forma apenas pela circunstância de serem mensagens internas.
959. Como qualquer elemento de prova, deveriam ser e foram apreciados e valorados no respetivo contexto em que foram utilizados, conforme resulta do exposto na Nota de Ilícitude e na presente Decisão.

Sobre a utilização de duplicados no texto da Nota de Ilícitude

960. A Bimbo Donuts alega que a AdC, em determinadas situações, faz referência a documentos duplicados, “*numa tentativa de inflacionar o número de emails potencialmente relevantes*”.

961. A este respeito, poderá questionar-se o que é verdadeiramente alegado pela Bimbo Donuts: uma tentativa de cumprimento de um requisito mínimo de elementos probatórios para efeitos de demonstração da prática dos comportamentos que a AdC qualifica como infração? E qual seria esse número mínimo?
962. Cumpre, pois, esclarecer que a AdC analisou a totalidade dos ficheiros eletrónicos juntos ao processo e identificou cada um com um código alfanumérico, que lhes foi atribuído no contexto do processo.
963. Assim, todos os ficheiros eletrónicos ou *emails* utilizados pela AdC como meios de prova para caracterizar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilícitude ou nos seus Anexos 1 e 2, tendo a AdC utilizado uma parte para demonstrar os comportamentos ocorridos e identificado, no Anexo 1 os *emails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilícitude, consoante o comportamento em causa. Por fim, no Anexo 2 identificaram-se ficheiros que fazem parte de cadeias de conversação ou são duplicados de ficheiros existentes no processo.
964. Na verdade, não se alcança em que termos é que a alegação da Bimbo Donuts poderia colher ou valer, pois, conforme referido, a AdC identificou no Anexo 2 à Nota de Ilícitude os documentos duplicados de ficheiros existentes, pelo que, não obstante a sua utilização, não se preclui a sua identificação expressa e valoração como duplicados.
965. Consequentemente, estes ficheiros, pela sua natureza, não constituem elementos de prova adicionais, nem a AdC, em momento algum, os considerou como tal. Pelo que, não se contestando a pontual menção de alguns documentos duplicados, a AdC esclarece que, para efeitos de imputação da prática, não releva o número de elementos probatórios utilizados, mas sim o valor probatório dos documentos analisados, de forma individual e globalmente, e respetiva capacidade de demonstração de indícios suficientemente sérios, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.
966. Conclui-se, assim, pela ausência de consequência prática para a menção, no texto da Nota de Ilícitude, de documentos duplicados.

Sobre os critérios para a imputação de uma infração

967. As visadas contestam o facto de a AdC lhes imputar uma infração jusconcorrencial muito grave com base em indícios que resultam de meios de prova que identificam também

outras insígnias que “não foram constituídas visadas” no processo, como é o caso da Intermarché, do Leclerc, do Dia Minipreço, do El Corte Inglés (“ECI”) ou da Lidl.

968. A este propósito e como tem vindo a sustentar-se ao longo da presente Decisão, a AdC não exclui – aliás, com base precisamente nos elementos focados pelas visadas, suspeita – que as condutas objeto do processo possam ter uma abrangência, quer temporal, quer subjetiva, mais ampla do que aquela que resulta cabalmente demonstrada nos autos⁴⁰².
969. Com efeito, é verdade que alguns meios de prova utilizados pela AdC na Nota de Ilícitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.
970. Também é verdade que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, em alguns casos, às tais insígnias.
971. Não obstante, cumpre esclarecer que a AdC procedeu à valoração de todos os elementos de prova concretos constantes dos presentes autos e avaliou a sua aptidão probatória para efeitos de envolvimento de cada insígnia potencialmente envolvida na infração investigada.
972. Essa valoração – suportada em juízos e critérios de legalidade – determinou a inclusão de umas insígnias no envolvimento e a exclusão de outras para efeitos de ação sancionatória.
973. A AdC não exclui, todavia, que tais insígnias pudessem estar envolvidas nas condutas qualificadas como infração, apenas não reuniu nos autos – para as mesmas e contrariamente ao que apurou para as visadas – elementos suficientes para que pudesse imputar-lhes essas mesmas condutas, em termos que permitissem sustentar, a final, responsabilização das mesmas.
974. Concluindo, a AdC não contesta que alguns meios de prova juntos ao processo indiciam o envolvimento de outras empresas de distribuição para além das visadas.

⁴⁰² Atenta a inexistência de afastamento expresso por parte das visadas dos comportamentos analisados, não será de excluir que a prática possa ter começado ou continuado para além do período relativamente ao qual está a ser imputada às visadas, conforme se detalhará *infra*.

975. No entanto, o conjunto desses indícios não são suficientemente precisos e concordantes para fundamentar a imputação de uma prática restritiva da concorrência e essas empresas.
976. O âmbito subjetivo do processo é, necessariamente, definido com base em pressupostos de relevância probatória e dispersão da prova, que não se verificaram para todas as empresas de distribuição mencionadas na prova e consideradas na fase de inquérito.
977. A falta de consideração de algumas empresas de distribuição como visadas, nos termos acabados de descrever, em nada impede a consideração de outras, para além do fornecedor, relativamente às quais os critérios de imputação encontram na prova sustentação bastante e adequada.

III.3.1.3 Definição dos PVP

978. Os factos apurados indiciam que a prática em causa envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, essencialmente por *email*, entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas.
979. Através das referidas comunicações bilaterais, o fornecedor transmite às empresas de distribuição visadas um determinado posicionamento de PVP que deve ser implementado no mercado pela generalidade das empresas de distribuição.
980. Existem casos em que o referido posicionamento é transmitido por via do envio de tabelas com PVP de referência e/ou recomendados e/ou mínimos, ou de determinadas condições comerciais ou ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP.
981. Em resposta, as empresas de distribuição visadas, nuns casos, confirmam a adoção do posicionamento de PVP transmitido pelo fornecedor, e noutros, informam-no que o reposicionamento estará dependente do reposicionamento de insígnias concorrentes, solicitando ao fornecedor confirmação do alinhamento por parte das suas concorrentes ou procurando renegociar o posicionamento de PVP pretendido e a respetiva calendarização de alinhamento.

982. Os documentos que a Autoridade passa a descrever são particularmente reveladores deste tipo de situações⁴⁰³:
983. O documento BakeryDonuts662 consiste num *email* de 28 de outubro de 2004, sobre o assunto “*RE: PVP S/CODEA*”, trocado entre uma *Key Account Manager (KAM)* da Bimbo Donuts e um colaborador da Auchan, em que se lê:

From:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 28 de outubro de 2004 13:47
To: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]**
Subject: RE: PVP S/Codea

ok

-----Mensagem original-----

De: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]**
Enviada: Quinta-feira, 28 de Outubro de 2004 9:00
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Assunto: PVP S/Codea

Bom dia[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

tal como te falei, vamos proceder a uma alinhamento do PVP do Pão S/Codea no proximo dia 2/11. O Dia/Minipreço vai alinhar neste dia juntamente com todas as cadeias! Assim espero!!!!

Por isso mesmo, solicito o seguinte alinhamento:

512493 - Pão S/Codea 450Gr - PVP 1,99EUR

Peço a tua colaboração para que neste dia o PVP esteja alinhado!
Confirma com um Reply deste mail, sff!

Melhores Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Panrico - Produtos Alimentares
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]

984. Do conteúdo do documento BakeryDonuts662 que acaba de transcrever-se resulta que (i) previamente ao *email* enviado, foi acordado, pelo menos, entre a Bimbo Donuts e a Auchan um alinhamento de PVP para um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts; (ii) a Bimbo Donuts confirma que outras cadeias de distribuição deram o seu acordo ao alinhamento (“*O Dia/Minipreço vai alinhar neste dia juntamente com todas as cadeias!*”), devendo seguir o mesmo; (iii) como tal, a *KAM* da Bimbo Donuts solicita expressamente ao seu contacto na Auchan, que esta cadeia cumpra com o alinhamento acordado,

⁴⁰³ Sem prejuízo de eventuais exceções que possam justificar-se, procurar-se-á seguir uma exemplificação cronológica, que cobrirá o período analisado pela AdC.

fornecendo para isso o PVP que deverá ser seguido, ao qual o colaborador da Auchan dá o seu acordo (“ok”).

985. Veja-se igualmente o documento BakeryDonuts665, que consiste numa troca de *emails* de 23 e 24 de março de 2005, sobre o assunto “*Fw: Panrico – Alinhamento Geral PVP*”, em que a *KAM* da Bimbo Donuts solicita ao seu contacto no Carrefour o alinhamento em quatro dos seus produtos, referindo que as “[i]nsígnias *D[ija]*%, *Sonae* e *Feira Nova* já aderiram” e apelando à “*compreensão e colaboração para que no dia 31 todos estes PVP estejam nivelados!*”:

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: 24 de março de 2005 11:32

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]

Subject: Fw: Panrico - Alinhamento Geral PVP

Importance: High

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]
Pode contar com o alinhamento

Cdt.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

C.D. Alimentar

Carrefour Loures

Quinta Casal da Pipa . Estrada Nacional 250

2670-339 Loures

Tel:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

E-mail:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

----- Forwarded by

'PT/CARREFOUR/GROUPE-CARREFOUR on

24-03-2005 11:31 -----

"[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]
23-03-2005 19:01

To

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

cc

Subject

Panrico - Alinhamento Geral PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

actualmente são inumeros os problemas que a Panrico tem quer com
Carrefour, quer com todas as outras, no que respeita a PVP e margens!

As margens estão esmagadissimas, e o nosso objectivo é nivelar os preços
para patamares aceitáveis!

Como tal, está definido para o proximo dia 31/Março/2005 um alinhamento
geral de PVP em 4 artigos de "guerra" da Panrico, alinhamento esse ao qual
as Insignias Dia%, Sonae e Feira Nova já aderiram!

Daqui em diante, e para evitar mais loucuras e descontrolo, estes produtos
deixarão de fazer parte de acções quer de semana, quer de fim de semana.
Estando mesmo nós, internamente, proibidos de as fazer!

É mais uma tentativa da nossa parte no sentido de nivelar o mercado e de
vos fazer ganhar algum dinheiro com um fornecedor tão "pesado" em termos
de volume de negócios como é a Panrico!

Os Produtos e PVP minimos são:

241592 - Donuts 4 - 1,69?

1

241588 - Bollycao Classico 4 - 2,39?

240290 - Pão 600Gr - 1,49?

246955 - Pão S/Codea 450Gr - 1,99?

Apelo à vossa compreensão e colaboração para que no dia 31 todos estes PVP
estejam nivelados! Fico a aguardar a sua confirmação

Melhores Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]

Panrico - Produtos Alimentares

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]

986. Pedido ao qual o Carrefour responde “*Pode contar com o alinhamento*”.
987. O conteúdo do documento BakeryDonuts665 que acaba de se transcrever demonstra que: (i) os PVP de alguns produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts não estariam, à data do referido *email*, alinhados no mercado, o que causa um visível desagrado à empresa fornecedora (“*são inúmeros os problemas em que a Panrico tem quer com Carrefour, quer com todas as outras, no que respeita a PVP e margens*”); (ii) facto que levou a que tivesse sido acordado um alinhamento geral de PVP para o conjunto de produtos da Bimbo Donuts identificados no *email*, entre a Bimbo Donuts, o Dia, a MCH e o Feira Nova (pelo menos), para o dia 31 de março de 2005; (iii) de modo a garantir um alinhamento do PVP no mercado, a Bimbo Donuts solicita expressamente ao seu interlocutor no Carrefour que reposicione o PVP dos produtos mencionados em linha com os “*PVP mínimos*” indicados no *email*; (iv) além de indicar os PVP a que os seus produtos deveriam estar à venda na referida insígnia, a Bimbo Donuts refere ao seu ponto de contacto no Carrefour que os produtos identificados no *email* não poderão fazer parte de ações promocionais, estando o próprio fornecedor impedido de as fazer.
988. Sobre o mesmo assunto do alinhamento geral de quatro artigos da Bimbo Donuts, agendado para o dia 31 de março de 2005, veja-se o conteúdo do documento BakeryDonuts613, que integra a conversação n.º 154⁴⁰⁴ e consiste no envio da mesma informação à loja de Alverca da Auchan. Em resposta à indicação dos PVP referidos, a empresa de distribuição confirmou a adoção do posicionamento de PVP transmitido pela Bimbo Donuts, informando, contudo, que a manutenção desse posicionamento dependerá do posicionamento para o mesmo nível de preços por parte das empresas de distribuição concorrentes.
989. Para tal, refere o ponto de contacto da Auchan que não irá aceitar “*nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado*”. Caso as empresas de distribuição concorrentes não cumpram o referido alinhamento, o colaborador da Auchan alerta para o facto de futuros alinhamentos de PVP por parte da loja passarem a estar dependentes de prévia verificação dos PVP praticados pela concorrência. Quanto ao alinhamento

⁴⁰⁴ A conversação n.º 154 considerada relevante para feitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts610, BakeryDonuts613 e BakeryDonuts614.

agendado para o dia 31 de março de 2005 garante, contudo, “[n]ão seremos nós a furar o alinhamento”:

De:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Enviada: 24 de março de 2005 14:09

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia às 09.00 estaremos na concorrência - Dia / Carrefour / Continente / Feira Nova a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência - ou seja no dia seguinte e após verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento.

Cumprimentos a todos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

990. Veja-se o conteúdo dos documentos que integram a conversa n.º 257⁴⁰⁵, que consistem em dois *emails* enviados, em 15 de junho de 2005, por uma *KAM* da Bimbo Donuts, um para o seu interlocutor na loja de Alverca da Auchan, e o outro para o seu interlocutor na loja de Cascais da Auchan, dando nota de que as referidas lojas já poderiam aumentar o PVP dos produtos Manhãzitos Choco e Manhãzitos Leite para o PVP praticado pela MCH.
991. O conteúdo dos documentos que integram a conversa n.º 152⁴⁰⁶, que consiste numa troca de *emails* de 15 de setembro de 2005, sobre o assunto “*RE: Alinhamento PVP*”, demonstra que a Bimbo Donuts solicita que a Auchan alinhe o PVP em dois produtos do seu *portfolio*, referindo que “[a] concorrência tem estes PVP alinhados! Caso não o possa fazer avise-me de imediato!”. Minutos depois a *KAM* da Bimbo Donuts envia outro *email* reforçando a importância do alinhamento, em específico para um produto,

⁴⁰⁵ A conversa n.º 257 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts612 e BakeryDonuts646.

⁴⁰⁶ A conversa n.º 152 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts591, BakeryDonuts593 e BakeryDonuts605.

enviando, posteriormente a Auchan, o seu acordo ao alinhamento, respondendo “[c]onfirmado”.

992. Do documento BakeryDonuts602, que consiste num *email* de 14 de novembro de 2005 sobre o assunto “*PVP Pão 310 gr*” enviado por uma *KAM* da Bimbo Donuts aos seus interlocutores na loja de Alverca da Auchan, depreende-se de forma muito clara que a definição de PVP recomendados como mínimos e o conseqüente alinhamento seria prática comum nos mercados em causa. Refere a *KAM* da Bimbo Donuts, ao solicitar o alinhamento do PVP do Pão 310 gr, que “[e]stamos a tentar alinhar todas as cadeias para 0,99 de modo a estabelecer este PVP como mínimo à semelhança do que fizemos com outros formatos!”. Adicionalmente, a *KAM* da Bimbo Donuts solicita que a Auchan alinhe este PVP para efeitos de *shopping* por parte da insígnia concorrente Dia, fomentando o alinhamento do referido PVP pelas demais empresas de distribuição concorrentes.
993. Em 2006, veja-se o documento BakeryDonuts726, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida em 30 de janeiro desse ano, sobre o assunto “*RE: Parrico – Alinhamento PVP*”, entre uma *KAM* da Bimbo Donuts e o seu interlocutor no Carrefour, onde se pode ler:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 30 de janeiro de 2006 17:32
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico - Alinhamento PVP

Tambem Auchan, Sonae e Feira Nova se comprometem com o nivelamento!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: segunda-feira, 30 de Janeiro de 2006 17:30
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Re: Panrico - Alinhamento PVP

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

E os restantes operadores (Auchan e Continente)?

PM

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

30-01-2006 17:26

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

cc

Subject: Panrico - Alinhamento PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

finalmente conseguimos chegar a acordo com Dia Minipreço e Pingo Doce para um alinhamento de PVP em 3 SKU!

Assim, para 5ªfeira - 2/Fev - solicito o seguinte alinhamento:

241592 - Donuts Glace 4 - 1,74€
241588 - Bollycao Clássico 4 - 2,49€
240290 - Pão 600gr - 1,59€

Contamos desde já com a vossa colaboração!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

994. O conteúdo do documento BakeryDonuts726 que acaba de transcrever-se permite verificar que: (i) previamente ao *email* enviado, foi acordado entre a Bimbo Donuts, o Dia, o Minipreço e o Pingo Doce (pelo menos), um alinhamento de PVP para o conjunto de produtos da Bimbo Donuts identificados no *email*; (ii) esse alinhamento é também comunicado ao Carrefour; (iii) esta insígnia solicita confirmação à Bimbo Donuts quanto ao alinhamento por parte da MCH e da Auchan, percebendo-se que o seu alinhamento estará dependente do alinhamento por parte, também, destas insígnias concorrentes, as quais, a Bimbo Donuts confirma que entrarão igualmente no alinhamento.
995. O documento BakeryDonuts713 consiste num *email* de 13 de março de 2006, sobre o assunto “Panrico – PVP Bollycao 4” enviado pela Bimbo Donuts ao Carrefour, em que pode ler-se:

From: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:**

Sent: 13 de março de 2006 19:43

To: 'Carrefour Sede' [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: Panrico - PVP Bollycao 4

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

dado que o folheto de Bollycao já terminou temos de nivelar novamente o PVP de Bollycao 4 para que a concorrência nivele também!

Assim solicito o alinhamento de:

241588 - Bollycao Classico 4 - 2,49€

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

996. O conteúdo do documento BakeryDonuts713 que acaba de se transcrever permite demonstrar que a Bimbo Donuts aquando do término de uma ação promocional no Carrefour, solicita expressamente esta insígnia a “*nivelar novamente o PVP de Bollycao 4 para que a concorrência nivele também!*”.
997. Outro elemento de prova das práticas que se pretendem descrever no presente capítulo consta do documento BakeryDonuts728, que consiste numa cadeia de *emails* de 8 e 10 de agosto de 2006, sobre o assunto “*Re: Panrico: PVP Bollycao*” entre um colaborador do Carrefour e uma *KAM* da Bimbo Donuts, em que é discutida a reação do Carrefour a um folheto promocional do Feira Nova e as diligências levadas a cabo pela Bimbo Donuts com vista à manutenção do PVP no mercado.
998. Do conteúdo do referido documento BakeryDonuts728 resulta que (i) a Bimbo Donuts sabe que no dia 10 de agosto de 2006, o Feira Nova vai ter, em folheto, o produto Bollycao Clássico 4 com um PVP de 1,98 €, valor abaixo da “recomendação” dada pela Bimbo Donuts, 2,49 €; (ii) em resposta, a Bimbo Donuts vai-se abster de fornecer o referido produto ao Feira Nova até à data final do folheto; (iii) solicitando, ainda, ao Carrefour para que este não reaja ao referido folheto, “*mantendo o Bollycao4 a 2,49 € preço normal de alinhamento!*”; (iv) mais tarde, no dia 10 de agosto de 2006, o colaborador do Carrefour confirma à Bimbo Donuts que não reagirá ao folheto do Feira Nova.

999. Por exemplo, no documento BakeryDonuts792, que consiste numa cadeia de *emails* de 8 de setembro de 2006, sobre o assunto “*Re: Panrico – PVP*”, entre uma colaboradora do Feira Nova e uma *KAM* da Bimbo Donuts, pode ler-se:

From:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 8 de setembro de 2006 12:19
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Re: Panrico - PVP

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

Relativamente ao enriquecido sem codea vamos alinhar.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
cc:

Subject: Panrico - PVP

Bom dia (novamente) [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

No seguimento do alinhamento de PVP que fizemos, ficou a faltar o Pão 310 por estar em folheto na altura.

Agora, o artigo saiu já de folheto como tal solciito que alinhe o PVP para o que está no resto do mercado. - **15130 – Pão 310 gr - 1,09€**

Para além disso estamos a marcar também o alinhamento de Pão Enriquecido sem Codea com todo o mercado. Peço tmbem a sua colaboração no sentido de alinhar o cód: **425003 – Enriquecido sem Codea – 1,99€**

Obrigado pela colaboração!

Ciumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1000. O documento BakeryDonuts908, que integra a conversação n.º 104⁴⁰⁷, consiste num *email* de 18 de julho de 2007, sobre o assunto “*Panrico – Alinhamento de PVP’s*”, através do qual uma colaboradora da Bimbo Donuts solicita ao seu interlocutor no Feira Nova um alinhamento de preços, informando, também, que o “*Dia, a Sonae e o Carrefour já se comprometeram com o alinhamento*”. É fornecido o código de referência de cada produto e o PVP correspondente. A colaboradora da Bimbo Donuts conclui referindo que alguns dos PVP referidos já estão a ser cumpridos pelo Feira Nova, solicitando que a insígnia alinhe os restantes.

⁴⁰⁷ A conversação n.º 104 considerada relevante para feitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts908, BakeryDonuts909.

1001. Também em 2007, no documento BakeryDonuts910, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 4 de outubro, sobre o assunto “*Alinhamento PVP – Lidl*”, uma KAM reporta ao, à data, diretor comercial, o estado do alinhamento de PVP de quatro produtos da Bimbo Donuts, em diversas insígnias:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 4 de outubro de 2007 12:00
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Alinhamento PVP - Lidl

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

O status de PVP 's é o seguinte,

1 – Bollycao 4 e Pão 600gr. – O Plus está com estes SKU em folheto a 2,59€ e 1,49€ respectivamente. Este folheto termina amanhã (6ªfeira) e o Plus garantiu-me que 2ªfeira terá os PVP todos correctos. Com esta subida a Sonae alinha para 3ªfeira.

2 – Manhãzitos 8 – alinhados em todo o mercado a 2,99

3 – Pão S/Codea 450gr – está em folheto na Dia a 1,89 até dia 10. Estou a aguardar confirmação do Dia mas à partida na 5ªfeira dia 11 o PVP estará alinhado para 1,99 (estamos a aguardar a confirmação do cliente)

4 – Donuts 6 – temos apenas algumas lojas ainda a 2,56 (Jumbos e Leclerc) e que até 2ªfeira estarão alinhadas a 2,59.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1002. O conteúdo do documento BakeryDonuts910 que acaba de se transcrever permite constatar que: (i) a cadeia Plus tinha, à data do *email*, uma ação promocional a decorrer para os artigos Bollycao4 e Pão 600gr em folheto, que terminaria no dia seguinte (sexta-feira), tendo garantido ao fornecedor que na segunda-feira seguinte os PVP dos referidos artigos seriam os indicados pela Bimbo Donuts, os “*preços corretos*”; (ii) face a este folheto da Plus, a MCH não estaria a acompanhar o alinhamento de PVP, facto que se alteraria com o alinhamento garantido pela Plus, o que levaria a MCH a subir os seus PVP para os corretos, um dia após a subida da Plus (terça feira); (iii) o PVP do artigo Manhãzitos 8 estava alinhado em todo o mercado; (iv) o Dia tinha o produto Pão sem cõdea 450gr em folheto, com um preço abaixo do PVP do alinhamento, estando a KAM da Bimbo Donuts à espera de confirmação do Dia de que, aquando do término da ação promocional, o PVP do referido artigo passaria a estar alinhado com o mercado; (v) relativamente ao produto Donuts 6, somente as empresas de distribuição Auchan e Leclerc não estariam alinhadas com o mercado, praticando um preço mais baixo, tendo estas, no entanto, confirmado que a partir de segunda-feira o PVP no referido produto seria o PVP praticado pelas restantes empresas de distribuição.

1003. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 318⁴⁰⁸, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida, entre Bimbo Donuts e MCH, entre 12 e 16 de setembro de 2008, sobre o assunto “*RE: 9 cereais*”, permite perceber que: (i) a MCH terá reportado à Bimbo Donuts o desvio de, pelo menos, três lojas do Feira Nova, face ao PVP alinhado no mercado para um produto da Bimbo Donuts, com o intuito de intercessão da Bimbo Donuts junto das mesmas para que corrigissem o desvio; (ii) a Bimbo Donuts confirma que os PVP praticados por essas lojas são os corretos, e informa que irá enviar os respetivos talões comprovativos; (iii) a MCH lembra e pressiona o fornecedor para que este lhe envie os talões comprovativos do alinhamento, ameaçando que se a Bimbo Donuts nada enviar, a MCH passará a subir os seus PVP só após a constatação do alinhamento de insígnias concorrentes; (iv) o produto em causa está em rutura em duas das lojas, o que dificulta o envio dos talões por parte da Bimbo Donuts, facto que levou a MCH a afirmar: “[c]onfiei na v/ palavra e o talão ainda não chegou. Se amanhã não enviarem nada, não contem mais com a Sonae, passamos só a subir depois do mercado subir”.

1004. Nos documentos que integram a conversação n.º 109⁴⁰⁹, que consiste numa cadeia de *emails* de 23 de setembro de 2008, sobre o assunto “*FW: Panrico – Shopping*”, a KAM da Bimbo Donuts envia ao seu interlocutor na loja da Auchan de Alfragide uma solicitação expressa para reposicionar o PVP de determinados artigos no dia seguinte, alertando para o facto de “[o] Jumbo de Alfragide sempre colaborou com a Panrico nestas situações. Na semana passada a loja subiu todos os preços, mas na 6ª feira alguns deles baixaram sem razão aparente”.

1005. Em resposta, o colaborador da Auchan refere que a baixa de preços se deveu a *shopping* realizado a empresas de distribuição concorrentes, referindo que, de ora em diante, o alinhamento de PVP por parte da Auchan estaria dependente da verificação do reposicionamento de insígnias concorrentes – “[n]o dia em que existirem nivelamentos, a Panrico faz o registo dos artigos, traz-nos os Talões e depois alteramos” (cf. documentos da conversação n.º 109).

⁴⁰⁸ A conversação n.º 318 é considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1011 e BakeryDonuts1012.

⁴⁰⁹ A conversação n.º 109 é considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts965, BakeryDonuts973, BakeryDonuts974 e BakeryDonuts1069.

1006. Em reação à referida resposta, a *KAM* da Bimbo Donuts alerta para o seguinte (cf. documentos que integram a conversação n.º 109):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 23 de setembro de 2008 16:01
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico - Shopping

Percebo perfeitamente a sua posição mas se todos os operadores tiverem a mesma posição de espera nunca conseguimos fazer nada! Daí pedirmos a colaboração e compreensão de todos!

Quanto às roturas, preocupamo-nos da mesma forma com este assunto. Que roturas são? Em que artigos? Quando?

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1007. Em 2010, veja-se o documento BakeryDonuts142, que consiste num *email* de 10 de agosto, com o assunto “*alinhamentopvp donuts6 e bollyvao 4*”, em que um colaborador da Bimbo Donuts comunica que será feito um “*alinhamento de preços em todas as cadeias*”, solicitando a colaboração da Auchan no acompanhamento e cumprimento do mesmo:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 10 de agosto de 2010 23:40
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: alinhamentopvp donuts6 e bollyvao 4

Boa tarde Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Amanhã dia 11 de Agosto vamos fazer um alinhamento de preços em todas as cadeias em donuts 6 e bollycao 4, agradeço que colabore connosco nestes alinhamentos:

Artigo: Donuts 6
Cód. Sirius: 459236
PVP recomendado: 2,89€

Artigo: Bollycao 4
Cód. Sirius: 1850
PVP recomendado: 2,47€

Desde já agradeço a sua colaboração.

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:



1008. O documento BakeryDonuts229, que consiste num *email* interno, de 14 de junho de 2012, com o assunto “*Urgente: criação de código Bollycao Pack 2*» €1,39 PVP Recomendado”, enviado para alguns colaboradores da Bimbo Donuts com as condições

de venda do Bollycao Pack 2 sendo, igualmente, fornecido o respetivo PVP recomendado e a nota de que esta informação deverá ser rapidamente transmitida às respetivas lojas dos colaboradores da Bimbo Donuts. No mesmo *email* é feita menção à necessidade de verificação, por parte dos colaboradores da Bimbo Donuts, do alinhamento de PVP de Bollycao 4 nas respetivas lojas, nomeadamente através do envio de talões de compra.

1009. O documento BakeryDonuts125, que consiste numa cadeia de *emails* de 22 de janeiro de 2013, sobre o assunto “*RE: Shopping pvps sugeridos*”, em que um colaborador da Bimbo Donuts solicita expressamente ao seu interlocutor no Leclerc⁴¹⁰ que proceda “*com máxima urgência*” ao alinhamento de PVP na sua loja, tal como terá ocorrido no Jumbo. A urgência no alinhamento visa evitar *shopping* por outras empresas de distribuição (incluindo a Auchan) que detetem que o PVP recomendado não está a ser seguido no Leclerc, o que poderá, assim, levar a um aumento dos preços e a um desalinhamento dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado:

⁴¹⁰ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 22 de janeiro de 2013 19:00
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: RE: Shopping pvps sugeridos

Boa tarde Sr. [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:

Venho informar que hoje já alinhei os preços conforme solicitado, venho informar que amanhã no máximo 5 feira vamos ver o shopping da nossa concorrência.
Já agora venho dizer que os artigos 654, 27,320,253,312,953,121,550,não podem estar na loja já dei ordens para amanhã dia 23 não serem deixados.

Atenciosamente



[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

RESP. MERCEARIA

Valongodis, Sociedade de Distribuição SA
Tel. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Fax:
E-mé
www.e-leclerc.pt

 Antes de imprimir este e-mail pense bem se tem mesmo que o fazer. Há cada vez menos árvores

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:
Enviada: Tuesday, January 22, 2013 4:49 PM
Para: Mercearia Valongo
Assunto: Shopping pvps sugeridos

Boa tarde Sr.[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Hoje dia 22 de Janeiro o Jumbo já alinhou os pvps dos meus produtos.

Peço-lhe o favor de também fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo.

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:



1010. Em resposta, o Leclerc confirma a adoção do posicionamento de PVP transmitido pela Bimbo Donuts, informando o colaborador da Bimbo Donuts que, nos próximos dias, irá fazer *shopping* ao preço praticado pelas insígnias concorrentes. Desta resposta resulta que a manutenção do alinhamento de PVP pelo Leclerc, e conseqüente subtração ou limitação de liberdade de determinação dos preços praticados por esta insígnia, está dependente da adoção do mesmo PVP pelas outras empresas de distribuição, situação ilustrativa do funcionamento deste mecanismo de alinhamento relativamente não apenas ao Leclerc, mas a todas as empresas de distribuição (“antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo”).

1011. Do documento BakeryDonuts118, que consiste num *email* de 28 de janeiro de 2013, sobre o assunto “*preços shopping*”, enviado pelo mesmo ponto de contacto do Leclerc⁴¹¹ ao colaborador da Bimbo Donuts, depreende-se que os PVP indicados estão a ser cumpridos, pelo menos pela Auchan e pela MCH, o que leva a que o Leclerc alinhe os seus PVP com os praticados no mercado. O Leclerc informa que vai alinhar os seus preços “*para não dizer que [é] o Leclerc que est[á] a baixar preços por iniciativa*”.

1012. Este comentário adicional permite concluir que: (i) o Leclerc poderá não ter cumprido alinhamentos passados, pelo facto de PVP comunicados não estarem a ser seguidos por outras insígnias concorrentes, facto que terá levado a uma baixa dos preços pelo Leclerc em resposta a esses desalinhamentos; (ii) quando da constatação de tais situações, o fornecedor terá entendido que seria o Leclerc a distanciar-se do posicionamento de PVP acordado, por sua iniciativa, e não como resposta a PVP de outras empresas de distribuição; e (iii) uma vez mais, como funciona o procedimento de alinhamento de preços, nos termos do qual a autodeterminação na definição de PVP pelas insígnias é substituída por uma interdependência de cumprimento (alinhamento) de determinados PVP (previamente fixados) por parte as empresas de distribuição concorrentes:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 28 de janeiro de 2013 16:11
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: preços shopping


Boa tarde...

Venho informar que após análise ao shopping feito ao Jumbo e continente vou alinhar os preços que e para não dizer que e o Leclerc que esta a baixar preços por iniciativa .

E.Leclerc 

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
RESP. MERCEARIA

Valongodis, Sociedade de Distribuição SA
Tel.: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Fax: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
E-mail: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
www.e-leclerc.pt

 Antes de imprimir este e-mail pense bem se tem mesmo que o fazer. Há cada vez menos árvores

⁴¹¹ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

III.3.1.3.1 *Pronúncia das Visadas*

1013. Relativamente à definição dos PVP com recurso ao fornecedor, as visadas alegam que a AdC faz uma interpretação errada dos documentos constantes dos autos, desvalorizando o seu real contexto⁴¹².
1014. No que respeita à indicação de PVP, a Bimbo Donuts sustenta que a preocupação dos fornecedores com o posicionamento de PVP dos seus produtos no mercado é legítima⁴¹³ e “*está na base da prática corrente no mercado da recomendação de preços de revenda*”⁴¹⁴.
1015. A visada afirma que o facto de alguns dos *emails* enviados por colaboradores seus a representantes de loja da Auchan referirem estar a ser planeado um “*alinhamento em todas as cadeias*” não permite concluir pela existência de uma infração, “*na medida em que não são referidas as empresas de distribuição que, juntamente com o fornecedor, estariam alegadamente a participar em tal prática, nem há prova nos autos relativa a pedidos semelhantes feitos a outras insígnias, nem tampouco que essas demais empresas de distribuição tivessem ou pudessem estar cientes que a Bimbo Donuts iria comunicar ao Auchan o preço a que iriam vender os produtos*” (cf. documentos BakeryDonuts142, BakeryDonuts147, BakeryDonuts148, BakeryDonuts149, BakeryDonuts139, BakeryDonuts140, BakeryDonuts166)⁴¹⁵.
1016. Segundo a Bimbo Donuts, documentos tais como BakeryDonuts14, BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118, ao invés de demonstrarem uma ingerência sua na determinação de PVP, dizem respeito a casos isolados de meros pedidos de acompanhamento dos PVP recomendados, relativos a lojas específicas da Auchan e Leclerc que, devido à sua organização descentralizada, não têm qualquer expressão. A visada chega a afirmar que o documento BakeryDonuts118 “*evidencia é que os retalhistas são livres de definir os seus preços de revenda*”. Relativamente a interações tidas com ou sobre a Auchan, Leclerc e Intermarché, a visada refere que o facto de estas cadeias estarem organizadas

⁴¹² Cf. capítulo II.E da PNI MCH, Cf. capítulo II.1.1 da PNI Auchan; pág. 137 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴¹³ Cf. §71 e §105 e ss. da PNI Bimbo Donuts.

⁴¹⁴ Cf. §598 da PNI Bimbo Donuts.

⁴¹⁵ Cf. capítulos V.2.A., V.2.B. da PNI Bimbo Donuts.

de forma descentralizada implica contactos com as lojas, o que implica, consequentemente, ocorrências com pouca expressão⁴¹⁶.

1017. Segundo a Bimbo Donuts, os documentos BakeryDonuts1404, BakeryDonuts1416, BakeryDonuts1424 e MCH1129 refletem situações em que a visada estaria a alertar para a existência de uma publicidade (na forma de folheto) que promovia um preço promocional que seria igual ao preço sem promoção, em violação do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 70/2007, como também na redação mais recente, do Decreto-Lei n.º 109/2019⁴¹⁷.

1018. A MCH admite que existem múltiplas comunicações no processo ocorridas entre o fornecedor e a visada sobre preços de retalho, incluindo PVPR e até mesmo PVP concretamente praticados pela MCH e por concorrentes; não obstante, alega que o seu contexto e motivação são absolutamente legítimos⁴¹⁸.

1019. Em primeiro lugar, a MCH caracteriza o relacionamento entre fornecedor e insígnias como *“intenso, dialéctico e populado por inúmeras interacções”*⁴¹⁹, referindo que este *“não se esgota no negócio de compra e venda e é utilizado também pelo fornecedor para fomentar o escoamento dos seus produtos”*⁴²⁰, o que implica a discussão permanente de informação relevante para o desenrolar da relação comercial, sendo frequentemente utilizados argumentos em interações calorosas para sustentar propósitos comuns, mas também propósitos conflitantes, fazendo uso da queixa, exagero, pressão, *bluff*, recorrendo a estratégias de empatia e persuasão⁴²¹.

1020. Em segundo lugar, a MCH afirma que o PVP é um fator muito relevante no posicionamento estratégico dos produtos e, portanto, o PVPR [SEGREGO DE NEGÓCIO: POLÍTICA COMERCIAL DA MCH: RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO EM CAUSA] para a construção da gama do retalhista, negociação das condições de aprovisionamento, comparticipação de descontos ao consumidor final, o que explica a

⁴¹⁶ Cf. capítulo V.3.B. da PNI Bimbo Donuts.

⁴¹⁷ Cf. §377 a 382 da PNI Bimbo Donuts. Esclarece, assim, a visada de que o “preço normal” do produto seria o preço antes do início da campanha promocional – 1,49€.

⁴¹⁸ Cf. capítulo II.F.b) da PNI MCH.

⁴¹⁹ Cf. §209 da PNI MCH.

⁴²⁰ Cf. §212 da PNI MCH.

⁴²¹ Cf. capítulo II.F.f) da PNI MCH.

recorrência com que é objeto de discussão entre o fornecedor e as insígnias e a tensão negocial envolvida⁴²².

1021. Segundo a MCH, o papel do fornecedor e respetivos produtos é essencial para a construção pelo distribuidor de uma gama ampla e com preços competitivos adequada à procura pelos consumidores⁴²³, podendo ler-se na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude o seguinte:

“Como é evidente, não é eficiente nem rentável para o retalhista ser ele a definir unilateralmente (sem estreita colaboração com os seus fornecedores ou à sua revelia) o posicionamento de cada um dos produtos de marca do fornecedor que adquire”⁴²⁴;

“Com a [SEGREDO DE NEGÓCIO: RELAÇÃO NEGOCIAL COM FORNECEDOR] fornecedores, principalmente os que têm organizações mais estruturadas, e em particular com a Visada Bimbo Donuts, a MCH desenha e acorda planos e estratégias [SEGREDO DE NEGÓCIO: RELAÇÃO NEGOCIAL COM FORNECEDOR], assentes em princípios de desenvolvimento de segmentos e marcas”⁴²⁵.

1022. A Auchan alega que inexistente prova que permita imputar uma infração à Auchan, uma vez que não é junta qualquer resposta sua ou qualquer *email* interno da visada que sustente pretensa vontade em cooperar enquanto participante num acordo (cf. documentos BakeryDonuts142, BakeryDonuts662, BakeryDonuts602, BakeryDonuts125, BakeryDonuts726)⁴²⁶.

1023. Segundo a visada, o documento BakeryDonuts613 não permite demonstrar a conduta imputada à Auchan, uma vez que os preços são definidos loja a loja, considerando manifestamente excessiva *“a imputação de uma infração por alegada marcação de preço, ao nível da de uma loja apenas, a todo o grupo Auchan, uma vez que não existe controlo possível sobre esse fator”*. Adicionalmente, a Auchan afirma que este documento permite demonstrar o carácter inédito desta prática para Auchan, referindo ainda que este episódio ocorreu há 15 anos, não existindo prova de qualquer tipo de

⁴²² Cf. § 240 a 242, 248 e 255 a 257 da PNI MCH.

⁴²³ Cf. § 222 da PNI MCH.

⁴²⁴ Cf. § 221 da PNI MCH.

⁴²⁵ Cf. § 236 da PNI MCH.

⁴²⁶ Cf. capítulo II.1.1. da PNI Auchan.

continuidade deste tipo de comportamento pela loja em questão e ainda menos pela Auchan, encontrando-se, assim, prescrito.

1024. Considera igualmente que alguns dos documentos descritos na Nota de Ilícitude, ao invés de demonstrarem a definição de PVP a serem praticados no mercado, evidenciam a pressão que a Bimbo Donuts exerce sobre a Auchan com vista à adoção de um determinado comportamento (cf. conversações n.º 257, 109 e 152).

1025. A visada defende que *“não existe prova de qualquer aquiescência ou comportamento tácito da Auchan que revele uma convergência de vontades com a Bimbo Donuts relativamente a uma eventual fixação de preços de venda ao público”* (cf. documentos BakeryDonuts910, BakeryDonuts125, BakeryDonuts118, BakeryDonuts142)⁴²⁷.

1026. Não obstante, a visada reconhece que é possível extrair dos elementos probatórios carreados para o processo a participação e prominência da atuação da MCH como tendo *“um papel ativo, reiterado e determinante (...) na articulação com o fornecedor, na indicação do nível de preços, na pressão deste sobre a Bimbo Donuts para alcançar a prática de determinados preços por parte de outras insígnias, bem como em ações de shopping constantes e reporte junto da Bimbo Donuts de insígnias com PVP’s posicionados de forma diferente do acordado entre a MCH e a Bimbo Donuts”*⁴²⁸.

1027. A Pingo Doce alega que a sua estratégia comercial alterou-se radicalmente a partir da ação promocional que ficou conhecida por “1 de Maio de 2012”, passando a focar-se no [Confidencial – estratégia comercial da visada]⁴²⁹, o que implica a construção de boas propostas ao consumidor e, conseqüentemente, duras negociações com os fornecedores, condicionadas pelas PIRC⁴³⁰.

1028. Segundo a Pingo Doce, a prova revela isso mesmo, uma pressão constante para [Confidencial – estratégia comercial da Visada], entre partes com interesses

⁴²⁷ Cf. capítulos II.1 e II.1.1. da PNI Auchan.

⁴²⁸ Cf. §139 da PNI Auchan e documentos BakeryDonuts1011 e BakeryDonuts1012.

⁴²⁹ Cf. pág. 57 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴³⁰ *Idem*.

contraditórios – o fornecedor pretende elevar os preços grossistas e as insígnias [Confidencial – estratégia comercial da Visada]⁴³¹.

1029. Não obstante, a Pingo Doce afirma que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPR⁴³², referindo que as recomendações de preço dos fornecedores são meramente indicativas e são apenas um dos muitos aspetos que são valorados na concreta definição do PVP, que incumbe sempre à Pingo Doce. Refere a visada que “o PVPR se mantém como um dos parâmetros relevantes [Confidencial – estratégia comercial da Visada]”⁴³³.

III.3.1.3.2 Apreciação da Autoridade

1030. Analisada a Pronúncia das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar a conduta em causa, a AdC conclui pela improcedência da argumentação expendida pelas visadas, quanto à matéria de facto que subjaz à definição dos PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor, nos termos que se seguem.

1031. A defesa das empresas visadas quanto à matéria de facto relativa à definição de PVP alicerça-se, fundamentalmente, em dois aspetos: (i) a Bimbo Donuts mantém uma política de recomendação de PVP que é imprescindível para construção do posicionamento do produto; e (ii) são as insígnias que definem os seus PVP, de forma autónoma.

1032. A Autoridade não contesta que a Bimbo Donuts mantém uma política de PVP que é imprescindível para construção de posicionamento dos produtos, nem que as insígnias têm um papel fundamental da definição desses PVP.

1033. Simplesmente, como se demonstrou e demonstrará ao longo da presente Decisão, nem a política de PVP da Bimbo Donuts é uma mera política de recomendação de preços, nem a definição dos PVP pelas insígnias, nos casos descritos na presente Decisão, é feita de forma autónoma ou (apenas) com desígnios legítimos.

⁴³¹ Cf. pág. 57 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴³² Cf. pág. 144 da PNI Pingo Doce.

⁴³³ Cf. §240 da PNI Pingo Doce.

1034. Com efeito, as comunicações ocorridas sobre esta matéria entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas extravasam aquilo que pode ser considerado normal, legítimo e lícito em discussões comerciais, em que um dos aspetos referidos seja os PVP a praticar, e entram no que se configura como uma infração às normas jusconcorrenciais.
1035. Recorde-se, a este propósito, o teor dos documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts726, BakeryDonuts713, BakeryDonuts728, BakeryDonuts792 e documentos que integram as conversações n.º 152, 318 e 109 referidos *supra* nos parágrafos 985 a 987, 988 a 989, 993 a 994, 995 a 996, 997 a 998, 999, 991, 1003, 1004 a 1006, respetivamente.
1036. De facto, não existem apenas “recomendações” de PVP por parte da Bimbo Donuts, existe sim uma ação coordenada para “alinhar” os mesmos com todas as empresas de distribuição visadas, de forma a deliberadamente condicionar o mercado.
1037. Esta conclusão é manifesta do teor dos documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts602, BakeryDonuts726, BakeryDonuts908, BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118, referidos nos parágrafos 983 a 984, 985 a 987, 988 a 989, 992, 993 a 994, 1000 1009 a 1010 e 1011, respetivamente, *supra*.
1038. Da parte das empresas de distribuição visadas, ainda que cada uma, em teoria, pudesse ser livre de praticar os PVP que entender, existe a intenção comum de que esse PVP seja definido pela Bimbo Donuts para todos os intervenientes, de forma a “alinhar” (expressão repetida inúmeras vezes ao longo dos elementos probatórios) o mercado para o objetivo comum, o da concertação nos preços de retalho.
1039. Veja-se, a este propósito, os documentos referidos e analisados no capítulo III.3.1.3 *infra*.
1040. Assim, a liberdade de fixação de preços, cuja existência teórica não se questiona, esvazia-se de conteúdo na prática quando (i) as empresas de distribuição visadas permitem que a Bimbo Donuts lhes solicite ou determine a prática de determinados PVP, (ii) na maioria das vezes acatando-os (e existindo consequências negativas quando tal não ocorre, como se verá *infra*), (iii) sabendo que as mesmas solicitações estão a ser

efetuadas pela Bimbo Donuts aos restantes operadores concorrentes e (iv) que estes atuarão no mesmo sentido.

1041. Veja-se ainda, a este propósito, o conteúdo do documento BakeryDonuts726 *supra* citado, resultando claro a convergência de vontades e o alcance de um acordo “*para um alinhamento de PVP em 3 SKU!*”, com menções expressas a todas as visadas.

1042. O documento BakeryDonuts125, também já citado, é outro caso em que a Bimbo Donuts comunica ao Leclerc⁴³⁴ que a visada Auchan “*já alinhou os pvps dos meus produtos*”, motivo pelo qual solicita ao seu ponto de contacto no Leclerc “*o favor de também fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo*”.

1043. Percebe-se de modo extremamente claro que não existe uma verdadeira negociação entre as partes, mas sim uma indicação pela Bimbo Donuts de qual o PVP a praticar, qual a motivação para a prática desse PVP (o alinhamento de preços no mercado) e um acompanhamento das empresas de distribuição visadas quanto ao mesmo, embora sob a condição e com o conhecimento de que comportamento similar estava a ser transmitido e adotado pelas suas concorrentes.

1044. O conteúdo destas mensagens – que são apenas alguma das múltiplas que constituem o acervo probatório do processo e que constam da factualidade descrita na Nota de Ilicitude e na presente Decisão –, ainda que as visadas tentem que seja analisado e compreendido num contexto de negociação legítima entre fornecedor e distribuidor, ultrapassa de forma clara esse limiar, demonstrando, como se verá, a ilicitude da prática em questão.

1045. De facto, resulta claro que não se tratavam de meras recomendações de preço da Bimbo Donuts às empresas de distribuição suas clientes, a seguir facultativamente, mas sim uma verdadeira ação concertada de todos os intervenientes no sentido de alinhar o mercado e definir conjuntamente os PVP a praticar.

⁴³⁴ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1046. Recorde-se, nesse sentido, o explícito conteúdo do documento BakeryDonuts713, trocado entre a Bimbo Donuts e o Carrefour, onde é expressamente referido pela Bimbo Donuts *“dado que o folheto de Bollycao já terminou temos de nivelar novamente o PVP de Bollycao 4 para que a concorrência nivele também!”*.
1047. As empresas de distribuição visadas sabem, portanto, ao receber indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idênticas indicações foram transmitidas às suas concorrentes, implementando assim os PVP mediante a convicção de que os seus concorrentes farão o mesmo (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts726, BakeryDonuts602, BakeryDonuts792, BakeryDonuts908, BakeryDonuts142, BakeryDonuts125, conversaçoã n.º 154).
1048. À Bimbo Donuts cabe, através do *input* do PVP a fixar, veicular a informação entre as empresas de distribuição visadas, estabelecendo comunicações entre elas, de forma indireta, tendo todos os participantes plena consciência desse facto.
1049. No que diz respeito aos documentos BakeryDonuts14, BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118, da respetiva análise resulta precisamente o oposto do alegado pela visada Bimbo Donuts (cf. parágrafo 1016, *supra*). Na verdade, a análise da globalidade da prova permite concluir que estes não se tratam de casos isolados, mas, sim, de comunicações onde é expressamente transmitido o PVP a implementar pelas empresas de distribuição com o intuito de promoção de um nivelamento transversal no mercado.
1050. Do teor do documento BakeryDonuts14, de 23 de maio de 2015, constata-se que o KA da Bimbo Donuts refere expressamente ao seu ponto de contacto da Auchan que *“[a]ssim como tínhamos combinado envio os produtos para corrigir os pvp’s. Estes foram os pvp’s que alteramos hoje (dia 23 de Maio) no e.leclerc. Agradeço a correção dos pvps recomendados na sua loja”*. Destarte, compreende-se que existe uma real ingerência na definição dos PVP das empresas de distribuição por parte da Bimbo Donuts e que, neste caso, a Auchan tem conhecimento direto que os preços teriam sido corrigidos no Leclerc, promovendo o (re)alinhamento do PVP, pelo que é expressamente solicitado que a Auchan corrija os PVP indicados no mesmo sentido.
1051. Recordando-se os documentos BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118, é expressamente solicitado pelo KA da Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto no Leclerc que este proceda ao alinhamento dos PVP na sua loja, uma vez que o Jumbo já teria

alinhado os mesmos, pedido este com “*a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo.*” O colaborador do Leclerc confirma ter alinhado os PVP “*conforme solicitado*”, informando ainda que recorrerá ao *shopping* como ferramenta de controlo e monitorização da implementação/manutenção do referido alinhamento (cf. documento BakeryDonuts125).

1052. Como se referiu, a situação descrita é ilustrativa do funcionamento deste mecanismo de alinhamento e realinhamento, relativamente não apenas ao Leclerc, mas a todas as empresas de distribuição, já que, como decorre do teor do documento, caso não haja anuência de alguma(s) destas empresas de distribuição ao comportamento concertado – como houve da Auchan e do Leclerc⁴³⁵ neste caso – existe o risco de as demais voltarem a desviar-se (“*antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo*”).

1053. Por fim, do documento BakeryDonuts118, de 28 de janeiro de 2013, resulta de forma clara que, após a realização de *shopping* em insígnias concorrentes, o Leclerc⁴³⁶ irá “*alinhar os preços*”, mas não se pode daqui retirar qualquer autonomia ou paralelismo inteligente de preços, uma vez que o colaborador do Leclerc o faz com vista e “*para não dizer que o Leclerc que está a baixar preços por iniciativa*”. Ora, desta comunicação resulta o oposto de um comportamento autónomo, tão-só a constatação de que a adaptação ao PVP alinhado não se deve a qualquer iniciativa isolada e muito menos pro-competitiva da empresa de distribuição, mas integrada numa estratégia envolvendo fornecedor e empresas de distribuição orientada ao alinhamento de PVP (e monitorização e controlo do mesmo) no mercado.

1054. Relativamente aos documentos BakeryDonuts53 e BakeryDonuts54, os quais, no entender da visada Bimbo Donuts, se referem a pedidos de alteração de PVP que ocorrem “*na maioria dos casos, no final de uma campanha promocional, tendo por objetivo alertar a respetiva insígnia de que o financiamento do fornecedor terminou*”, não sendo, ademais, feitas referências a outros retalhistas nos *emails*⁴³⁷, cumpre salientar

⁴³⁵ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

⁴³⁶ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

⁴³⁷ Cf. §348 da PNI Bimbo Donuts.

que a leitura dos mesmos não pode ser feita de forma isolada, mas, sim, contextualizada face à globalidade do acervo probatório constante dos autos (e, em concreto, com o documento BakeryDonuts154).

1055. Assim, da leitura do documento BakeryDonuts53, de 4 de novembro de 2011, constata-se que é enviado para um colaborador da Auchan o seguinte pedido de alteração de PVP:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 4 de novembro de 2014 19:15
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: Panrico: Auchan - pvp's

Boa tarde Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Venho por este meio pedir para alterar os seguintes PVP'S :

Sírius	Designação	PVPR	Euro	unid.	IVA	Cód. Barras
1850	Bollycao Clássico (4)	2,59	1,860	emb.	23%	560 1027 000216
449760	Bollycao com Leite (4)	2,59	1,860	emb.	23%	841 0022 011540
674268	Pão Forma Preço Económico (500gr)	1,59	1,463	emb.	6%	560 1027 009011
922900	Pão de Forma sem Códex Branco (450g económico)	1,99	2,093	emb.	6%	560 1027 009042

Obrigado pela sua colaboração .

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
 Departamento Comercial

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
 Zona Industrial de São Carlos, Lote D
 2725-473 Mem Martins

1056. O documento BakeryDonuts54, com a mesma data, é enviado, pelo mesmo colaborador da Bimbo Donuts, a vários colaboradores do Leclerc, solicitando que o PVP do produto Donuts Classic 6 seja alterado.

1057. Ora, os referidos documentos, deverão ser lidos em conjunto com o documento BakeryDonuts154, de 27 de novembro de 2014, por dois motivos de razão.

1058. Em primeiro lugar, da leitura do documento BakeryDonuts154, resulta que é enviada uma tabela de PVP a colaboradores do Leclerc, encontrando-se na referida tabela o PVP do produto bollycao classico (4), 2,59€ - ou seja, o mesmo PVP que fora enviado no início do mês de novembro ao colaborador da Auchan.

1059. Em segundo lugar, também o BakeryDonuts54 deverá ser lido em conjunto com o documento BakeryDonuts154, uma vez que em ambos os documentos são enviados PVP a ser implementados para colaboradores da insígnia Leclerc⁴³⁸. Aliás, nos termos do documento BakeryDonuts154, um dos colaboradores informa que os PVP indicados não estariam a ser praticados pelos concorrentes Continente e Pingo Doce, alertando, relativamente ao PVP de um dos produtos “[n]ão conseguimos alinhar o artigo pelo continente” (os quais, estariam, no entanto, alinhados (ambos a praticar PVP de 2,99€), conforme esclarecimento prestado pela Bimbo Donuts, que solicita, assim, que a insígnia Leclerc acompanhe o referido PVP – “Peço-lhe que coloque também a 2,99€”).

1060. Não obstante a Leclerc não ser visada no presente processo, a leitura contextualizada dos referidos documentos demonstra, de forma evidente, o comportamento associado à definição de PVP – descrito no presente capítulo da Decisão –, permitindo razoavelmente concluir que a Bimbo Donuts estaria, de facto, a cumprir o seu papel de *hub*, disseminando entre as empresas de distribuição o PVP a vigorar no mercado, encontrando-se as mesmas plenamente conscientes de tal facto.

1061. Sobre o argumento apresentado pela Auchan de que alguns *emails* descritos não permitem demonstrar a sua vontade em cooperar enquanto participante num acordo, uma vez que não é junta qualquer resposta da visada, cumpre referir que os documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts142, BakeryDonuts602, BakeryDonuts1425 e BakeryDonuts726, por esta identificados para fundamentar a sua posição, não demonstram o que a Auchan alega, permitindo apenas concluir, pelas referências que lhe são expressamente feitas e pela resposta que, contrariamente ao alegado, dá (documento BakeryDonuts662), que esta visada não estabelecia autonomamente a sua política de preços e que os mesmos eram frutos do entendimento estabelecido com a Bimbo Donuts e, indiretamente, com as restantes visadas. Veja-se.

1062. Relembre-se, assim, o teor do documento BakeryDonuts662:

⁴³⁸ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: -
Sent: 28 de outubro de 2004 13:47
To: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:**
Subject: RE: PVP S/Codea

ok

-----Mensagem original-----

De: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico**
Enviada: Quinta-feira, 28 de Outubro de 2004 9:00
Para:
Assunto: PVP S/Codea

Bom dia

tal como te falei, vamos proceder a uma alinhamento do PVP do Pão S/Codea no proximo dia 2/11.
O Dia/Minipreço vai alinhar neste dia juntamente com todas as cadeias! Assim espero!!!!

Por isso mesmo, solicito o seguinte alinhamento:

512493 - Pão S/Codea 450Gr - PVP 1,99EUR

Peço a tua colaboração para que neste dia o PVP esteja alinhado!
Confirma com um Reply deste mail, sff!

Melhores Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Panrico - Produtos Alimentares
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1063. Da sua leitura constata-se que a KAM da Bimbo Donuts informa o seu ponto de contacto na Auchan que no dia 2 de novembro de 2004, entrará em vigor um alinhamento do PVP do produto pão sem còdea, informando, também, que “[o] Dia/Minipreço vai alinhar neste dia juntamente com todas as cadeias! Assim espero!!!!”. Face à informação veiculada, a KAM solicita, assim, que a Auchan siga o referido alinhamento, fornecendo, para os devidos efeitos, o respetivo PVP – “Peço a tua colaboração para que neste dia o PVP esteja alinhado” Confirma com um Reply deste mail, sff!”. O colaborador da Auchan, por sua vez, dá o seu acordo, respondendo “ok”.

1064. Na sua pronúncia, a Auchan alega que, da leitura do documento se retira uma pressão por parte da Bimbo Donuts para a Auchan adotar um determinado PVP, mas que “*não é possível retirar uma vontade de cooperar com tal situação por parte da Auchan, nem a adesão a um pretense alinhamento alegadamente comunicado*”⁴³⁹. Refere ainda a visada que “[e]m diversos casos é dada uma resposta pelo colaborador da Auchan que parece destinada a tranquilizar o Fornecedor em prol da relação comercial mantida, sem

⁴³⁹ Cf. §57 e 58 da PNI Auchan.

*que tal implique uma verdadeira alteração de conduta ou adesão a uma proposta. Simplesmente não há prova que sustende a pretensa convergência de vontades*⁴⁴⁰.

1065. Ora, face ao assentimento expreso à solicitação da *KAM* da Bimbo Donuts, este argumento não se poderá considerar procedente, tanto mais tratando-se de um argumento puramente teórico e especulativo, sem adesão ao conteúdo concreto e explícito da prova, ao qual não se poderá sobrepor. A convergência de vontades da Auchan advém da própria resposta ao *email* enviado pela *KAM* da Bimbo Donuts. Face ao exposto, o referido documento demonstra que a Auchan estabelecia com a Bimbo Donuts as datas de implementação de determinados PVP previamente concertados.
1066. Veja-se, ainda, o documento BakeryDonuts618, referente ao mesmo alinhamento de dia 2 de novembro de 2004, nos termos do qual a *KAM* da Bimbo Donuts enviou o mesmo pedido a outro colaborador da Auchan, o qual confirma expressamente o acompanhamento do alinhamento: “*ok [Confidencial – Dados Pessoais], já está carregado o PVP*”.
1067. Também no que diz respeito aos documentos BakeryDonuts726 e BakeryDonuts125, alega a Auchan que estes não permitem concluir que esta empresa estivesse “*a intervir em qualquer manobra ou prática de coordenação dos seus preços também*”⁴⁴¹.
1068. Recorda-se, a este propósito, que o documento BakeryDonuts125, de 30 de janeiro de 2006, se refere a um *email* enviado por uma *KAM* da Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto na insígnia Carrefour, nos termos do qual aquela última informa que no dia 2 de fevereiro ocorrerá um alinhamento de PVP em 3 SKU, solicitando a colaboração do Carrefour no acompanhamento do mesmo.
1069. Face à informação e ao pedido recebido, o colaborador do Carrefour pergunta se os restantes operadores (Auchan e Contintente) também teriam chegado a acordo relativamente ao alinhamento, ao que a *KAM* responde: “*Tambem Auchan, Sonae e Feira Nova se comprometem com o nivelamento!*”

⁴⁴⁰ Cf. §59 da PNI Auchan.

⁴⁴¹ Cf. §160 da PNI Auchan.

1070. O documento BakeryDonuts726, por sua vez, consiste numa troca de *emails*, de 22 de janeiro de 2013, entre um KA da Bimbo Donuts e o seu ponto de contacto na insígnia Leclerc, nos termos do qual o KA refere:

“Hoje dia 22 de Janeiro o Jumbo já alinhou os pvps dos meus produtos.

Peço-lhe o favor de também fazer o alinhamento na sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo”.

1071. Ora, da leitura destes dois documentos, quer a KAM, quer o KA da Bimbo Donuts partilham informação com empresas de distribuição concorrentes da Auchan referentes a alinhamentos de PVP, informando que a Auchan se teria comprometido a seguir um alinhamento de PVP (cf. documento BakeryDonuts125) e teria alinhado os seus PVP (cf. documento BakeryDonuts726).

1072. Ora, não obstante a Auchan alegar que não existe uma confirmação factual de que tivesse, de facto, seguido os PVP ou que estes lhe tivessem sido comunicados pela Bimbo Donuts, tal argumento consubstancia-se numa afirmação genérica que não se encontra documentada nem tem aderência à realidade, pelo que um argumento teórico não se poderá sobrepor à prova documental existente e analisada, concluindo-se, assim, que ambos os documentos demonstram que a Auchan implementava preços conjuntamente e a pedido da Bimbo Donuts.

1073. Por fim, cumpre referir que não poderá, igualmente, colher a leitura que a Auchan faz dos documentos BakeryDonuts142 e BakeryDonuts602.

1074. Recorde-se, em primeiro lugar, o conteúdo do documento BakeryDonuts602:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: 14 de novembro de 2005 19:25
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Assunto: PVP Pão 310gr

Boa tarde,
preciso que alinhe o PVP de Pão 310gr para amanhã.
Estamos a tentar alinhar todas as cadeias para 0,99 de modo a estabelecer este PVP como mínimo, à semelhança do que fizemos com outros formatos!

Assim, e para efeitos de shopping por parte do Dia Portugal, solicito que alinhe para amanhã para 0,99€

1824 - Pão 310gr - 0,99€

Obrigado pela colaboração
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1075. Na verdade, sem prejuízo de nos autos não constar uma resposta ao *email* enviado pelo *KAM* da Bimbo Donuts, à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a Auchan acompanhava estes alinhamentos de PVP, tal como se constata do documento BakeryDonuts605, enviado dois meses antes ao mesmo colaborador da Auchan pela mesma *KAM* da Bimbo Donuts.

1076. Nos termos do referido documento, a *KAM* solicita o alinhamento para o dia seguinte, o qual é confirmado pelo colaborador da Auchan:

De: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Enviada: 15 de setembro de 2005 18:10
Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Assunto: RE: Alinhamento PVP

Confirmado

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: quinta-feira, 15 de Setembro de 2005 17:48
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Assunto: Alinhamento PVP

Boa tarde,

solicito o alinhamento dos seguintes PVP para amanhã:

1824 - Pão 310gr - para 0,99€
561352 - Pão S/Codea Enriquecido - para 1,99€

A concorrência tem estes PVP alinhados! Caso não o possa fazer avise-me de imediato!

Melhores Cumprimentos
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Panrico - Produtos Alimentares
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1077. Recorde-se, em segundo lugar, o teor do documento BakeryDonuts142:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 10 de agosto de 2010 23:40
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: alinhamentopvp donuts6 e bollyvao 4

Boa tarde Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Amanhã dia 11 de Agosto vamos fazer um alinhamento de preços em todas as cadeias em donuts 6 e bollycao 4, agradeço que colabore connosco nestes alinhamentos:

Artigo: Donuts 6
Cód. Sirius: 459236
PVP recomendado: 2,89€

Artigo: Bollycao 4
Cód. Sirius: 1850
PVP recomendado: 2,47€

Desde já agradeço a sua colaboração.

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:



1078. Nos termos do referido documento, o KA da Bimbo Donuts informa o colaborador da Auchan que no dia 11 de agosto de 2010 entrará em vigor um “*alinhamento de preços em todas as cadeias*”.
1079. Ora, apesar de não contar dos autos uma resposta do colaborador da Auchan, constata-se que este procedimento era comum. Na verdade, o mesmo colaborador da Auchan recebeu, pelo menos, nos dias 21 de maio de 2010 e 21 de julho de 2010 informação referente a alinhamento de PVP, nos termos dos documentos BakeryDonuts136 e BakeryDonuts137, respetivamente.
1080. Ora, da análise do documento BakeryDonuts142, à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a Auchan era informada pela Bimbo Donuts do posicionamento de PVP dos seus concorrentes, com vista a implementar o mesmo posicionamento de PVP nas suas lojas.
1081. Relativamente ao documento BakeryDonuts1388, a Bimbo Donuts refere que o mesmo se refere ao lançamento de um produto novo na MCH, não sendo feitas menções a outras empresas de distribuição que “*estariam alegadamente a participar em tal prática que tivesse por objeto este novo produto*”⁴⁴².
1082. A leitura do documento permite compreender estar em causa o envio de condições de comercialização de uma nova variedade da gama Planetus, (o Planetus Choco 6x2 unidades), sendo que entre as referidas condições é enviado o “PVP Rec” (2,29€).
1083. No entanto, a MCH refere não conseguir comercializar o produto de acordo com as condições fornecidas, solicitando um “*desconto de ciclo ou redução do preço de compra em [0-10]%*”.
1084. Da resposta da Bimbo Donuts, constata-se que o PVPR indicado é, na verdade, um verdadeiro PVP, dado que a KAM do fornecedor refere que “*o artigo tem o mesmo preço de tabela e deverá ter o mesmo alinhamento de PVP dos atuais Planetus 6x2un e Planetus -50% Açúcares 6x2un*”.
1085. Resulta claro, pois, que o documento em análise retrata mais uma situação em que a Bimbo Donuts, não obstante designar o PVP como “PVPRec”, admite posteriormente

⁴⁴² Cf. §448 e 449 da PNI Bimbo Donuts.

que este é um verdadeiro preço fixado à semelhança dos atuais produtos (“*deverá ter o mesmo alinhamento de PVP dos atuais Planetus 6x2un e Planetus -50% Açúcares 6x2un*”), constatando-se a posterior anuência da MCH, que assume a recomendação como vinculativa, praticando o PVP transmitido, de modo a garantir o alinhamento de preços no mercado retalhista.

1086. Quanto ao documento BakeryDonuts196, a Bimbo Donuts alega que este revela uma nova estratégia de PVP “*com referências genéricas aos PVP praticados no Pingo Doce e Feira Nova, mas sem qualquer indicação de uma intervenção da Bimbo Donuts nos preços praticados nesses clientes*”⁴⁴³.

1087. Contudo, não é essa a leitura que, face à globalidade do acervo probatório, se faz do referido documento. Veja-se, assim, a mensagem que internamente é enviada aos colaboradores da Bimbo Donuts:

“Boa Tarde

Começou hoje uma nova estratégia de pvp de Manhazitos Fofus.

O pvp de mercado já desceu no Pingo Doce e Feira Nova para 1,99€. Nas restantes cadeias deverá acontecer ainda esta semana.

A lidl vai voltar a ter este produto em Agosto. A seu tempo irei comunicar.

Trata-se de uma descida de preço muito grande e estamos a colocar o produto abaixo de 2 euros.

Com o sucesso que temos tido em manhazitos, vender Manhazitos Fofus a 1,99€ não será difícil

Estamos no Verão e este produto é único para esta altura.

FORÇA nas vendas e Força nos espaços onde possível. Destaquem ao máximo preço nem que tenham que ir á Staples comprar cartazes.

FORÇA”

1088. Assim, face à globalidade do acervo probatório, é razoável concluir que a Bimbo Donuts comunica verdadeiros PVP a implementar entre as empresas de distribuição que

⁴⁴³ Cf. §315 da PNI Bimbo Donuts.

assentam no *price point* fixado (“nas restantes cadeias deverá acontecer ainda esta semana”), PVP em função do qual o fornecedor procura coordenar os respetivos reposicionamentos por todas as insígnias.

1089. Ademais, é assumido pela própria Bimbo Donuts que é esta quem “coloca” o produto abaixo do PVP de 2€ e não as empresas de distribuição que, de acordo com o princípio da autonomia, deveriam determinar e fixar os seus PVP de forma autónoma, sem ingerências por parte do fornecedor.
1090. Destarte, o referido documento permite demonstrar a definição de um determinado PVP e a sua implementação transversal no mercado.
1091. Finalmente, relativamente à alegação da Bimbo Donuts referente aos documentos BakeryDonuts1404, BakeryDonuts1416, BakeryDonuts1424 e MCH1129, constante do parágrafo 1017 *supra*, inexistindo no acervo probatório documentos que refutem que o PVP do produto em causa, fora de promoção, fosse de 1,49€, considera-se que os documentos são efetivamente inconclusivos quanto à participação da Bimbo Donuts.
1092. A AdC desenvolverá a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão.
1093. Não procedem, assim, por não corresponderem à verdade nem terem esteio na prova junta aos autos, os argumentos das visadas de que foi a AdC a fazer uma interpretação errada dos documentos constantes dos autos, desvalorizando o seu real contexto.
1094. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à definição dos PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP entre as empresas de distribuição visadas, com recurso ao fornecedor.

III.3.1.3.3 Tabelas de preços

1095. Como referido anteriormente, em determinadas situações, verifica-se o envio pela Bimbo Donuts às empresas de distribuição de tabelas com fórmulas de marcação de preços prefixadas, com menção expressa a um nível de preço fixo ou mínimo, com preços de referência e/ou recomendados (e que, na prática, funcionam efetivamente como PVP obrigatórios ou mínimos, que devem ser implementados pelas empresas de distribuição).

1096. Por exemplo, no documento BakeryDonuts624 que consiste num *email* de 6 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “PVP – Alinhamento”, enviado por uma KAM da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na loja da Auchan nas Amoreiras, que permite demonstrar a existência de um acordo prévio entre a Bimbo Donuts e várias insígnias (incluindo MCH, Feira Nova, Dia e Pingo Doce), pode ler-se:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Enviada: 6 de fevereiro de 2006 19:10
Para: Auchan Amoreiras - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico;
Assunto: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Para a próxima 4ª feira temos definido um alinhamento confirmado com Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce.

Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo das Amoreiras para que o dia **8/Fev** os preços dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod SIRIUS	Designação	PVP
1870	Donuts Glace (4)	1,74
647845	Donuts Light (4)	1,99
594112	Bollycao Balance (1)	0,74
1860	Bollycao Clássico (1)	0,69
1850	Bollycao Clássico (4)	2,49
361034	Mini Bollycao	0,84
550964	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 8)	2,99
601028	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	2,99
1815	Burguer Sésamo (4)	1,09
19054	Hot Dogs (6)	1,09
1824	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,19
1827	Pão de Forma Sandwich (600g)	1,59
1831	Pão de Forma Integral (360g)	1,49
653417	Pão de Forma Branco Fibras sem Còdea	2,09
512493	Pão de Forma sem Còdea Branco (450g)	1,99
561352	Pão de Forma s/ Còdea Enriquecido	1,95

Todos estes PVP são preços mínimos estabelecidos para o mercado!

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1097. No corpo do referido documento BakeryDonuts624 consta uma tabela com os novos PVP, relativamente aos quais o fornecedor se refere expressamente como “*estes PVP são preços mínimos estabelecidos para o mercado!*” para um conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, a implementar pelas empresas de distribuição a partir de dia 8 de fevereiro de 2006.

1098. Em 2007, veja-se o documento BakeryDonuts1532, que consiste num *email* de 30 de janeiro, sobre o assunto “pvp’s”, enviado pela Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto no Dia^{444,445}, podendo ler-se:

⁴⁴⁴ O teor dos *emails* trocados com este interlocutor da empresa de distribuição permite constatar que o mesmo representa a Dia, que à data integrava o grupo económico que detinha o Carrefour, razão pela qual o endereço de *email* termina com “@carrefour.com”.

⁴⁴⁵ Sem prejuízo de a insígnia Dia não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 30 de janeiro de 2007 17:53
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: pvp's

Boa tarde[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Tentei ligar-lhe mas não o consigo apanhar.

Infelizmente não vamos conseguir subir todos os pvp's no mercado como pretendíamos para dia 31/1.

Desta forma, e para que não tenha surpresas, junto envio os pvp's que para já conseguimos alterar.

Como sabe o PD e a Sonae sobem preços à 4ª feira e o Dia apenas à 5ª...o problema com alguns produtos está exactamente aqui...Assim, e ao contrário daquilo que costumamos fazer pergunto-lhe se, apenas nos produtos em que não conseguimos subir esta semana, se os consegue subir já 5ª feira alinhando o mercado de seguida.

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

1099. Do teor do *email* que acaba de se transcrever, retira-se que: (i) existia um acordo prévio entre a Bimbo Donuts e algumas empresas de distribuição (incluindo, a MCH, o Pingo Doce, e o Dia) com vista a aumentar, no dia 31 de janeiro de 2007, “*todos os pvp's no mercado*” do *portfolio* de alguns produtos da Bimbo Donuts; (ii) o posicionamento de PVP da MCH, Pingo Doce e Dia é discutido previamente com a Bimbo Donuts, sendo as datas de alteração de PVP não coincidentes; (iii) o que leva a que o alinhamento previamente acordado para dia 31 de janeiro de 2007 não ocorra, facto para o qual a Bimbo Donuts alerta o Dia; (iv) não obstante a não verificação do posicionamento de PVP, a Bimbo Donuts, com vista a promover uma maior estabilidade nos PVP em vigor no mercado, evitando potenciais reações por parte das insígnias concorrentes (leia-se, descidas de PVP não acordadas), vem averiguar a disponibilidade do Dia para aumentar os PVP que ainda não estarão alinhados, dando a garantia que as restantes insígnias alinharão os mesmos posteriormente.

1100. Em anexo ao referido documento BakeryDonuts1532, consta a seguinte tabela:

Produtos	PVP	Observações
PAO SANDWICH	1,49	Está OK
BOLLYCAO (4)	2,59	Está OK
PANRI S/CODEA BRANCO	1,89	Está OK
DONUTS GLACE 4	1,89	Está OK
BOLLYCAO LEITE 4	1,94	Apenas vamos subir para 2,59 dia 8/2
PAO PEQUENO	1,03	Apenas vamos subir para 1,24 dia 8/2
DONUTS BERLIM 4	1,84	Apenas vamos subir para 1,99 dia 8/2
BOLLYCAO BALANCE 1	0,69	
TRAVES.CHOC PACK 3	1,59	
MANHÃZITOS LEITE 8	2,99	
Berlim Creme	1,99	
DONUTS 4 LINEA	1,77	Apenas vamos subir para 1,99 dia 8/2
PAO INTEGRAL 360 G	1,59	
PANRICO S/COD ENRIQ.	2,49	
BURGUERS SESAMO 4	1,09	Apenas vamos subir para 1,29 dia 8/2
MINIBOLLYCAO	0,78	
DONUTS AMER.CHOC 2	1,09	
FRANKFURTS (6)	1,19	Apenas vamos subir para 1,39 dia 8/2
P BRANCO C/FIB S/CÔD	2,49	
PANR LINEA S/COD 450	1,99	Apenas vamos subir para 2,49 dia 8/2
MINI DONUTS 5	1,69	Apenas vamos subir para 1,84 dia 8/2
DONUTS CREAM CHOC 2	1,09	
DONETTE CHOC.(6)	1,39	
MINIBOLLYCAO CROISS.		
PÃO LINEA INT 520G		
MANHÃZ EXTRA CHOCO 8	2,99	

1101.A tabela de *Excel* que acaba de se transcrever contém a indicação dos PVP que já subiram e estão alinhados no mercado e os outros PVP que ainda não se encontram alinhados, fornecendo a respetiva data de previsão de subida, relativamente aos quais a Bimbo Donuts solicita ao Dia o aumento dos PVP ainda que imediatamente antes de o restante mercado alinhar.

1102.No documento BakeryDonuts1105, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 26 de agosto de 2008, sobre o assunto “*FW: pvp’S_Set_08.xls*”, pode ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 26 de agosto de 2008 18:50
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: PVP's_Set_08.xls

Meus caros,

Como sabem vamos subir tabela na proxima 2ªfeira.

Temos um novo alinhamento de preços previsto tambem para a proxima semana e com este não podemos brincar de forma nenhuma... Durante o mês de Setembro controlem à risca **todos** estes preços. Vamos receber shoppings diários e não podem haver falhas da vossa parte.

Comecem já a falar com as lojas Jumbo e Leclerc e marquem esta subida já para o inicio da proxima semana.

Duvidas ou ajuda que precisem, liguem.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1103. Constata-se da leitura do documento que acaba de se transcrever que a indicação dos PVP por parte do fornecedor constitui apenas uma etapa, na qual estão envolvidas todas as visadas com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento do mercado. Ao referir-se que “[v]amos receber shoppings diários e não podem haver falhas da vossa parte”, entende-se como prática comum do mercado a realização de uma monitorização por parte das empresas de distribuição, com vista a garantir o cumprimento por todos dos PVP indicados pela Bimbo Donuts, promovendo um alinhamento horizontal dos mesmos.
1104. Em anexo ao referido documento BakeryDonuts1105 consta uma tabela em ficheiro Excel com os PVP a implementar pelas empresas de distribuição a partir de setembro de 2008, num conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.
1105. Os referidos PVP são, depois, enviados pela Bimbo Donuts para as empresas de distribuição, nomeadamente a MCH e a Auchan.
1106. Por exemplo, a Bimbo Donuts procedeu ao envio de tabelas de teor idêntico a 9 de setembro de 2008 para a Auchan, tal como consta do documento BakeryDonuts964, *email* sobre o assunto “*Panrico- Preços*”, no âmbito do qual uma *KAM* da Bimbo Donuts, tal como já previamente conversado, envia para o seu ponto de contacto na Auchan os PVP dos artigos do *portfolio* da Bimbo Donuts que deverão ser alinhados.
1107. No documento BakeryDonuts1009, que consiste num *email*, também de 9 de setembro de 2008, sobre o assunto “*FW: pvp’s sugeridos – PANRICO – 11/9/08*” enviado por um *National Account Manager (NAM)* da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na MCH, são comunicados os “*pvp’s que entre 4ª e 5ª feira teremos no mercado*”. Adicionalmente, é fornecida informação relativamente aos PVP constantes da tabela que ainda não estão alinhados, estando estes indicados com a cor vermelha. O fornecedor informa que estes só serão alinhados no decorrer da semana seguinte.
1108. Face ao *email* da Bimbo Donuts, a MCH dá internamente instruções para alterar os PVP indicados com a cor verde, ou seja, os PVP que já estão alinhados (nas demais insígnias) no mercado.

1109. Nos documentos que integram a conversação n.º 181⁴⁴⁶, que consiste numa cadeia de *emails* interna (Bimbo Donuts) ocorrida entre 10 e 11 de março de 2009, sobre o assunto “PVP’s”, é possível ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 11 de março de 2009 09:45
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Esta semana tambem

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Key Account Manager
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico



From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:52
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Sonae sobe quando?

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:49
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: PVP's

Meus caros,

junto segue a nova tabela de PVP a praticar no mercado.

Quero que peguem nisto e até 6ªfeira, SEM FALTA, tenham estes preços em todos os Leclerc e Auchan.

Falem com todas as vossas lojas e garantam que temos isto alinhado em todo o lado até 6ªfeira.

O PD sobe amanhã.

Muita atenção a isto. Não temos actividade promocional na rua têm todo o tempo para tratar disto.

Amanhã falo com todos vocês.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1110. Do documento cujo teor se acaba de transcrever, decorre que: (i) é enviada internamente, em anexo num ficheiro Excel, uma tabela com PVP de vários produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts; (ii) esses PVP deverão ser comunicados e implementados nas empresas de distribuição Auchan e Leclerc, solicitando-se expressamente aos colaboradores da Bimbo Donuts que “[f]alem com todas as vossas lojas e garantam que temos isto alinhado em todo o lado até 6ª feira”; (iii) os PVP enviados em anexo, terão

⁴⁴⁶ A conversação n.º 181 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos inclui os documentos BakeryDonuts1223 e BakeryDonuts1173.

sido previamente comunicados, pelo menos, às insígnias Pingo Doce e MCH que terão, por sua vez, acordado na implementação dos referidos PVP nas respetivas lojas.

1111. Em 2012, veja-se o documento BakeryDonuts163, que consiste num *email* de 24 de maio, com o assunto “*preço bollycao 4*” em que um colaborador da Bimbo Donuts envia, simultaneamente, aos seus contactos no Leclerc e na Auchan uma lista de preços, referindo que o preço do Bollycao 4 baixou e dá nota que “*temos todo o mercado a alinha[r] o pvp para 2,59€*”.

1112. O conteúdo dos documentos que integram a conversa n.º 8⁴⁴⁷, traduz uma cadeia de *emails* ocorrida entre 13 de julho e 1 de outubro de 2015, sobre o assunto “*FW: Panrico*”, no âmbito da qual a Bimbo Donuts partilha com o Leclerc uma nova gama dos seus produtos, o Bollycao 0% Açúcares, com lançamento previsto para o dia 1 de setembro de 2015. Em 20 de julho de 2015, é enviado um resumo logístico do produto, onde se inclui a informação relevante para respetiva comercialização, nomeadamente peso, preço de tabela e o PVP recomendado (0,90 € por unidade e 2,74 € por um pack de 4 unidades).

1113. O conteúdo do documento BakeryDonuts264, que integra a referida conversa n.º 8, evidencia que o Leclerc⁴⁴⁸ não se pronuncia após o envio das condições de comercialização do produto, facto este que levou a Bimbo Donuts, por diversas vezes, a solicitar *feedback* sobre o tema, nomeadamente no próprio dia do lançamento, questionando se a alteração de tabela e PVP recomendado dos artigos já estaria aprovada pelo Leclerc.

1114. Face à falta de resposta do Leclerc, o colaborador da Bimbo Donuts refere expressamente, a 3 de setembro de 2015, “[*t*]emos os *pvp’s alinhados em todas as cadeias. Faltando apenas o Eleclerc.*”, informando aquela empresa que todas as concorrentes, incluindo as empresas de distribuição visadas, aderiram ao alinhamento em causa. Como anexo ao referido *email*, consta a seguinte tabela de preços, em

⁴⁴⁷ A conversação n.º 8 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts263, BakeryDonuts264, BakeryDonuts265, BakeryDonuts269, BakeryDonuts308, BakeryDonuts309, BakeryDonuts270, BakeryDonuts310, BakeryDonuts273, BakeryDonuts311, BakeryDonuts272, BakeryDonuts312, BakeryDonuts271, BakeryDonuts274 e BakeryDonuts313.

⁴⁴⁸ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

ficheiro Excel, com uma coluna em que é indicado o PVP recomendado para um conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts:

PANRICO										
E.Leclerc										
TABELA DE PREÇOS										
NOTA: Volumes Jul'14 a Jun'15										
TODA GAMA										
Cod Cooplec	Marca do produto	Produto	Código barras	Volume em UVC	Tabela em vigor €	Nova Tabela €	Aumento em %			PVP Rec
					Data: 01.06.14	Data: 01.09.15				
	Bollycao	Bollycao Clássico 2	560 1027 004382	[20000-25000]	[0-2]	[0-2]	[0-5%]	[20000-25000]	[20000-25000]	1,49
	Bollycao	Bollycao Clássico 4	560 1027 000216	[15000-20000]	[0-2]	[0-2]	[5-10%]	[35000-40000]	[35000-40000]	2,79
	Bollycao	Bollycao com Leite 4	841 0022 011540	[2000-2500]	[0-2]	[0-2]	[5-10%]	[4000-4500]	[4000-4500]	2,79
	Bollycao	Bollycao Balance 4	841 0022 013452	[1500-2000]	[0-2]	[0-2]	[5-10%]	[2500-3000]	[3000-3500]	2,79
	Manhãzitos	Manhãzitos Planetus 6	560 1027 003859	[10000-15000]	[0-2]	[0-2]	[10-20%]	[15000-20000]	[15000-20000]	2,29
	Manhãzitos	Manhãzitos Planetus 9	560 1027 004764	[4000-4500]	[0-2]	[0-2]	[0-5%]	[7500-8000]	[7500-8000]	2,89
	Manhãzitos	Manhãzitos Planetus -50% Açúcares 6	560 1027 004870	[1500-2000]	[0-2]	[0-2]	[10-20%]	[2000-2500]	[2000-2500]	2,29

1115. Em 2017, veja-se o documento BakeryDonuts582, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 18 de abril, sobre o assunto “RV: *Actualização Condições/Ação Alves & Pedro*”:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Enviada: 18 de abril de 2017 09:48
Para: Customer Service Portugal [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Assunto: RV: Actualização Condições/Ação Alves & Pedro

Creio que não tinha seguido este correio.
 Aprovado

Cumprimentos/Best Regards/Saludos Cordiales,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

The information in this email and file attachments is confidential and should be read only by the person or entity to whom it is addressed. If you have received this communication by mistake, please notify the sender and immediately delete the message and the attached files without reading, copying, recording, distributing, disseminating or making any other use of the information.
 Remember your Environmental Social Responsibility before deciding to print this email.

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Enviado em: segunda-feira, 10 de abril de 2017 17:25
Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Assunto: Actualização Condições/Ação Alves & Pedro

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Segue em anexo acção para validação e actualização da Acção para o Alves & Pedro .

Esta actualização prende-se para nivelar o PVP vs concorrência mais próxima / Lojas Dia etc...

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
 Chefe Vendas Área Sul

1116. Em anexo ao *email*, consta uma tabela com a indicação do “Preço Recomendado (PVR)”:



0708941000

ALVES & PEDRO LDA

Até 31/12/2017

Subfamília*	Cod Movex Donuts	Descrição Produto Abreviada	Unidade Medida	Peso kilos	Código EAN	Preços Tarifa sem IVA	Cod de IVA	Desconto	Preço Recomendado (PVR)
Pan Blanco c/c	117268	BIMBO FAMILIAR 750G	UN	0,750	8412600029220	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,99
Pan Blanco c/c	117267	BIMBO ESP.TOST. 750G	UN	0,750	8412600029237	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,99
Pan Blanco s/c	117046	BIMBO SC 480G	UN	0,480	8412600027851	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,90
Pan Blanco s/c	117078	BIMBO SC ESP.TOST.480G	UN	0,480	8412600023860	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,99
Oroweat	78232	OROWEAT 12 CER. 680G	UN	0,680	8412600024485	[2-5]	6,0%	[20-30]%	2,28
Oroweat	78231	OROWEAT SES.LINH. 680G	UN	0,680	8412600024478	[2-5]	6,0%	[20-30]%	2,28
Pan Blanco s/c	499548	BIMBO SC 10 CEREAIS	UN	0,450	8412600070987	[2-5]	6,0%	[20-30]%	2,28
Pan Molde Ortiz	78468	ORTIZ INTEGRAL 480G	UN	0,480	8412600027264	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,20
Thins	117048	THINS 8 CER. (TINA)	EMB	0,310	8412600024317	[0-2]	6,0%	[10-20]%	1,68

1117. Do conteúdo deste *email* resulta que, na prática, quando a Bimbo Donuts indica preços recomendados, está na verdade a dar indicação dos PVP que as empresas de distribuição deverão implementar efetivamente no mercado retalhista, assumindo, expressamente, que “[*e*]sta actualização prende-se para nivelar o PVP vs concorrência mais próxima”.

III.3.1.3.4 Pronúncia das Visadas

1118. Relativamente à utilização de tabelas de preços enviadas pelo fornecedor na definição dos PVP, as visadas alegam que esta é uma prática lícita, habitual na relação comercial entre fornecedor e distribuidor e que decorre até de uma obrigação legal⁴⁴⁹.

1119. Relativamente ao documento BakeryDonuts163, as visadas Bimbo Donuts e Auchan referem que o *email* em causa é enviado para pontos de contacto da Auchan e Leclerc em simultâneo, mas estes encontram-se em *BCC*, o que implica que a loja Auchan não saiba que a loja Leclerc recebeu o mesmo *email* e vice-versa⁴⁵⁰.

1120. A Bimbo Donuts refere que o conteúdo da conversação n.º 8 surge no contexto de um aumento de preços *sell in* que ainda não estava a ser implementado nas lojas Leclerc, pelo que, enquanto a nova tabela não fosse comunicada às lojas, a Bimbo Donuts não podia faturar a venda dos produtos em causa, ou se faturasse teria de assumir o erro

⁴⁴⁹ Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. capítulo II.1.1.1 da PNI Auchan; Cf. pág. 57 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴⁵⁰ Cf. capítulo V.3.A. da PNI Bimbo Donuts e §206 a 214 da PNI Auchan.

face ao preço anterior, corrigindo dezenas de faturas e ficando a faturação pendente por questões de divergência de preços. Face ao exposto, a visada alega que os documentos em causa não evidenciam quaisquer contactos diretos entre a Bimbo Donuts e as lojas franquizadas do Leclerc no sentido de as persuadir a seguir PVP recomendados no seguimento do desconto extra concedido⁴⁵¹.

1121. Segundo a MCH, é irrelevante que as comunicações descritas na Nota de Ilícitude incluam tabelas de preços mais ou menos detalhadas, porque na realidade não existe marcação de PVP pré-fixados, mas sim metodologias de cálculo de preços de aquisição (*sell-in*)⁴⁵²; os PVP efetivamente praticados variam constantemente e raramente coincidem com o PVPR; quando essa coincidência se verifica, trata-se de um ato unilateral da MCH em virtude de o PVPR coincidir com os seus próprios interesses comerciais⁴⁵³.

1122. Refere a MCH que quando o fornecedor pretende introduzir alterações no preço grossista de fornecimento (o “preço de tabela”), que implique uma alteração do PVPR, fá-lo de forma unilateral, como uma comunicação de alteração deste último, *“base a partir da qual aquele eventualmente constrói a sua “tabela” e sobre a qual, subsequentemente, se aplicarão descontos previamente negociados”*⁴⁵⁴.

1123. Face ao exposto, a MCH qualifica as comunicações referidas nos parágrafos 158, 159, 187, 199 e 206 da Nota de Ilícitude (respetivamente, documentos BakeryDonuts229, BakeryDonuts1105 e BakeryDonuts964) como sendo *“manifestamente forçadas as tentativas da AdC para transformar num putativo entendimento multilateral entre os diferentes distribuidores, essa actuação cuja iniciativa é manifestamente unilateral, por parte da Bimbo Donuts, bem patente nos apelos internos à necessidade de informar os retalhistas (...). Pelo contrário, o que essa mesma prova indicia é que esse entendimento e conjugação de interesses não existe, o que implica para o fornecedor um esforço assumido de tentar ser bem sucedido na recomendação empreendida”*⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Cf. capítulo V.3.D. da PNI Bimbo Donuts.

⁴⁵² Cf. § 406 e 407 da PNI MCH.

⁴⁵³ Cf. § 417 e ss. da PNI MCH.

⁴⁵⁴ Cf. § 401 da PNI MCH.

⁴⁵⁵ Cf. § 403 da PNI MCH.

1124. A visada argui que “*é fundamentalmente errada a premissa-base da AdC, que consiste em fazer equivaler a uma prova da concertação indirecta das empresas destinatárias dessas comunicações qualquer comunicação do fornecedor em matéria de PVP i) veiculando informação sobre novas tabelas de preços, ii) exortando os distribuidores a aplicarem as mesmas, iii) recordando insistentemente aos seus distribuidores o interesse em «cumprirem» os PVPR, iv) procurando quer persuadi-los dos méritos do cumprimento desse nível de preços quer dissuadi-los de se desviarem do mesmo*”⁴⁵⁶.

1125. Finalmente, a MCH afirma que, fruto da sua autonomia no que diz respeito à definição de PVP, esta pode, sempre que entender ser do seu interesse, praticar o PVPR e, ao fazê-lo, realçá-lo-á perante o fornecedor de modo a continuar a merecer “*condições vantajosas de abastecimento*”, as quais poderão continuar a transferir valor para o consumidor e continuar a aumentar a quota de mercado da MCH⁴⁵⁷.

1126. Para sustentar esta argumentação, a MCH vem arguir que “*bastaria verificar o comportamento efectivo dos preços, em particular os preços médios efectivos ponderados, com os PVPR’s tal como estes podem ser apreendidos da prova recolhida pela AdC e especificamente transcrita na NI*”⁴⁵⁸.

1127. A Auchan entende que a prova apresentada pela AdC não permite demonstrar a adesão da Auchan a qualquer alinhamento, mas, pelo contrário, demonstra a pressão unilateral da Bimbo Donuts para que os colaboradores das lojas Auchan praticassem determinados preços (cf. documentos BakeryDonuts624, BakeryDonuts964 e conversa o n.º 181)⁴⁵⁹.

III.3.1.3.5 Aprecia o da Autoridade

1128. Analisadas as Pron ncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve com maior detalhe na presente Decis o, tem de se concluir pela improced ncia da argumenta o expendida pelas visadas quanto   mat ria de facto traduzida na utiliza o de tabelas de pre os enviadas pelo

⁴⁵⁶ Cf.   415 da PNI MCH.

⁴⁵⁷ Cf.   444 e ss. da PNI MCH.

⁴⁵⁸ Cf.  449 da PNI MCH.

⁴⁵⁹ Cf. cap tulo II.1.1.1. da PNI Auchan.

fornecedor e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso àquele fornecedor.

1129. Mais uma vez, está-se perante uma prática – o envio de tabelas com PVP, por vezes denominados como “recomendados”, de um fornecedor para um seu cliente distribuidor – que, individualmente considerada, poderia não consubstanciar, em si mesma, necessariamente, um ato ilícito, mas que, quando analisada em conjunto com a totalidade dos elementos probatórios constantes dos presentes autos e no contexto que os mesmos explicitamente traduzem, se percebe que constituía um dos meios utilizados pela Bimbo Donuts para transmitir a cada uma das empresas de distribuição visadas os preços que estas deveriam, de facto, implementar no mercado retalhista, à semelhança do que acontecia com as respetivas concorrentes, promovendo, assim, um alinhamento horizontal.
1130. Com efeito, as tabelas de preços enviadas pelo Bimbo Donuts tinham um fito determinado: o de informar sobre os PVP obrigatórios ou mínimos que devem ser implementados pelas empresas de distribuição visadas.
1131. O envio de tabelas de PVP com este propósito era tão frequente, rotineiro e comumente aceite entre todos os intervenientes, que já era visto como simples comunicações de alterações a entrar em vigor em determinadas datas.
1132. Relembre-se, a este respeito, o documento BakeryDonuts624, cuja intenção resulta expressa e inequivocamente do respetivo texto, referindo a *KAM* da Bimbo Donuts, ao enviar uma tabela de preços com a indicação dos PVP de um sortido de produtos do seu *portfolio*, ter sido “*definido um alinhamento confirmado com Sonae; Feira Nova Nova; Dia% e Pingo Doce*”, solicitando a colaboração do Jumbo Amoreiras no acompanhamento do alinhamento, no dia indicado, esclarecendo ainda que “[*t*]odos estes PVP são preços mínimos estabelecidos para o mercado!”.
1133. Nesta medida, os PVP definidos pelo fornecedor são transmitidos por este às várias empresas de distribuição, sendo implementados pelas mesmas mediante a convicção de que estes valores foram igualmente transmitidos às suas concorrentes e serão transversalmente praticados no mercado.
1134. O que a análise da prova demonstra é que as tabelas de preços enviadas pela Bimbo Donuts às empresas de distribuição são um meio de comunicação ao mercado dos

novos PVP a praticar, posteriormente controlados para verificar a respetiva adoção, de forma transversal, no mercado, não se limitando à mera transmissão subsequente de alterações nos PVP recomendados, que poderiam ou não ser seguidos pelas empresas de distribuição (como ocorreria caso se tratassem de efetivas recomendações de PVP).

1135. Veja-se, neste sentido, o documento BakeryDonuts1532, no qual são explicitamente partilhados pela BimboDonuts os PVP *“que para já conseguimos alterar”*. Permitindo constatar-se, assim, que são partilhados verdadeiros PVP a implementar e já implementados no mercado.

1136. A Bimbo Donuts, no mesmo documento, veicula ainda informação sobre o comportamento futuro de empresas de distribuição concorrentes, a saber a Pingo Doce, MCH e Dia, conscientemente eliminando a incerteza e os riscos de um ambiente concorrencial (*“[d]esta forma, e para que não tenha surpresas”*), substituindo-os por informação relevante apta a mais facilmente controlar o pretendido alinhamento de PVP no mercado: *“Assim, e ao contrário daquilo que costumamos fazer pergunto-lhe se, apenas nos produtos em que não conseguimos subir esta semana, se os consegue subir já 5ª feira alinhando o mercado de seguida”*.

1137. Recorde-se ainda o documento BakeryDonuts582 e a tabela de preços anexa a essa mensagem, a qual indica o *“Preço Recomendado (PVR)”* para uma série de produtos da Bimbo Donuts, traduzindo-se estes, na verdade, em verdadeiros PVP, uma vez que é referido que *“[e]sta actualização prende-se para nivelar o PVP vs concorrência mais próxima”*, informando a empresa de distribuição em causa (a Alves & Pedro, Lda.) do alinhamento dos seus concorrentes mais próximos, em concreto lojas da insígnia Dia.⁴⁶⁰

1138. Da leitura do documento é razoável concluir que a intenção da Bimbo Donuts é enviar à referida loja a solicitação para *posicionar* ou *nivelar* os PVP de acordo com o *price point* referido, de modo a promover o alinhamento com o resto do mercado.

1139. Face ao exposto, a apreciação contextualizada do documento permite alcançar que os PVP são previamente definidos nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão.

⁴⁶⁰ Ademais, é pertinente esclarecer que, face à localização geográfica da loja da empresa de distribuição em causa em análise, a qual se situa em Marvila (Lisboa), a concorrência geograficamente mais próxima, atualmente, é a Auchan (Chelas) e a Pingo Doce (Olivais). À data do documento, a loja da Pingo Doce já estaria em funcionamento.

- 1140.A AdC forma, assim, a sua convicção de que não corresponde à verdade que os PVP mencionados na prova junta aos autos, incluindo os constantes das tabelas encaminhadas pelo fornecedor, contenham meras recomendações, lícitas, deste, pelo que im procedem os argumentos invocados, a esse respeito, pelas visadas.
- 1141.Tão-pouco se trata de simples metodologias de cálculo de preços de aquisição (*sell in*), porque efetivamente o que está a ser discutido são especificamente os PVP e não quaisquer outros preços (designadamente preços grossistas) inerentes à atividade de retalho alimentar.
- 1142.E está a ser discutido num contexto e em condições que visam explicitamente o alinhamento transversal desses PVP no mercado retalhista (e não apenas qualquer referencial para determinação de preços grossistas).
- 1143.Recorde-se, especificamente a este propósito, também o teor dos documentos que integram a conversa ção n.º 181, nos quais se pode ler a seguinte mensagem de uma KAM da Bimbo Donuts aos seus colaboradores:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 11 de março de 2009 09:45
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Esta semana tambem

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Key Account Manager
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico



From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:52
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Sonae sobe quando?

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:49
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: PVP's

Meus caros,

junto segue a nova tabela de PVP a praticar no mercado.

Quero que peguem nisto e até 6ªfeira, SEM FALTA, tenham estes preços em todos os Leclerc e Auchan.

Falem com todas as vossas lojas e garantam que temos isto alinhado em todo o lado até 6ªfeira.

O PD sobe amanhã.

Muita atenção a isto. Não temos actividade promocional na rua têm todo o tempo para tratar disto.

Amanhã falo com todos vocês.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1144. O conteúdo dos documentos que acaba de se recordar deixa efetivamente muito claro que os preços partilhados internamente são verdadeiros PVP “*a praticar no mercado*”, com vista a um alinhamento “*em todo o lado até 6.ª feira*”, depreendendo-se ainda que as visadas Pingo Doce e MCH já teriam acordado na referida implementação (subida de PVP) nas suas lojas.
1145. O conteúdo da referida conversação, permite demonstrar, também, que, contrariamente ao alegado pela MCH no parágrafo 1125 *supra*, do acompanhamento do PVP não advêm “*condições vantajosas de abastecimento*”, que permitem continuar a transferir valor para o consumidor, uma vez que, como se constata da mera leitura, o acompanhamento dos PVP traduz-se numa subida dos mesmos.
1146. Recorde-se também o documento BakeryDonuts1105, nos termos do qual é enviada internamente uma tabela de preços, constando da mesma a indicação de “PVP” a praticar para uma série de produtos do portfolio da Bimbo Donuts, preços estes referentes a uma subida, a um “*novo alinhamento de preços previsto para a próxima semana*”, referindo a KAM da Bimbo Donuts que os preços terão de ser controlados “*à risca*”, uma vez que a visada irá receber *shoppings* (isto é, reportes de cumprimento ou incumprimento) diários (pelas empresas de distribuição), alertando os seus colaboradores de que “*não podem haver falhas da vossa parte*”. No que diz ainda respeito às insígnias Auchan e Leclerc, a KAM solicita aos seus colaboradores que estes “*marquem esta subida já para o início da próxima semana*”.
1147. Ora, da leitura deste documento não se vislumbra um qualquer ambiente de negociação individualizada entre o fornecedor e cada empresa de distribuição, ao contrário do que é invocado pelas visadas, pois expressões como “*marcar já*” e “*controlar à risca todos os preços*” evidenciam precisamente o oposto. O próprio reconhecimento da monitorização e controlo do alinhamento pelas empresas de distribuição em causa (“*vamos receber shoppings diários*”) demonstra a desadequação dessa interpretação das visadas. Existe, sim, comunicação de PVP a implementar de forma transversal no mercado que é comunicada às empresas de distribuição, estando as mesmas cientes de que a mesma informação é passada às respetivas empresas concorrentes, de modo a alcançar o objetivo comum, o alinhamento dos PVP. A prossecução deste objetivo e a contribuição para tal de cada interveniente é agilizada e evidenciada pelo envio de *shoppings* que a Bimbo Donuts sabe que irá receber por parte das empresas de

distribuição, como meio de controlo e monitorização do cumprimento do alinhamento, facto que só ocorrerá se a Bimbo Donuts puder controlar e evitar “falhas” na sua implementação.

1148. Esta informação foi partilhada, pelo menos, com as empresas Auchan, MCH e Leclerc (vejam-se os documentos BakeryDonuts964 e BakeryDonuts965, BakeryDonuts1009 e BakeryDonuts1095, respetivamente).

1149. A leitura do documento BakeryDonuts1009 demonstra que a MCH implementa os PVP fixados, após confirmação de que estes serão seguidos pelas suas concorrentes. Na verdade, o NAM da Bimbo Donuts, ao enviar a referida tabela de preços (os quais são, expressamente, indicados como “PVP Novo Final”) informa o seu ponto de contacto na MCH que os PVP indicados a vermelho se referem a “produtos que ainda não conseguimos alterar e que apenas sofrerão alterações na próxima semana”. Na sua resposta, a MCH acompanha o alinhamento, dando nota internamente para que os PVP indicados a verde (já implementados) sejam alterados. Ademais, a MCH informa a Bimbo Donuts que logo que tenha informações sobre os outros artigos (a vermelho), “acompanharemos o movimento do mercado”.

1150. Os documentos BakeryDonuts964 e BakeryDonuts965 demonstram que a mesma subida é partilhada com a visada Auchan. Nos termos do documento BakeryDonuts964, de 9 de setembro de 2008, a KAM da Bimbo Donuts envia a um colaborador da Auchan a respetiva tabela de preços, referindo “junto seguem os PVP dos SKU que deve alinhar entre amanhã e 5ª feira. Reforço a ideia passada pelo meu colaborador, da importância desta subida. Estamos com uma nova tabela no mercado e só com esta subida conseguimos fazer com que a Auchan continue a ter a sua rentabilidade”.

1151. A mesma KAM, por sua vez, envia no dia 23 de setembro de 2008 a outro colaborador da Auchan um pedido de (re)alinhamento, nos termos do aumento de 1 de setembro: “Como sabe aumentámos a nossa tabela a 1 Setembro e estamos desde essa data a tentar nivelar preços no mercado de forma a tentar manter as margens dos nossos clientes. O Jumbo Alfragide sempre colaborou com a Panrico nestas situações. Na semana passada a loja subiu todos os preços, mas na 6ª feira alguns deles baixaram sem razão aparente, O meu Account [Confidencial – Dados Pessoais] já falou com o [Confidencial – Dados Pessoais] sobre esta situação mas mais uma vez apelo à

colaboração da loja para isto, para que amanhã tenhamos estes preços corrigidos” (cf. documento BakeryDonuts965).

1152. Por fim, no documento BakeryDonuts1095, *email* interno da Bimbo Donuts no qual é reencaminhado o texto de um *email*, ao que tudo indica, enviado ao Leclerc, nos termos do qual foi dada nota da nova tabela de preços, é expressamente referido que “*esta alteração vai ser efectuada em simultâneo nas outras cadeias*”⁴⁶¹.

1153. Relativamente à análise do documento BakeryDonuts163, não obstante os destinatários do *email* (Auchan e Leclerc), aparentemente, estarem em *BCC*, não tendo conhecimento do seu envio simultâneo, não se pode ignorar o teor da informação partilhada com ambas as empresas de distribuição: “[*t*]emos todo o mercado a alinha[*r*] o pvp para 2,59€”. Decorre, assim, que a Bimbo Donuts veicula, de facto, informação a estas empresas de distribuição, traduzindo-se num meio de comunicação do novo PVP a praticar, informando ainda que este já está a ser implementado por empresas de distribuição concorrentes. A circunstância de o envio ser simultâneo para Auchan e Leclerc e de ser imediatamente percebido como tal para estas duas empresas é, assim, irrelevante, já que o que a informação que a mensagem veicula torna desnecessário – por redundante – esse controlo de destinatários.

1154. Destarte, a análise dos referidos documentos, demonstra ser evidente que à Bimbo Donuts, para além do papel de determinação do nível de PVP a aplicar, cabe veicular a informação, entre as empresas de distribuição em causa, de modo a garantir o alinhamento do mercado.

1155. As empresas de distribuição, por sua vez, sabem, portanto, ao receber tais indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idêntica informação foi dada às suas concorrentes e quais as respetivas intenções futuras em matéria de PVP (“*Junto seguem os pvp’s que entre 4ª e 5ª feira teremos no mercado. A encarnado seguem os produtos que ainda não conseguimos alterar e que apenas sofrerão alterações na próxima semana*”; “*Temos todo o mercado a alinha[*r*] o pvp para 2,59€*”; “*Como sabe*

⁴⁶¹ Não se exclui que o *email* em causa seja apenas um *draft* para envio àquela empresa de distribuição, o que, a verificar-se, não invalida o teor da informação que, neste caso, se pretendia transmitir e que, noutros casos já descritos, efetivamente se transmitia em situações deste tipo. A saber, a informação de que as empresas retalhistas concorrentes do destinatário já alinharam ou vão alinhar o PVP nos mesmos termos.

aumentámos a nossa tabela a 1 Setembro e estamos desde essa data a nivelar preços no mercado de forma a tentar manter as margens dos nossos clientes”.

1156. Finalmente, cumpre referir que os argumentos trazidos à colação pela Bimbo Donuts relativos aos documentos que integram a conversação n.º 8 não poderão colher pelos motivos que passarão a expor de seguida. É verdade que a conversa em análise tem como foco três temas: *i)* a apresentação de uma nova gama de produtos, *ii)* uma alteração aos preços de tabela de alguns artigos (preços grossistas), e *iii)* o acompanhamento, pelas lojas do Leclerc dos novos PVP de mercado, fruto da alteração dos respetivos preços de tabela.
1157. Com efeito, admitindo-se que a insistência da Bimbo Donuts face às alterações aos preços de tabela (preços grossistas) poderá não configurar uma conduta ilícita, sendo naturais as dificuldades alegadas pela visada ao nível da respetiva faturação dos produtos. No entanto, o outro foco de insistência prende-se com os PVP e com a necessidade de os alinhar, resultando da falta de resposta da central do Leclerc que as lojas não estariam a acompanhar o alinhamento de mercado, referindo o *KAM* da Bimbo Donuts que estes estariam *“alinhados em todas as cadeias. Faltando apenas o Eleclerc”*.
1158. Desta mensagem resulta, mais uma vez, o propósito de substituir a liberdade das empresas de distribuição na definição dos seus PVP por um comportamento concertado, envolvendo não apenas o Leclerc, que a Bimbo Donuts pretende fazer aderir ao alinhamento, mas todas as empresas de distribuição, incluindo as visadas, que, nas palavras do fornecedor, já terão aderido, reduzindo, por essa via, o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que determinam de forma autónoma a sua conduta no mercado.
1159. Para o Leclerc, o *KAM* sugere ainda uma correção *“loja a loja”*, solicitando a colaboração da central nesse mesmo sentido. Para esta insígnia, a falta de autonomia resulta ainda mais clara quando o ponto de contacto na central do Leclerc solicita um desconto, de modo a que as suas lojas possam acompanhar os PVP indicados pela Bimbo Donuts, não solicitando, ao invés, condições que permitissem a prática de PVP mais competitivos.

1160. Ora, não se contestando a não existência nos autos de *emails* que comprovem, em momento posterior, o pedido de correção de PVP nas lojas Leclerc⁴⁶², resulta, ainda assim, de modo claro, que era essa a intenção da Bimbo Donuts, intenção que partilhou com o seu ponto de contacto na central do Leclerc, através do seguinte pedido: “*João, diga-me pf quando as lojas vão receber esta informação para eu falar com a equipa para podermos junto das lojas alterar pvprecomendados*”.

1161. Sobre o argumento apresentado pela Auchan de que alguns dos *emails* descritos não permitem demonstrar a adesão da visada a qualquer alinhamento, demonstrando, pelo contrário, a pressão unilateral da Bimbo Donuts sobre a Auchan, cumpre referir que a conversação n.º 181 identificada pela visada para fundamentar esta posição não demonstra o que a Auchan alega.

1162. Na verdade, a leitura dos documentos que integram a referida conversação, permite concluir que estaria em marcha mais um movimento de subida de PVP, relativamente à qual as insígnias MCH e Pingo Doce já teriam manifestado a sua adesão (documento BakeryDonuts1173):

⁴⁶² Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 11 de março de 2009 09:45
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Esta semana tambem

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Key Account Manager
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico



From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:52
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: PVP's

Sonae sobe quando?

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 10 de Março de 2009 20:49
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: PVP's

Meus caros,

junto segue a nova tabela de PVP a praticar no mercado.

Quero que peguem nisto e até 6ªfeira, SEM FALTA, tenham estes preços em todos os Leclerc e Auchan.

Falem com todas as vossas lojas e garantam que temos isto alinhado em todo o lado até 6ªfeira.

O PD sobe amanhã.

Muita atenção a isto. Não temos actividade promocional na rua têm todo o tempo para tratar disto.

Amanhã falo com todos vocês.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1163. Relativamente à Auchan, evidencia-se no documento a intenção de ter os novos PVP a praticar no mercado em todas as lojas Auchan. No entanto, não obstante não existir uma resposta direta da Auchan a este *email*, a referida conversação deve ser lida em conjunto com o documento BakeryDonuts1191, que consiste numa conversação interna (Bimbo Donuts), que ocorreu entre 18 e 19 de março de 2009, o qual demonstra o resultado de uma ação de monitorização da implementação dos referidos PVP no mercado.

1164. No referido documento é analisada a implementação dos PVP nas lojas de Gondomar e Alfragide da Auchan, ficando demonstrado que, primeiramente, a loja de Alfragide teria subido os PVP, tendo, posteriormente, voltado a descer, o que resultou num corte de fornecimento por parte da Bimbo Donuts, como retaliação pelo desvio. A loja de Gondomar que, por sua vez, estaria inicialmente desviada, corrige os seus PVP desviados, acompanhando o movimento de subida de PVP concertado.

1165. Uma última nota apenas para salientar que o facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado

para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços). Com efeito, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente.

1166. Acresce, logicamente, que o acervo probatório, atentos os comportamentos em causa, é proporcionalmente mais rico no que respeita à monitorização, controlo e reação a desvios do que poderia ser no que respeita à mera constatação ou ao mero reforço positivo do cumprimento do previamente concertado. Ou seja, estando todas as visadas a cumprir o desígnio de alinhamento a que se propuseram, não há necessidade destas de trocar quaisquer mensagens de reporte de desvios ou de reação aos mesmos.
1167. Desta forma e em conclusão, analisando o envio de tabelas de PVP no contexto da infração em causa, do seguimento dado pelas empresas de distribuição visadas à informação recebida e da globalidade do acervo probatório, só se pode concluir pelo propósito ilícito do mesmo e pela verificação da conduta imputada.
1168. A AdC desenvolverá a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão.
1169. Não procedem, assim, por não corresponderem à verdade nem terem esteio na prova junta aos autos, os argumentos das visadas de que esta era uma prática lícita, habitual na relação comercial entre fornecedor e distribuidor, que tinha o mero propósito de transmissão de recomendações de preço.
1170. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à utilização de tabelas de preços enviadas pelo fornecedor como meio de garantir ou, pelo menos, de promover o alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.

III.3.1.3.6 Realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP

1171. Como referido anteriormente, os elementos probatórios revelam também a ocorrência de situações em que a Bimbo Donuts procede ao envio de determinadas condições comerciais ou de realização de ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP.

1172. O documento BakeryDonuts615, referente a um *email* de 25 de novembro de 2004, sobre o assunto “*PVP e Promocionais*”, enviado por uma *KAM* da Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto na Auchan, do qual se entende que a Bimbo Donuts não se limita a enviar condições promocionais, mas antes condiciona-as ao alinhamento de PVP:

-----Original Message-----

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: quinta-feira, 25 de Novembro de 2004 9:50
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: PVP e Promocionais

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

que tal estavam os Donuts?

Junto envio um plano promo para o fim semana:

620273 - Pão Familiar+15% - [20-30]% para PVP 1,39€
613532 - Pão S/Codea Familiar 650Gr - [20-30]% para 1,69€
1827 - Pão 600Gr - [0-10]% factura para PVP 1,39€
620568 - Branco Fibras - [0-10]% desconto para PVP 1,59€

Para além disso peço-te que alinhes os seguintes PVP:

1870 - Donuts 4 - PVP 1,49€
1850 - Bollycao 4 - PVP 2,09€

Estes preços estão uma desgraça e já pedi também a outras lojas para os alinharem! 3ª feira próxima passo na loja para vermos os tais promocionais da ilha, certo?

Confirma os PVP e promocionais para poder carregar descontos.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1173. No documento BakeryDonuts777, que consiste num *email* de 23 de fevereiro de 2006, com o assunto “*Panrico – Folheto 16-29.3*”, uma *KAM* da Bimbo Donuts comunica à sua interlocutora no Feira Nova condições para um folheto promocional, propondo descontos diretamente relacionados com o posicionamento dos PVP dos produtos em causa. Relativamente a um dos produtos, depreende-se do documento que o alinhamento do PVP tenha sido previamente acordado pelas partes, mas como a insígnia Auchan irá desviar-se desse alinhamento, a Bimbo Donuts informa o Feira Nova de que irá aumentar o desconto, de modo a que as insígnias continuem alinhadas. Diz a *KAM* da Bimbo Donuts que “[e]m relação aos travesseiros, aumentei o desconto para podermos colocar um PVP mais baixo. O Auchan vai sair com um folheto com este

produto e com um PVP mais baixo que o 1,39€ que tínhamos acordado! Se ainda conseguir alterar o PVP avise-me!”.

1174. No documento BakeryDonuts789, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 8 e 11 de setembro de 2006, uma *KAM* da Bimbo Donuts, depois de conversado telefonicamente, apresenta à sua interlocutora no Feira Nova propostas de descontos para a comercialização de dois produtos do seu *portfolio*, fornecendo, igualmente, o PVP a aplicar. Relativamente a um dos produtos, cujo PVP indicado pela Bimbo Donuts fora de 1,09 €, a colaboradora do Feira Nova alerta para o facto de ter sido “*realizado shopping a este artigo e o mínimo que se encontrou foi de 0,84€ no Jumbo de Aveiro, estando a maioria das insígnias a 0,89. Pelo que não conseguimos subir preços*”, e solicitam um desconto maior face ao proposto pela Bimbo Donuts, de [20-30]%. A este alerta e pedido, a *KAM* da Bimbo Donuts esclarece, os termos em que se processou (e continua a processar) ao alinhamento e propõe um desconto alternativo para o efeito:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: sexta-feira, 8 de Setembro de 2006 15:38
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Panrico - Folhetos

1

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Relativamente ao desconto preciso que me chegue no mínimo aos [20-30]%

Fico a aguardar
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
cc:
Subject: RE: Panrico - Folhetos

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Do alinhamento que foi feito na semana passada, todas as insígnias subiram o PVP do pão 310 para 1,09, à excepção de algumas lojas Carrefour.
Hoje é possível que hajam já algumas lojas que tenham desalinhado o preço para o PVP do Feira Nova, dado que não alinhámos no dia certo!
Por isto peço a sua colaboração no alinhamento deste PVP.
(A Sonae tem o PVP alinhado)

Quanto ao desconto para o folheto só posso dar-lhe até [20-30]%! Pode ser?!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1175. Nos *emails* seguintes, *KAM* da Bimbo Donuts e a colaboradora do Feira Nova discutem qual o desconto a ser concedido face ao PVP (de alinhamento) a aplicar:

A Bimbo Donuts fornece um “*desconto comercial geral*”, um “*desconto promocional*” e o “*PVP sugerido*”.

1178. O conteúdo do documento BakeryDonuts876 que acaba de transcrever-se demonstra que a Bimbo Donuts não se limitou a enviar condições comerciais para uma ação promocional referente a um dos seus produtos, indicando, também, qual o PVP que deveria ser implementado durante essa mesma ação, como também dirigiu uma solicitação expressa para que o Carrefour reposicionasse o PVP em linha com o de mercado, adotando o “*PVP correto*”, assim que terminasse a ação promocional identificada no *email*.

1179. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 176⁴⁶³, que consiste numa cadeia de *emails*, ocorrida entre 30 de junho de 2008 e 4 de julho de 2008, sobre o assunto “*FW: folheto*”, entre um *NAM* da Bimbo Donuts e um gestor de categoria da MCH, diz respeito a uma discussão de condições comerciais a serem fornecidas pela Bimbo Donuts para efeitos de lançamento de um folheto na MCH de um dos seus produtos.

1180. O conteúdo dos referidos documentos permite verificar que: (i) no dia 30 de junho de 2008 a Bimbo Donuts questionou a MCH relativamente ao lançamento de folhetos que incluíssem produtos do seu *portfolio*; (ii) o intuito da Bimbo Donuts, previamente comunicado à MCH, era colocar em folheto “*artigos fortes para vender realmente mais*”, tendo sugerido à MCH que se colocasse em folheto o produto pão sem côdea linea a um PVP de 1,49 €; (iii) a MCH não concorda que este seja um produto não seja forte e, face a esta sugestão, referiu que o desconto a fornecer deverá ser em cartão, uma vez que “[*n*]ão queria estar a partir preços no mercado”; (iv) porque não quer desalinhar o PVP praticado neste produto, no mercado.

1181. Em resposta, o *NAM* da Bimbo Donuts afirma o seguinte:

⁴⁶³ A conversação n.º 176 considerada relevante para efeitos de prova dos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1040, BakeryDonuts1075 e BakeryDonuts1581.

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 1 de Julho de 2008 11:08
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: foilheto

Manda-me então o artigo com código e o desconto promocional de 04/08 a 25/08.

Com os melhores cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Modelo Continente Hipermercados, SA
DC Alimentar - mercearia
Gestor de Categoria – Pão e Afins
Ext: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 1 de Julho de 2008 11:03
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: foilheto

Não, apenas no Jumbo e Leclerc. Mas isso trata-se com muita facilidade...

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 1 de Julho de 2008 11:01
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: foilheto

Ou seja,

Está no Jumbo, Leclerc, intermarché e minipreço?

Com os melhores cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1

Modelo Continente Hipermercados, SA
DC Alimentar - mercearia
Gestor de Categoria – Pão e Afins
Ext: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 1 de Julho de 2008 11:00
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: foilheto

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Este não é o Pão mais forte do Mercado e ainda por cima não está à venda nem no Dia, Lidl, Pd etc...aqui podemos arriscar!

1182. Do conteúdo do *email* que acaba de se transcrever resulta que (i) face à resistência da MCH, a Bimbo Donuts tenta tranquilizar esta insígnia, esclarecendo que o produto em discussão não se encontra à venda em insígnias concorrentes tais como o Dia, Lidl e Pingo Doce, pelo menos; (ii) a MCH, ainda não certa em desalinhar o respetivo posicionamento de PVP no mercado, questiona a Bimbo Donuts quanto à venda do produto no Jumbo, Leclerc, Intermarché e Minipreço; (iii) insígnias relativamente às quais a Bimbo Donuts, esclarece, num caso, não estar à venda o produto (Intermarché e Minipreço) e, noutro caso (Jumbo e Leclerc), que a questão de implementação de um PVP distinto se trata com “*muita facilidade*”.

1183. O conteúdo do documento BakeryDonuts1074 que consiste num *email* de 29 de agosto de 2008, sobre o assunto “*Parrico – Folheto 60% Pão 850 gr – Urgente*”, demonstra que teria sido acordada a implementação de um folheto promocional para o produto Pão 850 gr da Bimbo Donuts na Auchan, mas face a um aumento dos preços de tabela, o NAM da Bimbo Donuts clarifica ao seu interlocutor na Auchan – “*temos consequentemente, de nivelar novos PVP e tentar de alguma forma estabilizar o mercado pelo que, estamos proibidos de fazer qualquer tipo de folhetos*”. Percebe-se, assim, que face a uma nova implementação de PVP e de modo a evitar reações por empresas de distribuição concorrentes, o fornecedor não pode, nesse momento, oferecer descontos promocionais a ações das empresas de distribuição.
1184. Veja-se ainda o conteúdo do *email* interno (Bimbo Donuts) BakeryDonuts1033 de 10 de setembro de 2008, sobre o assunto “*Auchan – Folheto [60-70]%*”, através do qual uma KAM da Bimbo Donuts informa os seus colaboradores de uma ação promocional que entrará em vigor na Auchan, referindo ainda que “*[c]omo sabem tivemos de cancelar inumeras ações por causa do nivelamento de preços e como tal temos de aproveitar ao limite o que podemos marcar para conseguirmos fazer o plano*”, o qual permite compreender que, em determinadas circunstâncias, a implementação, ou não, de determinadas ações promocionais é condicionada à manutenção de posicionamento e de alinhamento (“*nivelamento*”) de determinado PVP.
1185. Do conteúdo dos documentos que integram a conversa n.º 80⁴⁶⁴, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida em 30 de janeiro de 2009, sobre o assunto “*Acção [50-60]% - Fevereiro*”, constata-se que: (i) a MCH comunica antecipadamente à Bimbo Donuts as ações promocionais que tem intenção de implementar para os seus produtos; (ii) e pressiona a Bimbo Donuts, ao condicionar a aplicação do desconto comercial ao reposicionamento e alinhamento do PVP do referido produto no mercado (“*só poderei aceitar este desconto se o mercado alinhar o preço*”); (iii) a Bimbo Donuts não terá obstado a tal condicionante, antes pelo contrário, pois reencaminha internamente o *email* da MCH solicitando, “*carregar sff*”:

⁴⁶⁴ A conversa n.º 80 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1189, BakeryDonuts1205, BakeryDonuts1206, BakeryDonuts1687 e BakeryDonuts1688.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 30 de janeiro de 2009 12:19
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Acção [50-60]%- Fevereiro

Carregar sff

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: sexta-feira, 30 de Janeiro de 2009 12:18
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Acção [50-60]%- Fevereiro

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

P.f carregar o ss desconto .

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: sexta-feira, 30 de Janeiro de 2009 12:18
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Acção [50-60]%- Fevereiro

Boa tarde,

Informo que iremos avançar com o ss artigo para a acção [50-60]%- Fevereiro Modelo :

2062230 | PAO FORMA; PANRICO; EMBALAGEM: 850GR

Período da acção :

27/02 a 8/03

Insignias:

Modelo

Período de Compras :

23/02 a 8/03

Desconto :

[30-40]%

Só poderei aceitar este desconto se o mercado alinhar o preço , conforme o incremento do PTFalaremos mais ao promenor na data da definição do preço.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1186. Igualmente ilustrativo deste mecanismo de fixação de PVP e da sua perceção e utilização pela Bimbo Donuts é o documento BakeryDonuts28, que consiste numa cadeia de *emails* de 13 e 17 de maio de 2013, sobre o assunto “*RE: Bolaria Panrico – Confidencial*”, em que se partilha internamente (Bimbo Donuts) as fichas técnicas de

dois produtos a comercializar nas insígnias Intermarché⁴⁶⁵ e Leclerc⁴⁶⁶, sendo uma das informações constante da ficha os PVP recomendados dos referidos produtos. No seguimento deste *email*, a gestora de produto da Bimbo Donuts fornece ainda aos seus colaboradores o “*desconto promocional para as lojas E. Leclerc para quem cumprir PVP Rec*”.

1187. Sobre o mesmo assunto, veja-se o documento BakeryDonuts27, através do qual a mesma gestora de produto da Bimbo Donuts, além de reencaminhar o mesmo *email* interno com as fichas técnicas dos dois produtos a comercializar no Intermarché e no Leclerc, envia posteriormente aos seus colaboradores os “*descontos promocionais do ciclo promocional de Junho para estes artigos no ITMI para quem cumprir PVP Rec*”.

1188. O facto de se mencionarem não só os descontos a conceder, mas também os PVP associados a estes revela que a concessão de determinados descontos estão sujeitos a que Leclerc e ITMP pratiquem determinados PVPs – os quais são, no caso concreto, os mesmos a vigorar em ambas as insígnias (ou seja, a Bimbo Donuts pretende que sejam os PVP pelas empresas de distribuição para esses produtos).

1189. No documento BakeryDonuts20, que consiste num *email* enviado em 9 de julho de 2013, sobre o assunto “*PANRICO – INTERMARCH? ?P?o Forma Integral 360gr? Reposicionamento de PVP*”, pode ler-se a seguinte mensagem de um *Key Account (KA)* da Bimbo Donuts para os seus interlocutores em várias lojas do Intermarché:

⁴⁶⁵ Sem prejuízo de a insígnia ITMP não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

⁴⁶⁶ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 9 de julho de 2013 07:51
To: ITMI [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
 [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
]

Subject: PANRICO - INTERMARCH Pão Forma Integral 360gr Reposicionamento de PVP

Bom Dia a todos,

De forma a obtermos os melhores resultados neste Verão, segue abaixo o desconto para o Pão Forma Integral 360gr, para o período de 10 Julho a 31 Agosto de forma a podermos vender o Pão a 1 €. Este é um artigo que nesta época do Ano tem bastantes vendas e assim vamos todos apostar no melhor PVP para o consumidor final.

Segue os descontos para o artigo.

Produto	Código	EAN	Preço Tabela	Desconto Contrato	Desconto em Factura	IVA	PVPR
Pão de Forma Integral (360g)	74	560 1027 000742	[2-5] €	[10-20]%	[40-50]%	6%	1 €

Assim, peço o favor de fazer a repetiva correção do PVP, para que possamos continuar com o desconto.

Desde já muito obrigado pela sua colaboração.

CUMPRIMENTOS

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

Panrico - Produtos Alimentares, Lda

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: LFO]



- 1190.O conteúdo do documento BakeryDonuts20 que acaba de se transcrever permite compreender que a manutenção do desconto para o período indicado está sujeito à correção do PVP do pão de forma integral (360gr) para o PVP recomendado.
- 1191.Outros elementos de prova constante do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever encontram-se integralmente descritos no Anexo 1 à presente Decisão.
- 1192.Os elementos probatórios juntos aos autos evidenciam que os PVP, ainda que designados como preços recomendados e/ou indicativos, são encarados por todas as empresas visadas como preços de venda ao público a observar no retalho; mais se verifica que é relativamente a estes preços que se desenvolvem as ações de monitorização, reporte e pedidos de correção de desvios.

1193. Em consequência, o PVP que é transmitido pelo fornecedor às várias empresas de distribuição, seja em contexto promocional ou não, visa o objetivo comum de nivelamento/alinhamento dos preços dos produtos da Bimbo Donuts no mercado retalhista.

III.3.1.3.7 Pronúncia das Visadas

1194. Relativamente à realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP, as visadas negam que esse condicionamento ocorra, bem como alegam que a negociação de campanhas promocionais decorre da normal relação comercial entre fornecedor e distribuidor, sendo natural que, no âmbito das mesmas, sejam referidos PVP⁴⁶⁷.

1195. A Bimbo Donuts frisa que o incremento da atividade promocional no mercado resulta de forma evidente nos anos de 2013 em diante, referindo que quaisquer acordos ou pedidos de correção relativos a preços de venda promocionais ou propostas de financiamento que tenham subjacente o cumprimento do PVP promocional, *“têm de ser vistos dentro da perspetiva de que a existência de promoções é benéfica para os consumidores. E, de qualquer modo, os referidos documentos não demonstram de forma nenhuma a existência de um hub and spoke”*⁴⁶⁸.

1196. Segundo a visada, as campanhas promocionais visam sempre baixar PVP sendo que a *“preocupação da Bimbo Donuts, ao propor e discutir (não impor) preços de revenda promocionais com os retalhistas, é de assegurar que o financiamento concedido é efetivamente transmitido aos consumidores”*⁴⁶⁹.

1197. A MCH entende que a atribuição de descontos pelo fornecedor não está condicionada ao respeito, pelo distribuidor, de determinado nível de PVP. O que acontece é que *“se o distribuidor não praticar o PVPR, não deixa de usufruir do desconto, mas auferirá de uma margem menor ou maior conforme se desvie dele em baixa ou em alta”*⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Cf. capítulos II.F b) da PNI MCH; Cf. capítulo II.1.1.2.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 57 e ss.

⁴⁶⁸ Cf. capítulo V.3.B da PNI Bimbo Donuts.

⁴⁶⁹ Cf. §287 da PNI Bimbo Donuts.

⁴⁷⁰ Cf. §400 da PNI MCH.

1198. A visada Auchan, sobre este ponto, refere que do documento BakeryDonuts615 não é possível inferir que as ações promocionais estivessem condicionadas ou sujeitas à adoção de PVP, alegando, também, que não há qualquer indicação de prova que se refira à Auchan e que demonstre o seu envolvimento na infração, antes pelo contrário, *“a maioria dos emails constantes desta secção evidenciam o comportamento autónomo e desviante da Auchan”* (cf. documentos BakeryDonuts777, BakeryDonuts789, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1033)⁴⁷¹.

1199. Para a Pingo Doce, *“fruto da intensidade promocional, em que cerca de metade dos produtos apresentam preços em desconto e em que semanalmente são alterados os preços em muitos produtos, é natural que exista um fluxo constante, corrente e regular de trocas de e-mails entre Pingo Doce e o fornecedor”*⁴⁷². Neste ponto também a Pingo Doce faz referência ao regime das PIRC, alegando que *“o PVPR se mantém como um dos parâmetros relevantes [Confidencial – estratégia comercial da Visada]”*⁴⁷³.

III.3.1.3.8 Apreciação da Autoridade

1200. Analisada a Pronúncia das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, tem de concluir-se pela improcedência da maioria dos argumentos usados na argumentação quanto à matéria de facto que subjaz à realização de ações promocionais condicionadas à implementação/e ou manutenção de determinado PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.

1201. Ou seja, não se ignora que a realização de ações promocionais seja negociada entre fornecedor e empresas de distribuição e que subjazam a essa negociação, por vezes, motivações lícitas. No entanto, o que a prova constante dos autos e detalhadamente descrita também demonstra é que, para além dessas motivações lícitas no quadro de uma relação comercial, por vezes tal negociação nem existe e a realização de ações promocionais é impedida em favor do alinhamento (cf. documentos BakeryDonuts766, BakeryDonuts987, BakeryDonuts967, BakeryDonuts952).

⁴⁷¹ Cf. capítulos II.1 e II.1.1.2 da PNI Auchan.

⁴⁷² Cf. §589 da PNI Pingo Doce.

⁴⁷³ Cf. §240 da PNI Pingo Doce.

1202. Recorde-se, a esse propósito, o documento BakeryDonuts1074, nos termos do qual o NAM da Bimbo Donuts comunica ao seu ponto de contacto na Auchan que terão de cancelar um folheto de [60-70]% face um aumento dos seus preços de tabela, fator que “consequentemente” leva ao nivelamento de “novos PVP”, explicando que está a “tentar de alguma forma estabilizar o mercado pelo que estamos proibidos de fazer qualquer tipo de folhetos”.
1203. No mesmo sentido, recorde-se o documento BakeryDonuts1033, *email* interno da Bimbo Donuts, nos termos do qual uma KAM afirma que “[c]omo sabem tivemos de cancelar inúmeras acções por causa do nivelamento de preços e como tal temos de aproveitar ao limite o que podemos marcar para conseguirmos fazer o plano!”.
1204. Relativamente aos documentos BakeryDonuts1074 e BakeryDonuts1033, cumpre ainda esclarecer que, contrariamente ao alegado pela Auchan, o facto de estarem agendadas ações promocionais na Auchan não afasta a sua participação na referida prática. Como é evidente, é natural a ocorrência de ações promocionais entre insígnias e o fornecedor, sendo estas até um motivo que, muitas vezes, justifica determinados desvios ao preço de alinhamento por parte das empresas de distribuição visadas.
1205. Improcede, assim, a alegação de que os referidos documentos evidenciam uma conduta sempre autónoma por parte da Auchan – tanto assim não é que uma das ações acordadas cai em detrimento do movimento de subida de PVP concertado (cf. documento BakeryDonuts1074).
1206. Mais uma vez, o que os documentos mencionados demonstram é a pretensão em assegurar que as ações promocionais de cada insígnia sejam estabelecidas previamente com a Bimbo Donuts, retirando-lhes a autonomia de uma atuação concorrencial. Resulta, assim, também, que as empresas de distribuição ao aceitarem estas condições, abdicam da sua liberdade de fixação de PVP e definição de política promocional próprias, em prol do objetivo comum, o alinhamento horizontal de PVP (“temos de cancelar o nosso folho de [60-70]% de Setembro com o Pão 850 gr. Com o aumento de tabela que vamos ter, temos consequentemente de nivelar novos PVP e tentar de alguma forma estabilizar o mercado, pelo que, estamos proibidos de fazer qualquer tipo de folhetos [cf. documento BakeryDonuts1074, enviado da Bimbo Donuts para Auchan]; “Vamos estar com Folheto [60-70]% no Auchan de 18 a 30 de Setembro com Pão S/Codea Branco Fibras [...]. Como sabem tivemos de cancelar inúmeras

acções por causa do nivelamento de preços e como tal temos de aproveitar ao limite o que podemos marcar para conseguirmos fazer o plano!" [cf. documento BakeryDonuts1033 – *email* interno da Bimbo Donuts]).

1207. Também da leitura do documento BakeryDonuts765, que consiste num *email* enviado pela Bimbo Donuts à sua interlocutora no Feira Nova, se constata que perante ações promocionais feitas à revelia do fornecedor, em especial, sobre produtos com “PVP mínimos”, que fazem parte do “*cabaz de guerra das lojas*”, a KAM da Bimbo Donuts solicita que tais comportamentos sejam evitados, referindo também que, perante estas situações, as “*instruções que temos da nossa Direcção Geral é cortar o fornecimento*”:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de março de 2006 17:20
To: Feira Nova - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FN Braga - Preços

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

como sabe temos 4 produtos com PVP mínimo estabelecido em todo o mercado. Estes 4 artigos fazem parte do cabaz de guerra das lojas (Pão 600; Pão S/Codea; Bollycao 4 e Donuts 4)

O FN Braga tem neste momento, e até 5ªF o Pão 600gr com PVP de 1,38€ (mínimo 1,59€) numa dinâmica de Preço Bomba Semanal! Esta dinâmica, de acordo com a loja, é para manter, e semanalmente vão ter em destaque com PVP agressivo um artigo constante do cabaz de guerra.

Numa situação destas, as instruções que temos da nossa Direcção Geral é cortar o fornecimento. Contudo não quero entrar em litígio com a loja, vamos manter o fornecimento e tentar "controlar" a vossa concorrência para que não haja reacções a este preço.

Peço-lhe que sensibilize as lojas para que este tipo de acções não seja feito nestes 4 artigos. Podemos fazer promoções noutros produtos que pesam tanto ou até mais do que este! (Pão 600 pesou em 2005 [10-20]% sobre as vendas de PDF da loja contra [20-30]% do Pão 850 gr)

Agradeço desde já a sua colaboração

Cumprimentos
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1208. A liberdade contratual de que as visadas fazem bandeira nas suas pronúncias é, na verdade, usada para escolherem desenvolver a prática *sub judice*, em vez de atuarem autonomamente no mercado, fazendo as suas próprias escolhas relativamente a campanhas promocionais.

1209. Veja-se o documento BakeryDonuts883, melhor descrito no capítulo III.3.1.6 *infra*, em que se constata o desagrado de uma KAM da Bimbo Donuts pelo facto de 3 lojas do Carrefour terem incumprido os PVP marcados e acordados para um folheto, afirmando “[n]os últimos meses, os esforços por parte da Panrico para subir PVP têm sido imensos

e todos os folhetos marcados com os nossos clientes têm sido pensados ao pormenor de forma a não pôr em causa o mercado em geral. Quando temos lojas que marcam PVP à nossa revelia e à revelia da própria Sede fica difícil controlar o mercado e assegurar margens minimamente aceitáveis”.

1210. Recorde-se também o documento BakeryDonuts777, no qual se pode ler:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 23 de fevereiro de 2006 11:12
To: Feira Nova [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: Panrico - Folheto 16-29.3

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

para o folheto de 16 - 29.3, e para o espaço extra fica acordado:

Verba - [2000-2500]€

476416 - Travesseiros choco Pack 3 - [10-20]% para PVP 1,19€

463551 - Branco Fibras com Codea - [10-20]% para PVP 1,89€

Em relação aos travesseiros, aumentei o desconto para podermos colocar um PVP mais baixo. O Auchan vai sair com um folheto com este produto e com um PVP mais baixo que o 1,39€ que tínhamos acordado!

Se ainda conseguir alterar o PVP avise-me!

Junto envio as fotos dos produtos.

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1211. Da leitura do documento constata-se que, relativamente a um produto, a Bimbo Donuts comparticipa um desconto maior ao acordado, prescindindo, assim, da sua margem, de modo a permitir a prática, pelo Feira Nova, de um PVP mais baixo, veiculando informação futura relativa a uma ação promocional da Auchan, a qual irá sair com um PVP inferior ao que fora acordado. Assim, compreende-se que o desconto fornecido ao Feira Nova, que fora aumentado face à prática de um PVP mais baixo pela Auchan, visa manter (*rectius*, repor) um nivelamento/alinhamento nos PVP praticados no mercado (através da compensação do do Feira Nova por ter de realinhar pelo PVP desviado da Auchan), evitando respostas, porventura, concorrenciais por parte das empresas de distribuição.

1212. Também do teor dos documentos que integram a conversação n.º 176 resulta clara a preocupação da MCH em não provocar um desalinhamento dos PVP no mercado, ao referir que “[n]ã queria estar a partir preços no mercado”, expressando a sua preferência pela concessão de um desconto em cartão, na condição de desconto diferido. Denota-se ainda que a concessão do desconto por parte da Bimbo Donuts tem, de facto, em

consideração os preços praticados pelos concorrentes da MCH no mercado, referindo o fornecedor que o artigo em causa não estaria à venda em várias insígnias, referindo que *“aqui podemos arriscar!”* – resultando, assim, que nem sempre será o caso, nomeadamente, em situações de produtos mais transversais e importantes onde o preço estará “nivelado” em mais concorrentes.

1213. Os documentos que integram a conversação n.º 80 referida *supra* demonstram, por outro lado, a força negocial que as empresas de distribuição têm, resultando que o desconto a aplicar em determinada campanha promocional está condicionado ao alinhamento do PVP do respetivo produto por parte dos concorrentes (*“[s]ó poderei aceitar este desconto se o mercado alinhar o preço”*), condição a que o fornecedor assente, concedendo o desconto.

1214. Veja-se também os documentos BakeryDonuts27 e BakeryDonuts28 cuja respetiva leitura permite compreender que a concessão de descontos estava, de facto, condicionada ao cumprimento, nivelamento e/ou manutenção de “PVP recomendados” que, na prática, eram verdadeiros PVP pré-fixados. No âmbito da comercialização de produtos sob novos formatos (*“versão Super Preço”*), a gestora de produto envia as respetivas fichas técnicas dos produtos a comercializar no Intermarché e no Leclerc, enviando posteriormente os *“descontos promocionais do ciclo promocional de Junho para estes artigos no ITMI para quem cumprir PVP Rec”* e os *“descontos promocional para as lojas E.Leclerc para quem cumprir PVP Rec”*.

1215. Relativamente aos dois documentos analisados, a AdC não ignora o facto de se tratar de prova que envolve, pelo menos, uma visada (a Bimbo Donuts) e duas empresas de distribuição não visadas. Não obstante a Leclerc e a ITMP não serem visadas no presente processo, o teor dos documentos referidos são relevantes na medida em que ilustram situações claras, que demonstram que não se está perante uma negociação lícita no quadro de uma relação comercial, mas perante um entendimento estabilizado, de forma transversal, entre as empresas intervenientes na definição e implementação de PVP e demais condições comerciais (relacionadas com a a viabilização de atividades de promoção) – sempre em linha com a construção de um alinhamento de PVP.

1216. Na verdade, estes documentos são demonstrativos da interferência da Bimbo Donuts na determinação da estratégia de preços e das ações promocionais das empresas e

causa, uma vez que esta chega a referir que as ações em causa não entrarão em vigor se a Leclerc e ITMP não “*cumprirem [o] PVP Rec*”.

1217. Neste sentido, cumpre relembrar o teor do documento BakeryDonuts1009, nos termos do qual, após a Bimbo Donuts fornecer à MCH uma tabela de preços (“*pvp’s que entre 4ª e 5ª teremos no mercado*”), relativamente a um dos produtos, a colaboradora da MCH informa que “[*o] desconto dado ao 2004717 – Pão 310 gr ([0-5]%) era para um pvp a 1,34€, como vamos estar a 1,29€ [preço que consta da tabela enviada] o desconto tem de ser de [5-10] %, aguardo amanhã*”, tendo o fornecedor assentido no referido pedido (cf. documento BakeryDonuts1078).
1218. Quanto à argumentação invocada pela Auchan relativa ao documento BakeryDonuts615, e após reapreciação do teor do documento à luz da defesa apresentada, admite-se que não é explícita a sujeição das ações promocionais em causa à adoção dos respetivos PVP, embora, por um lado, o documento refira “*Confirma os [...] promocionais para poder carregar descontos*”, o que indicia esse condicionamento, e, por outro lado, o mesmo documento refira explicitamente a exigência adicional de alinhamento de outros PVP (não abrangidos pelas ações promocionais em discussão).
1219. Face ao exposto, a AdC conclui que o referido documento, por não ser inteiramente claro, não assume relevância probatória determinante para efeitos de demonstração da sujeição da concreta ação promocional a um determinado PVP pré-determinado, mas mantém, em todo o caso, a sua relevância probatória no contexto do processo (até por referência à exigência adicional que contém), contribuindo de forma suficientemente séria, precisa e concordante para a demonstração das condutas que *infra* se qualificam como uma infração, designadamente em matéria de definição de PVP, tal como analisada nos capítulos III.3.1.3 e III.3.1.3.2 *supra*, mantendo, conseqüentemente, a sua relevância probatória para efeitos de imputação à visada Bimbo Donuts.
1220. Quanto ao documento BakeryDonuts106, de 21 de julho de 2014, a Bimbo Donuts alega que o mesmo se refere a um plano promocional no Leclerc, sem referência a outras empresas de distribuição, não podendo, assim, relevar como elemento probatório da prática ora em análise.

1221. No entanto, se é verdade que o referido documento se refere a um plano promocional a aplicar no Leclerc, também é verdade que da sua leitura resulta que os descontos em questão são *“para a lojas que querem estar competitivas a nível de pvp. Mas só é para cumprir, sempre que vou as lojas existe sempre falhas neste ponto e nunca recebi um mail/telefonema vosso nesse sentido”*.
1222. Ora, o que daqui se constata é que os descontos a ser aplicados estão, de facto, dependentes do cumprimento do PVP correspondente. Assim, é entendimento da AdC que o referido documento mantém a sua aptidão probatória no contexto do processo, no contexto e para os efeitos que se analisam no presente sub-capítulo.
1223. Relativamente aos documentos BakeryDonuts282 e BakeryDonuts259, a visada Bimbo Donuts alega que o que está em causa é a discussão da *“necessidade de alterar os PVP promocionais de várias referências de pão de marca Panrico”*, não fazendo prova de qualquer comportamento ilegal⁴⁷⁴.
1224. Ora, também os documentos referidos devem ser analisados à luz do contexto global do acervo probatório e não de forma isolada.
1225. Nos termos do documento BakeryDonuts282, de 28 de agosto de 2015, o chefe de vendas da Bimbo Donuts comunica à sua equipa que no referido dia *“estava previsto para o Auchan o Pão Receita Económica a 1€, este preço estará correcto nas lojas amanhã. Houve um erro por parte do Auchan e não tinham carregado o PVP que a Patrícia tinha negociado com eles”*.
1226. Por sua vez, o documento BakeryDonuts259, de 8 de setembro de 2015, demonstra estar em causa uma negociação de ação promocional a vigorar numa loja do Leclerc, referindo o assistente de marketing da Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto no Leclerc que *“o desconto está carregado, por isso peço-te que carregues o PVP – 1€, a partir de amanhã e até dia 21 de Setembro. Ok?”*.
1227. Não se contestando que em nenhum dos documentos mencionados é feita referência a outras empresas de distribuição, os mesmos traduzem-se em mais um exemplo da

⁴⁷⁴ Cf. §368 da PNI Bimbo Donuts.

forma como a negociação de PVP, no âmbito de ações promocionais no mercado, era realizada.

1228. Assim, expressões como “*preço correto*” e a necessidade de carregar determinado PVP em função do desconto atribuído demonstra que o fornecedor, de facto, pagava contrapartidas com base no PVP, demonstrando-se, assim, o seu incentivo direto em negociar PVP, utilizando a sua política de comparticipação na atividade promocional das insígnias para influenciar o cumprimento de um determinado PVP fixo⁴⁷⁵.

1229. Relativamente ao documento BakeryDonuts55, a Bimbo Donuts recorre à linha de argumentação referida no parágrafo 1220 *supra*, sendo que, no presente caso, a ação promocional a vigorar será na insígnia Auchan. Ora, reapreciado o teor do documento à luz da pronúncia da visada, a Autoridade concluiu que este é inconclusivo quanto aos termos concretos do envolvimento da Bimbo Donuts nestas circunstâncias e para estes efeitos específicos.

1230. Adicionalmente, no que respeita aos argumentos relativos ao regime das PIRC, as obrigações legais resultantes desse regime não excluem a margem de liberdade – e a própria obrigatoriedade, ao abrigo do regime jurídico da concorrência – de as empresas de distribuição visadas determinarem autonomamente os seus próprios PVP, sem estarem condicionadas pelo alinhamento das suas concorrentes ou pela necessidade de se alinharem pelo preço definido pelo ou articulado com o fornecedor.

1231. Acresce que a matéria de facto provada nos autos demonstra que essas ações promocionais servem, muitas vezes, para viabilizar um alinhamento dos PVP, não revelando, ao contrário do que a Pingo Doce alega, quaisquer receios de incumprimento do regime das PIRC.

1232. Cabe ainda ressaltar que as alegações apresentadas pela visada Pingo Doce não estão, de todo, demonstradas no acervo probatório constante dos autos.

⁴⁷⁵ A comparticipação do fornecedor está, deste modo, condicionada à prática do “*preço correto*”, qualquer outro preço implicaria a concessão de uma comparticipação superior à comparticipação idealizada pelo fornecedor (protegendo, destarte, as respetivas margens).

1233. Na verdade, escassas referências existem – 30 *e-mails* (provenientes de 2 conversações⁴⁷⁶, não sendo a Pingo Doce interveniente em nenhuma) de um universo de 1140 (mil cento e quarenta) documentos constantes do processo, ou seja, 2,6% do total – a termos relacionados com o tema, nomeadamente, “PIRC”, “vendas com prejuízo” ou “*dumping*”.
1234. Improcedendo, assim e por conseguinte, a respetiva capacidade para demonstrar que este era um dos principais objetivos da aplicação de mecanismos que utilizavam o PVPR como referência nas negociações comerciais entre a distribuidores e fornecedores.
1235. Tais referências deveriam ser recorrentes se, de facto, constituíssem uma preocupação legítima e constante das empresas de distribuição relativamente à sua definição dos PVP e obtenção de descontos – o que não se verifica nos presentes autos.
1236. A AdC desenvolverá a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão.
1237. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinados PVP e que conduz ao – e assegura o – alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista com recurso ao fornecedor.
1238. Não procedem, pois, os argumentos das visadas a propósito da factualidade em causa, os quais resultam invalidados pela prova constante dos autos nos termos referidos.

III.3.1.4 Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado

1239. Os elementos de prova constantes do processo indiciam que existem mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista, com uma frequência semanal ou, em determinadas circunstâncias, mesmo diária.

⁴⁷⁶ Cf. *emails* das conversações n.º 4 e n.º 59 mencionadas no Anexo 2 da presente Decisão.

1240. A referida monitorização é realizada, nalguns casos, pelas empresas de distribuição visadas, que reportam à Bimbo Donuts eventuais desvios face aos PVP acordados, para que a Bimbo Donuts atue junto das insígnias desviantes, pressionando-as a corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir por essa via um realinhamento horizontal dos PVP no mercado.

1241. É o que sucede em vários dos documentos já descritos no capítulo III.3.1.1 da presente Decisão, designadamente os documentos BakeryDonuts602 (parágrafo 992 *supra*), BakeryDonuts910 (parágrafo 1001 *supra*), BakeryDonuts229 (parágrafo 1008 *supra*), BakeryDonuts125 (parágrafos 1009 e 1010 *supra*), BakeryDonuts1105 (parágrafo 1102 *supra*), bem como os documentos que integram a conversação n.º 318 (parágrafo 1003 *supra*), existindo outros elementos de prova que passa a descrever-se.

1242. Outro exemplo desta situação consta do documento BakeryDonuts636, que integra a conversação n.º 156⁴⁷⁷, que consiste numa cadeia de *emails* realizada entre 24 de março e 6 de abril de 2005, sobre o assunto “*RE: Parrico – Alinhamento PVP*”, em que um colaborador da Auchan, dias após o envio de um *email* da Bimbo Donuts, no âmbito do qual foram comunicados PVP mínimos que deveriam ser implementados, envia a este fornecedor um *shopping* dos PVP de Donuts 4:

⁴⁷⁷ A conversação n.º 156 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts630, BakeryDonuts636 e BakeryDonuts637.

De: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Enviada: 5 de abril de 2005 18:51

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento PVP

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

no shopping de hoje foi detectado o Donuts de 4 a 1,49€ - Pingo Doce.

Agradeço comentário,

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

-----Mensagem original-----

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Enviada: Quinta-feira, 24 de Março de 2005 9:48

Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: Panrico - Alinhamento PVP

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

actualmente são inumeros os problemas que a Panrico tem quer com o Auchan , quer com todas as outras cadeias , no que respeita a PVP e margens!

As margens estão esmagadissimas, e o nosso objectivo, neste momento, é nivelar os preços para patamares aceitáveis!

Como tal, está definido para o proximo dia **31/Março/2005** um **alinhamento geral de PVP** em 4 artigos de "guerra" da Panrico, alinhamento esse ao qual as Insignias DIA%, Sonae e Feira Nova já aderiram!

Daqui em diante, e para evitar mais loucuras e descontrolo, estes produtos deixarão de fazer parte de acções quer de semana, quer de fim de semana. Estando mesmo nós, internamente, proibidos de as fazer!

Os Produtos e PVP minimos são:

1870 - Donuts 4 - 1,69€

1850 - Bollycao Classico 4 - 2,39€

1827 - Pão 600Gr - 1,49€

512493 - Pão S/Codea 450Gr - 1,99€

Apelo à vossa compreensão e colaboração para que no dia 31 todos estes PVP estejam nivelados! Fico a aguardar a sua confirmação

Melhores Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico - Produtos Alimentares

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1243.A *KAM* da Bimbo Donuts responde, no dia seguinte, ao seu ponto de contacto na Auchan, referindo que o Pingo Doce já teria garantido ter o Donuts 4 a 1,69 €, reposicionando dessa forma o alinhamento do PVP (cf. documento BakeryDonuts637).

1244.O documento BakeryDonuts638, que integra a conversação n.º33⁴⁷⁸, consiste numa troca de *emails* entre 6 e 13 de fevereiro de 2006, em que, no seguimento de um *email* da Bimbo Donuts a fornecer os PVP que deveriam ser praticados no mercado para um conjunto de produtos do seu *portfolio*, o colaborador da loja de Castelo Branco da Auchan envia à sua interlocutora na Bimbo Donuts um *shopping* dos PVP, demonstrando um desalinhamento dos mesmos:

⁴⁷⁸ A conversação n.º 33 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts596, BakeryDonuts611, BakeryDonuts624, BakeryDonuts632, BakeryDonuts638, BakeryDonuts639, BakeryDonuts651 e BakeryDonuts652.

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: 13 de Fevereiro de 2006 11:03
Para: [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
Cc: L
Assunto: RE: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
veja abaixo os meus comentários!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----
From: [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
Sent: segunda-feira, 13 de Fevereiro de 2006 11:03
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico - Alinhamento
Importance: High

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
verifiquei que o [CONFIDENCIAL - Dados pessoais] procedeu às alterações solicitadas para dia 8 de
Fevereiro, mas o seu trabalho foi em vão porque no shopping de dia 9 teve de
voltar a baixar parte dos pvp's por incumprimentos das outras insignias.
Em baixo coloquei os pvp's detectados a 9 de Fevereiro e qual a(s) loja(s) .
Fico a aguardar compensação pela não rentabilidade.

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL - Dados pessoais]

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: segunda-feira, 6 de Fevereiro de 2006 18:52
Para: [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
Cc: r
Assunto: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]

na próxima 4ªfeira - 8/Fevereiro vamos proceder a um alinhamento geral e PVP, alinhamento
este já confirmado por Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce.

Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo de Castelo Branco para que o dia 8/Fev os preços
dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod	SERVIS	Designação	PVP
1870		Donuts Glace (4)	1,74
647845		Donuts Light (4)	1,99
		1,89€ - MODELO E P.DOCE [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - PVP mínimo definido posteriormente	
594112		Bolycac Balance (1)	0,74
		0,59€ - MODELO E P.DOCE [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - PVP mínimo definido posteriormente	
1860		Bolycac Clássico (1)	0,69
		0,59 € - MODELO E P.DOCE [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - PVP mínimo definido	

1

posteriormente

1850		Bolycac Clássico (4)	2,49	2,39€ - MODELO [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - Sonae alinhou para 2,49€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shipping
361034		Mini Bolycac	0,84	
550964		Manhãzitos Bolycac CC (Pack 8)	2,09	
601028		Manhãzitos Bolycac Leite (Pack 8)	2,09	
1815		Burguer Sésamo (4)	1,09	
19054		Hot Dogs (6)	1,09	0,74 € - P.DOCE [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - Pingo Doce alinhou para 1,09€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shipping
1824		Pão de Forma Pequeno (310g)	1,10	1,14€ - MODELO [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - PVP mínimo definido posteriormente
1827		Pão de Forma Sanduich (600g)	1,59	1,49€ - P.DOCE [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] - Pingo Doce alinhou para 1,59€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shipping
1831		Pão de Forma Integral (360g)	1,49	
653417		Pão de Forma Branco Fibras sem Códex	2,09	
512493		Pão de Forma sem Códex Branco (450g)	1,59	
561252		Pão de Forma 1/2 Códex Enriquecido	1,05	

Obrigado
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1245. O *email* que acaba de descrever-se demonstra (aliás, tal como sucede com muitos outros elementos de prova constantes dos autos, identificados na presente Decisão) que a Auchan enviou à Bimbo Donuts os resultados da monitorização do mercado e identificação de desvios face ao posicionamento de PVP acordado, para que a Bimbo Donuts intercedesse junto das insígnias concorrentes desviantes, no caso a MCH e o Pingo Doce, solicitando a correção dos desvios e garantindo o alinhamento de PVP no mercado.
1246. Em resposta, a Bimbo Donuts vem referir que alguns dos desvios identificados pela Auchan não estavam corretos, uma vez que as insígnias concorrentes estariam a cumprir o PVP alinhado (definido posteriormente) e que, relativamente aos restantes, os desvios se deveram a uma implementação do alinhamento mais tardia, uma vez que os PVP só teriam sido comunicados mais tarde.
1247. O colaborador da Auchan não fica devidamente esclarecido e solicita esclarecimentos adicionais à Bimbo Donuts:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: 13 de fevereiro de 2006 16:00
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Assunto: RE: Panrico - Alinhamento

[O alinhamento ou \(des\) alinhamento, posterior teve a ver com os preços marcados pelo Dia Minipreço!](#)

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: segunda-feira, 13 de Fevereiro de 2006 15:37
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico - Alinhamento
Importance: High

**OK [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
mas...**

**... que quer dizer com pvp minimo definido posteriormente??
O meu ultimo mail não era o seu ultimo?? Houve outro (des)alinhamento?**

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: segunda-feira, 13 de Fevereiro de 2006 15:12
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Assunto: RE: Panrico - Alinhamento

[Boa tarde \[CONFIDENCIAL – Dados pessoais\]
veja abaixo os meus comentários!](#)

1248. O *email* que acaba de se transcrever permite verificar que os comportamentos descritos na presente Decisão se reportam a um objetivo comum, partilhado entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas, de alinhamento de PVP no mercado, não

obstante a estratégia conjunta para a sua implementação funcionar nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, nomeadamente respostas a preços praticados por eventuais insígnias desviantes do acordo.

1249.A perplexidade demonstrada pelo colaborador da Auchan perante um “*outro (des)alinhamento*”, um “*pvp mínimo definido posteriormente?! [...] o meu ultimo email não era o seu ultimo??*” é ilustrativa da expectativa que as empresas de distribuição visadas, no caso a Auchan, colocam no que respeita ao papel do fornecedor para veicular a informação relativa ao alinhamento do PVP de todas, esperando, assim, que os PVP “*mínimos*” fossem comunicados pelo fornecedor, de forma igual, a todas as insígnias – ou seja, na mesma data e com o mesmo valor.

1250.O documento BakeryDonuts755, que consiste numa cadeia de *emails* de 27 de janeiro de 2006, entre um colaborador do Dia e uma *KAM* da Bimbo Donuts, permite constatar que (i) o ponto de contacto da referida insígnia dá nota dos PVP praticados pela loja da Maia da Auchan em dois produtos do *portfolio* do fornecedor (que deverão estar desalinhados com o posicionamento acordado do PVP) e (ii) a *KAM* assegura que irão “*também regularizar esta situação!*”.

1251.O documento BakeryDonuts1155, que consiste numa troca de *emails* de 30 de setembro de 2008, sobre o assunto “*FW: Shopping Semana 39.2008 – URGENTE*”, cujo conteúdo demonstra que, após falado telefonicamente, a Pingo Doce confronta o *NAM* da Bimbo Donuts com a seguinte tabela comparativa de *shopping*:

DESCRIÇÃO	NT Colombi	FN Braga	FN Sintra	MB Alfragide	OD Rio Tinto	Rio Tinto	Lidi Alverca	Campo Gra	P Alvalade	Poveiros	Alverca	PD Olivais 1	Min	Max
MADALENAS PANRICO 230 G		1,34	1,34	1,20	1,12							1,34	1,12	1,34
DONUTS GLACE PACK4	1,97	2,19	2,19		2,19				2,19	2,19		2,19	1,97	2,19
DONUTS CHOC. PACK4	2,12	2,10	2,10		1,89					2,10	1,97	2,10	1,89	2,12
BOLLYCAO 67G	0,71	0,79	0,79	0,69	0,79							0,79	0,69	0,79
BOLLYCAO PACK4	2,69	2,89	2,89	2,89	2,89		2,89	2,89	2,89	2,89	2,89	2,89	2,69	2,89
MINI BOLLYCAO 90G	0,94	0,94	0,94	0,83	0,82				0,94	0,94	0,83	0,94	0,82	0,94
2 AMERICAN DONUTS RECH. CREME CACAU 148G		1,24	1,24	1,22							1,27	1,24	1,22	1,27
BOLLYCAO C/ LEITE PACK4	2,77	2,69	2,69	2,45	2,46				2,69	2,69	2,47	2,69	2,45	2,77
BOLLYCAO PACK4 + BRINQUEDO		2,99	2,99		2,88				2,89			2,99	2,88	2,99
BOLLYCAO BALANCE 4UN		2,69	2,69	0,79	2,32				2,59	2,59	2,32	2,69	0,79	2,69
MANHAZITOS LEITE 5 UN		2,59	2,59									2,59	2,59	2,59
MANHAZITOS CHOC 5 UN		2,59	2,59									2,59	2,59	2,59
DONUTS BERLIM PACK 4		1,79	1,79	1,95	1,77	+ 2 gratis						1,99	1,77	1,99
DONUTS MINI 5 UN		1,84	1,84	1,71	1,71	+ 1 gratis		1,66		1,84		1,84	1,66	1,84
MINI DONUTS BOMBOM 125 GR		1,84	1,84	1,78	1,71	+ 1 gratis		1,66	1,73	1,84		1,84	1,66	1,84

1252.A tabela que acaba de se transcrever iniciou um procedimento interno da Bimbo Donuts, sendo dadas instruções internas com vista a resolver as (e a “*demonstrar a resolução*” das) “*situações problemáticas*”, leia-se os casos em que insígnias concorrentes aplicam um PVP desalinhado (cf. documento BakeryDonuts1155):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 30 de setembro de 2008 10:35
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Shopping Semana 39.2008 - URGENTE

Shooping Pingo Doce

Envio-vos o Shooping Panrico feito pelo Pingo Doce com algumas das situações problemáticas que temos que demonstrar a resolução o quanto antes:

Como a Sonae hoje já está com as indicações correctas vamos enviar talões:

preciso hoje de talões de :

Cont Colombo: Donuts 4, Bollycao 4, bollycao 1

Jumbo Alfragide: Madalenas, Bollycao 1 , Mini Bollycao , Mini Donuts (bom bom e glace) , Donuts Berlim 4 – Por favor coordene com a Raquel para saber se os preços estão correctos

Mod Rio tinto: Madalenas, Donuts Choc 4, Mini Bollycao, Bollycao leite 4, Bollycao Balance 4, Donuts Berlim 4, Mini Donuts (bombom e glace)

Por favor, com urgencia

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: Mantêm-se os outros pedidos de taloes para hoje que já lhe tinha feito

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1253. Sublinha-se, da análise do documento BakeryDonuts1155, que as empresas retalhistas optam por recorrer ao fornecedor, enviando estes reportes com o intuito de que a Bimbo Donuts interceda junto das insígnias concorrentes desviantes no sentido da correção dos desvios, de forma a garantir o alinhamento de PVP no mercado, o que demonstra a existência de uma expectativa por parte das insígnias quanto ao posicionamento dos PVP.

1254. No mesmo sentido, importa ainda destacar a linguagem utilizada referente aos preços de venda ao público, uma vez que determinadas expressões são igualmente demonstrativas desta expectativa acima mencionada, bem como da coordenação entre as insígnias quanto ao alinhamento de PVP, designadamente a qualificação dos PVP desviados como sendo “*situações problemáticas*”, cuja resolução deverá ser comprovada⁴⁷⁹.

1255. O documento BakeryDonuts1159 consiste numa troca de *emails* de 28 de outubro de 2008, sobre o assunto “*RE: Shopping Semana 43.2008*” em que uma colaboradora da Pingo Doce envia ao seu interlocutor na Bimbo Donuts um *shopping* dos PVP:

⁴⁷⁹ Note-se que o conhecimento do que é expectável por parte do fornecedor perante situações de desvio é tal que, noutras situações, após o reporte, as empresas de distribuição visadas apenas referem “*aguardo comentário*”, ou expressões equivalentes, resultando claro do conjunto das interações que se lhe sucedem que o resultado é exatamente o mesmo: a (tentativa e, frequentemente, sucesso na) correção desse desvio.

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 28 de Outubro de 2008 18:05
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Shopping Semana 43.2008

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Em anexo segue o shopping efectuado durante a semana passada:

Fico a aguardar o seu feedback.

Cumprimentos.
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1256. Em resposta, o, à data, NAM da Bimbo Donuts transmite informações relativamente às futuras intenções de preços das empresas de distribuição concorrentes, avança com explicações para a existência de alguns desvios e ainda envia um talão comprovativo de um PVP praticado por uma loja da Auchan que a colaboradora da Pingo Doce julgara estar desviado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de outubro de 2008 22:36
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Shopping Semana 43.2008

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Em relação ao seu shopping

Sonae: tudo ok . Em relação a bollycao de 1 o preço correcto é 0,79€

Jumbo: os dados actuais de shopping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de alguma informação adicional por favor diga-me

Lidl: Minibollycao e Minidonuts vai seguir a indicação esta semana. Depois de ter subido a Lidl baixou em algumas tarifas devido a shoppings incorrectos mas ja esta resolvido

Mpreço: O preço de Bollycao de 4 não está correcto no seu shopping. O preço actual é 2,89€. Subiram no mesmo timing (setembro) do Pingo Doce

Em relação a Minidonuts, bollycao balance e minibollycao envio-lhe o comprovativo na quinta feira (ou eu ou alguém da minha equipa vai fazer chegar-lhe o documento)

Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objectivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1257. Este documento é esclarecedor sobre o papel do fornecedor na coordenação do mercado retalhista (i.e. esclarece dúvidas em relação ao posicionamento de PVP no mercado; faz pontos de situação; e informa (re)posicionamentos futuros – tudo quanto às insígnias concorrentes) e faz menção expressa ao “objetivo” comum – que inclui

fornecedor e insígnias visadas – incitando ao esforço e colaboração da insígnia para o atingir: leia-se, o alinhamento.

1258. O conteúdo do documento BakeryDonuts1170, que consiste numa troca de *emails* de 15 de abril de 2009 sobre o assunto “*RE: Sonae*”, demonstra que: (i) a Auchan enviou à Bimbo Donuts um *shopping* com os PVP praticados durante o período de 9 a 14 de abril, em lojas da MCH, tendo o(s) mesmo(s) sido 1,29 €; (ii) na sua resposta, a Bimbo Donuts, com o intuito de tranquilizar a Auchan, esclarece que “[c]onfirmo agora com algumas lojas Continente e o PVP está a 1,74. Este PVP de 9 de Abril é de acção de fim de semana”.

1259. Em 2010, veja-se o documento BakeryDonuts91, que consiste num *email* de 20 de outubro, sobre o assunto “*FW: shopping Panrico*”, que demonstra a pressão que as empresas de distribuição visadas exercem sobre a Bimbo Donuts aquando do envio de *shopping*. No *email* referido, a MCH envia *shopping* de um conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, reportando-lhe desvios da sua concorrência a um alinhamento de preços pretendido. O envio deste *shopping* é, de facto, eficaz, uma vez que o *email* é reencaminhado internamente (Bimbo Donuts), podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 20 de outubro de 2010 09:40

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Subject: FW: shopping Panrico

Importance: High

Bom dia colegas,

Vejam pf estas situações para não estarmos todas as semanas a analisar *shopping* e sempre a apagar fogos. Vocês quando vão às lojas vêem que os preços não estão correctos alterem proactivamente e se precisarem da minha ajuda eu tento na central. O *shopping* é como um vírus que se vai alastrando... acho que já tinha dito isto.

Atentamente,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1260. Percebe-se, assim, que o *shopping* recebido desencadeou a necessidade de atuação junto das empresas desviantes para corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir, por essa via, um realinhamento horizontal dos PVP.

1261. Percebe-se, também, que o envio de *shopping* é uma prática concensualizada entre fornecedor e as empresas de distribuição visadas, que faz parte do mecanismo de controlo e monitorização entre eles estabilizado, não sendo, por vezes, necessário acrescentar qualquer texto aos e-mails enviados, para que o fornecedor conheça a

reação que a empresa de distribuição que lhe envia o *shopping* pretende – i.e. que o fornecedor assegure junto das empresas desviantes o (re)posicionamento dos seus PVP em conformidade com os previamente alinhados / comunicados pelo fornecedor; e subsequentemente, o envio de talão comprovativo do (re)posicionamento / ponto de situação atualizado, por parte do fornecedor.

1262. O documento BakeryDonuts77, consiste numa cadeia de *emails* de 3 de agosto de 2011, sobre o assunto “*Shopping PAO FORMA PANRICO 310 GR*”, em que um gestor da categoria de pão industrial e afins da MCH envia à Bimbo Donuts o *shopping* do PVP praticado pelas insígnias concorrentes, Auchan e Leclerc, na comercialização do pão de forma Panrico 310 gr. O resultado da monitorização demonstra que estas insígnias estão a praticar PVP entre os 1,21 € e 1,31 €, sendo o PVP recomendado 1,35 €. Refere o gestor da MCH que “[a]s margens que tenho para este artigo são das mais baixas da gama Panrico. Existem lojas que praticam PVP’s que se fosse fazer o mesmo estaria com BB negativa. Esta situação não pode continuar para um artigo que não tem nenhum promocional”.
1263. Em seguida, a Bimbo Donuts solicita internamente confirmação de que esses PVP se encontram implementados nas diferentes insígnias, solicitando que a sua equipa envie talões comprovativos caso o *shopping* da MCH esteja incorreto.
1264. O *email* que acaba de se descrever (e outros de teor equivalente, identificados na Nota de Ilícitude e na presente Decisão) permite(m) constatar que a MCH envia à Bimbo Donuts, numa base constante e regular, resultados da monitorização do mercado e identificação de desvios face ao posicionamento de PVP acordado, para que a Bimbo Donuts interceda junto das insígnias concorrentes desviantes, solicitando a correção dos desvios e garantindo o alinhamento de PVP no mercado.
1265. O documento BakeryDonuts221 consiste num *email* de 24 de abril de 2013, sobre o assunto “*Shopping – PDF*”, em que se percebe que a MCH enviou uma tabela de *shopping* de um conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, onde terão sido identificados desvios praticados por insígnias concorrentes. Esse *shopping* é posteriormente reencaminhado internamente (Bimbo Donuts), alertando-se para a necessidade de uma “*intervenção rápida, sf*”.

1266. O documento BakeryDonuts10 consiste numa troca de *emails* realizada entre 21 de maio e 3 de junho de 2013, sobre o assunto “*FW: Leclerc: Urgente Urgente Urgente – Shopping Sonae*”. A leitura do mesmo demonstra que a MCH envia, mais uma vez, uma tabela comparativa de PVP praticados por insígnias concorrentes em diversos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, focando-se, neste caso, no Leclerc. A tabela enviada pela MCH é reencaminhada internamente aos colaboradores da Bimbo Donuts, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]

1267. Em relação ao *email* que acaba de se transcrever, cumpre destacar a frase “*Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre. Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem*”.

1268. Os dois últimos documentos descritos permitem demonstrar, além de uma cadência, que se denota constante, de envio de tabelas de *shopping* pela MCH à Bimbo Donuts, que este envio pressupunha uma atuação subsequente por parte do fornecedor, ou seja, em vez de a MCH reagir de forma independente aos PVP praticados pelos seus concorrentes, esta empresa de distribuição assinalava ao fornecedor os desvios de PVP no mercado, de modo a que este desencadeasse um procedimento interno para confirmação do desvio e alteração (correção) dos PVP desviantes, entrando em

contacto com o seu interlocutor na insígnia desviante para esse efeito, culminando na reposição do alinhamento.

1269. Demonstram ainda, como se desenvolverá *infra*, que muitos dos contactos para fixação de preços de correção de desvios são efetuados por telefone, havendo uma preocupação em “*ter muito cuidado com o que escrevem*”, o que demonstra, no mínimo, consciência da ilicitude deste tipo de atuação.
1270. Demonstram, por último e conforme se tem vindo a comprovar, que a indicação de que se trata de preços recomendados procura mascarar, na verdade, uma real fixação de preços: “*Os recomendados são para cumprir sempre*”.
1271. O documento MCH1132 consiste numa troca de *emails* realizada entre 4 e 5 de fevereiro de 2016, sobre o assunto “*RE: Recolhas de Shopping S5*” permite constatar que: (i) a Bimbo Donuts estabeleceu com a MCH e o Pingo Doce (pelo menos) um posicionamento do PVP de 2,39 € do produto pão de forma sem cêdea especial torradas Panrico 510 gr; (ii) a MCH reportou à Bimbo Donuts o desvio da Pingo Doce (loja do Forum Sintra) face ao posicionamento definido; (iii) em resposta, a KAM da Bimbo Donuts solicita que a MCH “*confirme o seu shopping. Esta manhã confirmei e o produto passa nas caixas do fórum Sintra a 2,39€*”.
1272. No documento MCH1133, que consiste numa troca de *emails* realizada entre os dias 14 e 15 de março de 2016, sobre o assunto “*RE: Recolhas de Shopping*”, uma analista de preços da MCH envia à Bimbo Donuts um *shopping* com os PVP praticados em sete lojas Auchan e duas lojas Pingo Doce relativamente ao produto pão sem cêdea Panrico 450grs+20%, identificando-se uma clara diferença dos PVP praticados pelo Pingo Doce (0,99€) comparativamente às lojas Auchan (entre 1,92 € e 1,79 €):

From:
Sent: segunda-feira, 14 de Março de 2016 15:48
To:
Cc:
Subject: Recolhas de Shopping

Boa tarde

Partilho as recolhas de shopping recebidas do dia de hoje do artigo PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20%.

JUMBO AMADORA	JUMBO COIMBRA	JUMBO PORTIMÃO	JUMBO TORRES VEDRAS	JUMBO VILA REAL	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALMADA	JUMBO-ALVERCA	JUMBO-CASTELO BRANCO	JUMBO-FARO	JUMBO-SETUBAL	PÃO AÇUCAR GUARDA	PD RIO MOURO	PD STM.FEIRA
1,79	1,92	1,92	1,84	1,89	1,79	1,93	1,98	1,93	1,92	1,82	1,89	0,99	0,99

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
 Unidade de Negócio Padaria e Pastelaria
 [ASSINATURA FRESCOS]

1273. No dia seguinte, em resposta, a Bimbo Donuts informa que o PVP nas lojas Pingo Doce já foi alterado:

From:
Sent: terça-feira, 15 de março de 2016 10:31
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Bom dia
 PD está alterado hoje.

Cumprimentos,

Key Account Manager
 [ASSINATURA PANRICO]

1274. O conteúdo do documento MCH1144, que consiste numa troca de *emails* de 4 de agosto de 2016, sobre o assunto “FW: Folheto Jumbo fim de Semana – Padaria & Pastelaria”, demonstra que, na referida data, uma analista de preços da MCH partilha com a sua equipa um folheto de fim de semana da insígnia concorrente Jumbo. Este *email* é posteriormente reencaminhado para uma *KAM* da Bimbo Donuts, podendo ler-se:

From:
Sent: quinta-feira, 4 de agosto de 2016 12:11
To:
Subject: FW: Folheto Jumbo fim de Semana - Padaria & Pastelaria

Partilho ação a 0.98€....

É este o novo PVP promocional para o futuro ????

From:
Sent: quinta-feira, 4 de Agosto de 2016 11:50
To:
Cc:
Subject: Fôlheto Jumbo fim de Semana - Padaria & Pastelaria

Bom dia,

Seguem as secções do Folheto do Jumbo Fim de Semana referentes a Padaria e Pastelaria.

Atenção que as descrições e PVP's estão desalinhadas pelo que deve ser considerado:

- o PDF Panrico 500g+20% grátis – 0.98€
- o Pão de Leite Panrico 8 unidades – 1.00€



Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Unidade de Negócio Padaria e Pastelaria
[EMAIL SONAE]
[ASSINATURA FRESCOS]

1275.A leitura do documento MCH1144 que acaba de se transcrever permite depreender que:

(i) o PVP dos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts é indicado pelo fornecedor; (ii) a MCH, confrontada com um desvio da insígnia concorrente Auchan, não reage independente e autonomamente, mas reporta tal desvio ao fornecedor, questionando-o, com alguma perplexidade, se esse será o PVP promocional que virá a ser definido em alinhamentos futuros.

1276.Do documento resulta também que a MCH espera que os PVP promocionais “comunicados” pelo fornecedor sejam iguais para todas as insígnias (no caso, a MCH e a Jumbo) - ou seja, com o mesmo valor e para vigorar no mesmo período.

1277. Também o documento BakeryDonuts120, de 9 de maio de 2017, demonstra a importância que a monitorização dos PVP praticados no mercado pelas empresas de distribuição tem, ao ponto de diretamente condicionar os PVP implementados. No caso específico, constata-se que a Auchan responde a um pedido de alteração de PVP enviado pela Bimbo Donuts, referindo que não poderá aceder devido a *shopping* realizado aos seus concorrentes:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 9 de maio de 2017 15:20
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador do Bimbo:
Subject: PVPS JUMBO MATOSINHOS

boa tarde

relativamente aos seu pedido de alterações de pvp

2168767 - passou para 1.24€ - shopping
1149048 / 1191439 / 1191250 - pvp bloqueado não dá para alterar.

obrigado

--

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Responsável Mercado

Doce / Salgada / Sabores Mundo Matosinhos

Centro Comercial Mar Shopping

Avª Dr. Oscar Lopes

4450-337 - Leça da Palmeira

Tel.: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1278. Se nos casos descritos até ao momento a monitorização é realizada pelas empresas de distribuição visadas, noutros casos a monitorização é realizada diretamente pelo próprio fornecedor, ou seja, por iniciativa da Bimbo Donuts, reportando às empresas de distribuição visadas o alinhamento ou o realinhamento de PVP das insígnias concorrentes.

1279. No documento BakeryDonuts614⁴⁸⁰, que consiste numa troca de *emails* de 24 de março de 2005, sobre o assunto “*RE: Panrico – Alinhamento de PVP*”, a Bimbo Donuts partilha com o seu interlocutor da loja de Alverca da Auchan os PVP mínimos a implementar no mercado a partir do dia 31 de março de 2005. A loja de Alverca da Auchan confirma o

⁴⁸⁰ O documento BakeryDonuts614 integra a conversação n.º 154, referida *supra*.

seu alinhamento de PVP, dando, no entanto, nota de que no dia de implementação fará *shopping* às insígnias concorrentes, de modo a verificar um alinhamento transversal dos PVP comunicados e que, caso os PVP não estejam a ser cumpridos, a loja de Alverca só acompanhará futuros alinhamentos depois de verificar os PVP da sua concorrência. A esta mensagem, o NAM da Bimbo Donuts responde, garantindo que “*nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvp’s de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com vocês*”:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Enviada: 24 de março de 2005 14:53

Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Identidade de colaborador da Panrico:

Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Agradeço desde já a vossa colaboração e venho apenas confirmar aquilo que a [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] já lhe transmitiu, ou seja, temos de facto a hipótese de no dia 31 termos os preços regularizados com todas as Cadeias. Aquilo que lhe garanto é que nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvp’s de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com vocês.

Obrigado e uma boa Páscoa!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1280. No documento BakeryDonuts670, que consiste num *email* de 11 de abril de 2005, sobre o assunto “*PVP – Alinhamento*”, a KAM da Bimbo Donuts confirma ao seu interlocutor na loja de Loures do Carrefour que o Feira Nova irá corrigir, no dia seguinte, o desvio face ao PVP recomendado, solicitando-se ao Carrefour que “*alinhe este PVP com a garantia de que durante a manhã lhe envio um fax com um talão de compra do FN de Odívelas*”.

1281. Outro episódio de monitorização realizada diretamente pelo fornecedor consta do documento BakeryDonuts749, que consiste numa cadeia de *emails* entre 2 a 8 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “*RE: Panrico – Alinhamento PVP 9/Fev*”, em que a KAM da Bimbo Donuts começa por enviar, a 2 de fevereiro de 2006, ao seu interlocutor

no Dia⁴⁸¹, os “preços sugeridos para todas as insígnias e que estarão no mercado dia 8”. Adicionalmente, a KAM da Bimbo Donuts refere expressamente que durante o dia previsto para o alinhamento de preços no mercado a Bimbo Donuts enviará talões comprovativos (do cumprimento do alinhamento de PVP pelas insígnias concorrentes).

1282. Quatro dias passados, a KAM da Bimbo Donuts solicita ao seu interlocutor no Dia que este lhe confirme as lojas das quais necessitará do respetivo talão no dia previsto para o alinhamento. No dia 8 de fevereiro de 2008, a Bimbo Donuts faz um ponto de situação da implementação pelas insígnias concorrentes dos novos PVP de mercado:

⁴⁸¹ Sem prejuízo de a insígnia Dia não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 8 de fevereiro de 2006 12:56
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico - Alinhamento PVP 9/Fev

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
enviei-lhe já PD Linda Velha, Modelo Laurel e Intermarket S.Domingos de Rana.
Os produtos que faltam no Pingo Doce estavam em rotura. Os que faltam no ITMI estão fora de linha -
Burger, Manhãzitos8; Donuts Light4.

Os restantes talões seguem durante a tarde!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 7 de Fevereiro de 2006 9:49
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Panrico - Alinhamento PVP 9/Fev

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

São só estas as lojas.

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de
colaborador da Panrico:

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de
colaborador da Panrico:

[OUTRA INFORMAÇÃO
CONFIDENCIAL - Identidade de
colaborador da Panrico:
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

cc:
Subject: RE: Panrico - Alinhamento
PVP 9/Fev
06-02-2006 19:31

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

confirme-me as lojas de que necessita talões comprovativos na próxima 4ªfeira:
Continente Colombo
Carrefour Montijo
FN Telheiras
Jumbo Maia
Plus Trofa - não estamos a fornecer
ITMI SD Rana
Modelo Laurel
D Linda Velha

- 1283.No documento BakeryDonuts957, que consiste num *email* de 25 de janeiro de 2007, sobre o assunto “*FW: Talão Dia*”, a KAM da Bimbo Donuts envia à sua interlocutora no Carrefour um talão do Dia Minipreço, confirmando o “*alinhamento de Donuts 4 e Bollycao4*”. Esta refere ainda que, pelo último *shopping* realizado, as lojas do Carrefour tinham os PVP dos referidos produtos alinhados, não obstante, é solicitado à insígnia que alinhe as lojas porventura desviantes.
- 1284.Em anexo ao referido *email*, encontra-se a seguinte imagem (documento BakeryDonuts957):

M mini preço
Dia Portugal - Supermercados, S.A.
ESCRITÓRIOS CENTRAIS: Edifício Parque Oceano, 3º E
R. Dr. José Joaquim de Almeida, n.º 2
2790-307 Lagos
Tel.: 351-21 440 12 00 - Fax: 351-21 442 10 94

FACTURA/RECIBO - ORIGINAL
763202

DIA Portugal Supermercados S.A.
NOME: **Panrico**
N.º N.º IDENTIFICANTE: **503467646**
N.º N.º IDENTIFICANTE: PT503003008
CAPITAL SOCIAL EMPRESA: 136.936.000 EURO
TAXA DE MATRÍCULA: 111000
N.º N.º DE MATRÍCULA: 12857

N.º FACT.: 7511 N.º CAIXA.: 3 DATA: 25-01-2007 HORA: 09:58 PAGINA.: 1

DESCRIZ	TEORIAS	QTA	UNID.	PREÇO UNIT.	DESC	TOTAL
10827	BOLLYVRO 4 U	3	1,000	2,140	0,000	2,140
3784	BOLD TOMATS	3	1,000	1,562	0,000	1,562
TOTAL COM IVA						3,702
TAXA IVA		TAXA IVA		TAXA IVA		
3 21,00 %		3,702		0,778		
TOTAL COM IVA						4,480
TOTAL A PAGAR						4,480

Dia %
SEDE: R. Carlos Marrê, n.º 48-P
1700-117 Lagos
Tel.: 351 21 845 22 40 - Fax: 351 21 844 01 70
Contribuição N.º 503 805 806 - Capital Social 6 31 936 000
Inscrita no C.A.C. de Lagos sob o N.º 2427

MINIPRECOS S.A.
Estado de Lagos
Bolsas
2790-307 Lagos

Outra forma de pagamento: não é válida. Não é possível a E.C. de 15/01/07
sem 20/01/07. Assinatura: Mariana S.P.P.

MINIPRECOS
25-01-2007 09:55 09817 0003202
N.º FACT.: 00316503 N.º CAIXA.: 003

BOLLYVRO 4 U	3	2,140
BOLD TOMATS GLACE	3	1,070

TOTAL A PAGAR		4,480
RECEBIDO		5,000
TROCO		0,520
** IVA INCLUIDO **		
21,00%	0,78	3,70
N.º N.º IDENTIFICANTE: PT503003008		

1285. O documento BakeryDonuts1661, que integra a conversação n.º 365⁴⁸², consiste num *email* interno (Bimbo Donuts), de 24 de setembro de 2008, sobre o assunto “*Shooping 24 de Setembro 2008*”, em que a Bimbo Donuts faz o ponto de situação dos PVP implementados e a implementar, num conjunto de produtos, no mercado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: 24 de setembro de 2008 13:22
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]
Subject: Shooping 24 de Setembro 2008

Pão Pequeno : tudo ok
Pão 600gr: tudo ok
Pão 850gr: tudo ok
Pão Hotelaria: Jumbo Alfragide 2,69€, Jumbo Gondomar 2,82€, Sonae 2,82€ (preço Objectivo 2,84€)
Sem Codea : tudo ok
Bollycao 1: Colombo 0,76€, Amadora 0,71€, Matosinhos 0,76€, Cascais 0,71€, Jumbo Alfragide 0,69€, (preço objectivo 0,79€)
Bollycao 4: Cont Amadora 2,69€, Cont Cascais 2,69€, Jumbo Alfragide 2,67€, (preço objectivo 2,89€)
Dokyo: atenção a Dokyo : preço subir hoje no PD para 2,47€, amanhã na Dia% e no Sabado na Lidl. Nesta altura o mercado esta praticamente todo a 1,98€
Manhanzitos choc: tudo ok
Donuts 4: Colombo 1,97€, Cont Amadora 1,97€, Cont Cascais 1,97€
Donuts 6: Cont Colombo 2,74€, Jumb Alfragide 2,71€
Mini Donuts: atenção que sobe esta semana para 1,84€

No pão esta praticamente tudo correcto.

Temos problemas com Bollycao e Donuts que sei que ja estamos a tratar. Uma vez que esta semana sobem mais preços, será importante garantir que tudo acontece como pretendido.

Em particular nas referencias que sobem esta semana é muito importante conseguir que tal aconteça já que são referencias com volume relativo e que não depende de esforço de PVP, mas que no entanto são fundamentais para assegurar o equilibrio de rentabilidade das cadeias

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1286. Em anexo ao *email* que acaba de se transcrever é enviada uma tabela com o comparativo dos PVP e promoções praticados pelas lojas da MCH do Colombo, da Amadora, de Matosinhos e de Cascais, pelas lojas da Auchan de Alfragide e de Gondomar, pela loja do Feira Nova de Rio de Mouro, pela loja do Lidl de Massamá, pela loja da Pingo Doce de Massamá, pela loja do Dia de Massamá, pela loja do Modelo de Lourel, pela loja do Intermarché de São Domingues de Rana e pela loja do Dia de São Domingues de Rana, ao longo de várias semanas, em diversos produtos da Bimbo Donuts.

⁴⁸² A conversação n.º 365 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1199 e BakeryDonuts1661.

1287. O documento BakeryDonuts83, consiste num *email* do dia 17 de março de 2010, sobre o assunto “*Posicionamento de pvps*” em que um *NAM* da Bimbo Donuts comunica internamente à sua equipa o seu desagrado com a falta de monitorização dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts, demonstrando a importância que este comportamento tem, sendo fulcral para a manutenção de alinhamentos de PVP acordados:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]

Sent: 17 de março de 2010 08:46

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Subject: Posicionamento de pvps

Nos últimos tempos, sinto que andamos relaxados e que não temos compromisso nenhum com o posicionamento de pvps dos nossos artigos.

Nem comunicamos, nem sabemos, andamos “na boa.”

Há donuts 6 muito longe dos 2,89

Bollycao de 4 por aí aos pulos e longe dos 2,99

Referencias de pão de forma, muito acima do pvp sugerido

Continuo ainda á espera que me digam qual o pvp do Jumbo da Amadora no sem cõdea 450gr+20%

Etc etc etc

Sem mais comentários vos garanto, que se pensam que estou esquecido, não estou. E se pensam que me esqueço não esqueço. E se pensam que a maré já passou, ainda não passou.

Espero que reflectam e comecem a trabalhar como um Key Account da Panrico.

Caso a situação se mantenha, se o desnorte não for controlado e se voltar a ouvir expressões do tipo “ O donuts está a 2,64€ em todo o lado “ vamos ter problemas sérios “. ao sr que disse isso e só digo o seguinte:

1. Não esta assim em todo o lado
2. Está nas tuas lojas por manifesta incompetência tua
3. Se vais ás lojas e não vais sozinho e nem sequer reuniões tens, podias dedicar-te um pouco mais a resolver estes temas
4. Temas esses que por manifesta incompetência prejudicam os teus colegas que, ao contrario de ti, não têm esta atitude.

1288. O documento BakeryDonuts78 consiste num *email* interno (Bimbo Donuts), de 26 de outubro de 2011, sobre o assunto “*URGENTE: Shopping Bollycao Classic 4*”, em que uma *KAM* da Bimbo Donuts envia aos seus colaboradores uma tabela comparativa de PVP praticados pela Auchan e pelo Leclerc, alertando para o seu desvio face a um alinhamento acordado de PVP. É solicitado que os colaboradores (*i*) se desloquem às lojas em causa de modo a confirmarem se o PVP está desalinhado ou se o PVP acordado está a ser, de facto, cumprido, solicitando-se, nestes casos, o envio de talões comprovativos, para que sejam posteriormente reencaminhados para insígnias concorrentes, de modo a demonstrar alinhamento dos PVP no mercado e que (*ii*) nos

casos em que os PVP estão desalinhados, se tente perceber porquê, nomeadamente se as insígnias desviantes estão a responder a algum PVP porventura também desviado.

1289. O documento BakeryDonuts169, consiste num *email* de 18 de março de 2013, sobre o assunto “*PVP Pão especial torradas*”, cujo conteúdo permite verificar que: (i) a Bimbo Donuts acordou com a Auchan e o Pingo Doce (pelo menos) determinado posicionamento de PVP; (ii) a Auchan reportou à Bimbo Donuts o desvio da Pingo Doce (loja de Rio Tinto); (iii) em resposta, o colaborador da Bimbo Donuts informou o seu interlocutor na Auchan que se trataria de um erro de *shopping*, referindo que o preço que a Auchan identificou seria provavelmente de outro produto; (iv) em anexo ao referido *email* a Bimbo Donuts envia talão comprovativo do posicionamento da Pingo Doce.

1290. Outros elementos de prova constante do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever encontram-se integralmente descritos no Anexo 1 à presente Decisão.

1291. Face aos documentos descritos no presente capítulo, cumpre destacar a existência de um objetivo comum: (i) a Bimbo Donuts define e articula com as empresas de distribuição a aplicação de um determinado posicionamento de PVP; (ii) as empresas de distribuição reportam à Bimbo Donuts desvios face ao posicionamento estabelecido; (iii) em vez de reagirem de forma independente, as empresas de distribuição requerem a atuação do fornecedor comum de forma a garantir o alinhamento; (iv) a Bimbo Donuts desencadeia um procedimento interno para confirmação e alteração (correção) dos PVP desviantes, entrando em contacto com o seu interlocutor na insígnia desviante.

1292. Neste contexto, verifica-se que a Bimbo Donuts funciona como o elo de ligação, intermediário ou facilitador da coordenação de estratégias, proativa e reativamente, sendo utilizada pelas diferentes empresas de distribuição visadas para trocar informação comercial relevante e assegurar que todas as concorrentes no retalho praticam PVP alinhados, coincidentes, em regra, com os PVP indicados pelo fornecedor.

III. 3.1.4.1 Pronúncia das Visadas

1293. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre o controlo e a monitorização dos PVP praticados no mercado, as empresas de distribuição visadas sustentam, em

síntese, que esta é uma prática lícita e perfeitamente comum neste mercado, agregando unicamente informação pública, e não defendem ser alheias à mesma⁴⁸³.

1294.A Bimbo Donuts refere que os documentos, além de não indiciarem qualquer troca indireta de informação sensível entre concorrentes do tipo A-B-C, é particularmente reveladora, a partir de 2010, a mudança de paradigma no mercado e da total ausência de coordenação entre as empresas de distribuição, na medida em que muitos documentos apresentados evidenciam um desalinhamento de preços (cf. documentos BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts10)⁴⁸⁴.

1295.A Bimbo Donuts esclarece a “*dureza negocia*l” que, ao longo do ano 2016, marcou as relações com a MCH, a qual procurava obter melhores condições junto do fornecedor, demonstrando estar atenta aos preços e campanhas dos seus concorrentes, em especial, dos mais benéficos dos que por aquela praticados. Motivo pelo qual era recorrente a utilização do *shopping* como “*arma negocia*l” pela MCH, procurando obter da Bimbo Donuts as melhores condições comerciais (cf. documentos MCH1131, MCH1143, MCH1144, MCH1146)⁴⁸⁵.

1296.Alega a Bimbo Donuts que apesar de a MCH lhe enviar *shoppings*, a “*existência ou não de reação aos preços praticados pelo concorrente partiria sempre de uma decisão autonomamente tomada pela Sonae*” (cf. documentos BakeryDonuts1764, BakeryDonuts1425, MCH1118, MCH1119)⁴⁸⁶. Sustenta a Bimbo Donuts que “*não há nos autos qualquer indicação de que a Bimbo Donuts partilhasse informação sobre intenções de preços da Sonae com outras insígnias ou vice-versa. Nestes contactos*

⁴⁸³ Cf. capítulos V.2.A e V.3.E. da PNI Bimbo Donuts, II.1.2. da PNI Auchan, II.F.c) da PNI MCH e III.5 da PNI Pingo Doce. Cf. documentos BakeryDonuts83, BakeryDonuts84, BakeryDonuts161, BakeryDonuts179, BakeryDonuts183, BakeryDonuts186, BakeryDonuts169, BakeryDonuts68, BakeryDonuts248, BakeryDonuts286, BakeryDonuts290, BakeryDonuts188, BakeryDonuts170, BakeryDonuts41, BakeryDonuts46, BakeryDonuts210, BakeryDonuts227, BakeryDonuts48, BakeryDonuts49, BakeryDonuts1449.

⁴⁸⁴ Cf. capítulo V. da PNI Bimbo Donuts.

⁴⁸⁵ Cf. capítulo V.3.E da PNI Bimbo Donuts. Cf. também documentos BakeryDonuts248, BakeryDonuts1402, BakeryDonuts1402, BakeryDonuts1421, BakeryDonuts1435, BakeryDonuts1746, BakeryDonuts1768, BakeryDonuts1771, BakeryDonuts1869, BakeryDonuts1868, MCH1134 MCH1122, MCH1132, MCH1133, MCH1136, MCH1137, MCH1139 e MCH1154, que demonstram, no entender da Bimbo Donuts, situações de confronto e diferendo entre esta empresa e a MCH.

⁴⁸⁶ Cf. capítulo V.3.E da PNI Bimbo Donuts.

*entre a Sonae e a Bimbo Donuts, estavam apenas em causa negociações agressivas, no quadro de um mercado fortemente concorrencial*⁴⁸⁷.

1297. Aquela visada refere ainda que, por diversas vezes, as empresas de distribuição praticavam preços abaixo de custo, situação que além de não ser legalmente permitida, reduzia a rentabilidade na venda do produto e “*poderia levar ao desinteresse por parte da empresa de distribuição na venda deste produto. É, por isso, natural, se não mesmo de salutar, que a Visada tivesse conhecimento dessas situações*”⁴⁸⁸.

1298. Segundo a MCH, o comportamento descrito no sub-capítulo precedente não se trata de um mecanismo de deteção de desvios a PVP pré-fixados, mas sim de um mecanismo de *market expertise*⁴⁸⁹.

1299. Por um lado, é normal que o fornecedor tenha interesse em saber se o PVPR é seguido, qual o posicionamento efetivo dos seus produtos no mercado e se os PVP promocionais por si participados são cumpridos⁴⁹⁰.

1300. Por outro lado, é normal que os retalhistas procedam à monitorização dos PVP praticados pela concorrência como forma de avaliar a sua competitividade, sustentar a tomada de decisões comerciais e as negociações com o fornecedor, extraindo dos PVP da concorrência mais competitivos argumentos para que o fornecedor se veja obrigado a conceder-lhes condições negociais mais vantajosas⁴⁹¹.

1301. Em síntese, as empresas de distribuição visadas sustentam que o fornecedor utiliza os resultados de *shopping* como ferramenta para negociar melhores preços grossistas e para persuadir as insígnias a seguir os PVPRs (no pressuposto de que as insígnias são livres de seguir as recomendações que entenderem⁴⁹²), e que as insígnias recorrem à mesma ferramenta para forçar o fornecedor a atribuir-lhes melhores condições, que

⁴⁸⁷ Cf. §432 da PNI Bimbo Donuts.

⁴⁸⁸ Cf. §434 e ss. da PNI Bimbo Donuts e documentos BakeryDonuts1431, BakeryDonuts1432, BakeryDonuts1433, BakeryDonuts1434, BakeryDonuts277, BakeryDonuts266, BakeryDonuts293.

⁴⁸⁹ Cf. §490 da PNI MCH. Cf. página 8 do auto de inquirição junto a fls. 8576 a 8581 do processo.

⁴⁹⁰ Cf. capítulo II.F.c) da PNI MCH.

⁴⁹¹ Cf. capítulo II.F.c) da PNI MCH, onde a visada refere que procede à monitorização sistemática e constante dos PVP praticados pelos seus principais concorrentes [SEGREDO DE NEGÓCIO: PROCEDIMENTOS INTERNOS MCH RELATIVAMENTE AO SEU POSICIONAMENTO ESTRATÉGICO]. No mesmo sentido, a Pingo Doce refere que, em média, faz a comparação de cerca de [1000-2000] marcas de indústria e marcas da distribuição relativamente a pequenos subgrupos de retalhistas por semana (cf. pág. 149 e ss. da PNI Pingo Doce).

⁴⁹² Cf. capítulo III.5 da PNI Pingo Doce.

garantam mais competitividade no retalho alimentar, sendo ambas as estratégias absolutamente lícitas⁴⁹³.

1302. Não obstante, pode ler-se na página 15 da transcrição da audição oral realizada em 29 de abril de 2021, a pedido da empresa Pingo Doce, o seguinte: *“Há uma consciência das limitações do shopping. O shopping, no fundo, é ver o preço no linear. A única coisa que nós podemos dizer relativamente ao shopping é que aquele era o preço naquele dia em particular. No dia a seguir pode ser uma realidade completamente diferente, e, portanto, nós temos sempre que viver ao nível dos shoppings, com algum nível de questionamento daquilo que são os dados”* (cf. fls. 8970 a 8977 do processo).

1303. A Pingo Doce afirma resultar da prova dos autos e do seu *shopping* que as empresas de distribuição visadas *“apresentam diferentes preços para os mesmos produtos em diferentes lojas (...), o que torna qualquer tipo de monitorização e coordenação anti-concorrencial (a existir, que não existe) improvável e insustentável”*⁴⁹⁴.

1304. Segundo a Auchan e face à matéria de facto descrita no capítulo II.3.1.2 (*Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado*) da Nota de Ilícitude, não se retira que *“pudesse existir um acordo ou uma prática concertada entre as visadas relativamente aos preços a praticar no mercado”*⁴⁹⁵.

1305. A Auchan alega ainda que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da empresa na conduta em causa (cf. conversaç o n.º 156, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts10, BakeryDonuts169, MCH1133) e que, pelo contrário, a grande maioria dos *emails* referidos pela AdC *“evidenciam a conduta autónoma e independente da Auchan, oferecendo preços mais baixos aos seus clientes”* (cf. documentos BakeryDonuts755, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts221, conversaç o n.º 365, BakeryDonuts78)⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Cf. capítulos II.1.2. da PNI Auchan e III.5 da PNI Pingo Doce.

⁴⁹⁴ Cf. §615 e 616 da PNI Pingo Doce.

⁴⁹⁵ Cf. capítulo II.1.2. da PNI Auchan.

⁴⁹⁶ *Idem*.

1306. Relativamente aos *emails* que integram a conversação n.º 33, a Auchan alega desconhecer o contexto completo dos mesmos, referindo que se referem apenas à loja de Castelo Branco da Auchan, não podendo ser ignorada a política descentralizada de preços da visada, frisando, ainda, o facto de a referida prova se circunscrever a um número “*muito limitado de dias*”⁴⁹⁷.
1307. Entende a Auchan que o documento BakeryDonuts614 “*nunca poderia ser valorizado enquanto meio de prova, quando contraposto com a interpretação da AdC do documento BakeryDonuts749, envolvendo o Dia, que não é visado no presente processo*”, pois se este último *email* foi desvalorizado para efeitos de uma imputação da infração em causa à Dia, e sendo a argumentação da AdC em ambos os *emails* semelhantes, estes não poderão ser valorados como meios de prova contra a Auchan⁴⁹⁸.
1308. Conclui esta visada que vários documentos descritos na Nota de Ilícitude revelam a política comercial descentralizada da Auchan na determinação da política de preços (cf. documentos BakeryDonuts85, BakeryDonuts1199, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1767, BakeryDonuts1253, MCH1133, MCH1150, MCH1151 e MCH1120)⁴⁹⁹.

III.3.1.4.2 Apreciação da Autoridade

1309. Analisada a Pronúncia das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilícitude e na presente Decisão para demonstrar os comportamentos em causa, a AdC tem de concluir pela improcedência da argumentação das visadas quanto à matéria de facto descrita no capítulo do controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, pelas razões a seguir indicadas.
1310. Como ponto prévio, a AdC salienta que as Pronúncias das visadas não contradizem (pelo contrário, são consentâneas com) um pressuposto da presente Decisão: todas as visadas recorrem, de facto, a ferramentas de controlo e monitorização de PVP de mercado e fazem menção expressa aos resultados dessas ações de controlo e

⁴⁹⁷ *Idem.*

⁴⁹⁸ *Idem.* Argumentação aplicável também ao documento BakeryDonuts957.

⁴⁹⁹ *Idem.*

monitorização nas comunicações descritas na presente Decisão, incluindo mediante o envio de talões de compra.

1311. Sucede que as visadas alegam existir um substrato perfeitamente legítimo e lícito para os referidos comportamentos e que a referência aos resultados de ações de controlo e monitorização de PVP não constituem prova de uma fixação conjunta de PVP.
1312. Embora não se conteste que os objetivos que levam as visadas a invocar esse substrato legítimo e lícito possam de facto também existir, a AdC identifica na prova, relativamente aos mesmos comportamentos, evidências inequívocas que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a interpretação que faz desses mesmos comportamentos.
1313. Ou seja, a existirem, em abstrato, objetivos lícitos por detrás do controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, os mesmos coexistem, no caso concreto e com base na prova produzida, com outros explicitamente orientados à correção e ao (re)alinhamento desses mesmos PVP, como passará a detalhar-se de seguida.
1314. É evidente que as ferramentas de controlo e monitorização dos PVP de mercado, incluindo a vulgarmente designada de *shopping*⁵⁰⁰, podem ser legítima e lícitamente utilizadas pelas empresas que operam no mercado de retalho alimentar.
1315. É, efetivamente, natural que o fornecedor utilize estas ferramentas para verificar o posicionamento dos produtos do seu *portfolio* no mercado e se o período designado e o valor de desconto atribuído às promoções por si comparticipadas estão a ser cumpridos.
1316. Também é natural que as insígnias utilizem estas ferramentas para avaliar a sua competitividade no mercado e para construir decisões comerciais otimizadas face à concorrência⁵⁰¹.
1317. Mas não é isso (ou não é apenas isso) que resulta da prova produzida nos autos, nem essa interpretação é, na maior parte dos casos, já *supra* citados (cf. capítulo III.3.1.4 da

⁵⁰⁰ Recolha unilateral de informação na loja do concorrente.

⁵⁰¹ No entanto, a negociação que ocorre entre distribuidor e fornecedor a este propósito, muitas vezes visa apenas a obtenção de condições para o (re)alinhamento do PVP mantendo a margem de distribuição desejada, como opção de recurso aquando do insucesso daquele na correção de desvios detetados.

presente Decisão), consentida por essa prova, a qual aponta noutra sentido, conforme acima mencionado.

1318. Se é natural a utilização de ferramentas de *shopping* para os fins lícitos acima descritos, já não é – nem deve ser – natural que estas mesmas ferramentas sejam utilizadas como forma de detetar desvios face a um posicionamento de PVP de mercado concertado entre insígnias e/ou como forma de demonstrar a respetiva correção (por exemplo, através de talões de compra), como exaustivamente se descreveu *supra*.

1319. A verdade é que a prova está impregnada de referências a um esforço contínuo no sentido de “*nivelar preços para patamares aceitáveis*”⁵⁰² e de “*proceder a um alinhamento geral de PVP*”⁵⁰³ e de implementar um plano de subida de preços⁵⁰⁴.

1320. Como reconhece a Auchan na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, situação diferente (da respetiva utilização lícita) “*é a utilização do shopping como forma de controlo e pressão do fornecedor e restantes insígnias para alinhamento de preços*”⁵⁰⁵, que é precisamente o que a prova dos autos permite demonstrar.

1321. É que as comunicações descritas e referidas neste capítulo da presente Decisão (que retomam a descrição da Nota de Ilícitude) utilizam uma linguagem muito clara e, na verdade, não geram quaisquer dúvidas ou ambiguidades.

1322. Recorde-se, então, o teor da prova.

1323. O documento BakeryDonuts755, em que após por um colaborador do Dia sinalizar o PVP a ser praticado numa loja do Jumbo, a KAM da Bimbo Donuts afirma “*vamos também regularizar esta situação!*”.

1324. O documento BakeryDonuts1155, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) nos termos do qual, após receção de um *shopping* por parte da Pingo Doce, é espoletado um procedimento interno de resposta, referindo o NAM: “[*e*]nvio-vos o *shopping* Panrico feito pelo Pingo Doce com algumas das situações problemáticas que temos que

⁵⁰² Cf. conversaçoão n.º 156.

⁵⁰³ Cf. conversaçoão n.º 33.

⁵⁰⁴ Cf. conversaçoão n.º 365, documento BakeryDonuts77, BakeryDonuts670, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1198.

⁵⁰⁵ Cf. §702 da PNI Auchan.

demonstrar resolução o quanto antes: Como Sonae já está com as indicações correctas vamos enviar talões (...)”.

1325. Ao invés das alegações das visadas, resulta também do documento BakeryDonuts91 que o envio de *shopping* pelas empresas de distribuição visadas não tem como efeito imediato a solicitação de melhores condições comerciais no sentido de acompanhar os preços praticados por insígnias concorrentes. Ao receber um *shopping* da MCH, a Bimbo Donuts reencaminha internamente as seguintes instruções:

“Vejam pf estas situações para não estarmos todas as semanas a analisar shopping e sempre a apagar fogos. Vocês quando vão às lojas vêem que os preços não estão correctos alterem proactivamente e se precisarem da minha ajuda eu tento na central. O shopping é como um vírus que se vai alastrando... acho que já tinha dito isto”.

1326. Assim, ao invés de apresentar melhores condições comerciais à MCH, o KA instrui a sua equipa no sentido de controlar os PVP praticados nas insígnias desviantes e, ainda, no sentido de proactivamente procederem à alteração dos mesmos.

1327. Não se ignora que um *shopping* por parte de uma insígnia pode, nalguns casos, levar à solicitação ao fornecedor e aplicação por este de condições comerciais no sentido de permitir àquela acompanhar os preços praticados por insígnias concorrentes (ou seja, nivelando o seu PVP pelo preço desviado), sempre com vista a obter condições para lograr o alinhamento. Não existindo, assim, uma decisão autónoma e independente da insígnia para “combater” o preço do concorrente que tem PVP abaixo (desviado) do que deveria ser o alinhado.

1328. Tal acontece, todavia, apenas em situações em que o caminho preferencial, da correção do desvio através da intervenção do fornecedor, não logrou sucesso (cf. documentos BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts85, BakeryDonuts987)⁵⁰⁶.

1329. Recorde-se o documento BakeryDonuts614, cujo teor evidencia que a visada Auchan manifestou a sua adesão aos PVP comunicados relativamente ao dia 31 de março de

⁵⁰⁶ Faz-se notar que, mesmo quando, perante a impossibilidade de correção de desvios na concorrência (opção sempre preferencial para as visadas), uma empresa de distribuição reclama condições comerciais do fornecedor para reagir a esses desvios, fá-lo sempre e apenas para acompanhar o preço desviado, repondo o alinhamento, embora a um nível de PVP inferior. Não o faz para competir com esse PVP, nomeadamente, baixando-o.

2005, comprometendo-se a “*cumprir o alinhamento*” (no dia 24 de março de 2005), tendo a Bimbo Donuts afirmado expressamente que vai monitorizar o reposicionamento de PVP acordado:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Enviada: 24 de março de 2005 14:53

Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

dentidade de colaborador da Panrico:

Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Agradeço desde já a vossa colaboração e venho apenas confirmar aquilo que a [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: já lhe transmitiu, ou seja, temos de facto a hipótese de no dia 31 termos os preços regularizados com todas as Cadeias. Aquilo que lhe garanto é que nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvp's de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com vocês.

Obrigado e uma boa Páscoa!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: quinta-feira, 24 de Março de 2005 14:09

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia às 09.00 estaremos na concorrência - Dia / Carrefour / Continente / Feira Nova a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência - ou seja no dia seguinte e após verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento.

Cumprimentos a todos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1330. Veja-se ainda o documento BakeryDonuts1661, onde se constata as verdadeiras funcionalidades do *shopping* como meio de controlo e monitorização da implementação de determinados PVP no mercado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: 24 de setembro de 2008 13:22
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]
Subject: Shopping 24 de Setembro 2008

Pão Pequeno : tudo ok
Pão 600gr: tudo ok
Pão 850gr: tudo ok
Pão Hotelaria: Jumbo Alfragide 2,69€, Jumbo Gondomar 2,82€, Sonae 2,82€ (preço Objectivo 2,84€)
Sem Codea : tudo ok
Bollycao 1: Colombo 0,76€, Amadora 0,71€, Matosinhos 0,76€, Cascais 0,71€, Jumbo Alfragide 0,69€, (preço objectivo 0,79€)
Bollycao 4: Cont Amadora 2,69€, Cont Cascais 2,69€, Jumbo Alfragide 2,67€, (preço objectivo 2,89€)
Dokyo: atenção a Dokyo : preço subir hoje no PD para 2,47€, amanhã na Dia% e no Sabado na Lidl. Nesta altura o mercado esta praticamente todo a 1,98€
Manhazitos choc: tudo ok
Donuts 4: Colombo 1,97€, Cont Amadora 1,97€, Cont Cascais 1,97€,
Donuts 6: Cont Colombo 2,74€, Jumb Alfragide 2,71€,
Mini Donuts: atenção que sobe esta semana para 1,84€

No pão esta praticamente tudo correcto.

Temos problemas com Bollycao e Donuts que sei que ja estamos a tratar. Uma vez que esta semana sobem mais preços, será importante garantir que tudo acontece como pretendido.

Em particular nas referencias que sobem esta semana é muito importante conseguir que tal aconteça já que são referencias com volume relativo e que não depende de esforço de PVP, mas que no entanto são fundamentais para assegurar o equilibrio de rentabilidade das cadeias

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1331. Ora, a leitura do documento transcrito facilmente evidencia que, por detrás da atividade de *shopping*, se encontram objetivos explicitamente orientados à verificação do cumprimento dos PVP previamente concertados e do alinhamento do mercado (vejam-se, neste sentido as referências a “*preço objetivo*”, “*está praticamente tudo correcto*”, “*será importante garantir que tudo acontece como pretendido*”). Da referida leitura constata-se, também, que cabe à Bimbo Donuts, nesta fase, o papel de coordenar o alinhamento do mercado, supervisionando a implementação do posicionamento de PVP previamente concertado, em função do objetivo comum: “*assegurar o equilíbrio da rentabilidade das cadeias*”.

1332. O teor do documento BakeryDonuts77 demonstra, mais uma vez, que os preços recomendados são, na realidade, PVP pré-fixados, a ser implementados pelas empresas de distribuição. A Bimbo Donuts, após a receção de *shopping* da MCH constatando o desvio por parte da Auchan e do Leclerc, refere internamente “[*já sabem que o PVP recomendado/sugerido é 1,35€. Vou precisar dos talões de todas as lojas que estão no shopping e que estejam com o PVP correcto*”.

1333. E, mais ainda, o documento BakeryDonuts10, onde se relembra a reação da Bimbo Donuts, após o envio pela MCH de uma tabela de *shopping*:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

1334.O documento MCH1133, nos termos do qual, após envio de *shopping* pela MCH, a Bimbo Donuts informa que uma das insígnias desviantes (Pingo Doce) já teria corrigido o desvio, encontrando-se a praticar o PVP definido:

From:
Sent: terça-feira, 15 de março de 2016 10:31
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Bom dia
PD está alterado hoje.

Cumprimentos,

Key Account Manager
[ASSINATURA PANRICO]

1335.Importa, também, recordar que a circunstância de os preços definidos não estarem, em dada altura, a ser praticados, transversalmente, por todas as empresas de distribuição não afasta o carácter ilícito da sua implementação. Na verdade, como referido anteriormente, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar produto ou de cumprir objetivos de vendas.

1336. Em segundo lugar, a verificação de desvios no caso concreto constitui apenas um reflexo de uma “ambivalência genética”⁵⁰⁷, característica do mercado de retalho alimentar em Portugal, que pode explicar a existência de desvios, mas que não pode eliminar os comportamentos descritos na presente Decisão, nem tão-pouco contrariar as conclusões que a AdC forma a seu respeito (cf. capítulos III.2.6 e III.3 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1337. O teor das comunicações que acaba de recordar-se revela, assim, de forma muito evidente, que as ferramentas de controlo e monitorização de PVP são utilizadas, tanto pelo fornecedor, como pelas insígnias, para: (i) verificar que todas as insígnias estão a implementar uma alteração de PVP em determinada altura, (ii) identificar PVP que estão “mal” ou desviados e que precisam de ser corrigidos, (iii) identificar as insígnias que não acompanharam a implementação do PVP, (iv) indicar o momento em que uma insígnia concorrente já alinhou os PVP, permitindo à insígnia que detetou o desvio manter ou regressar a determinado posicionamento, (v) verificar se os PVP foram corrigidos, (vi) apresentar à insígnia que detetou o desvio, comprovativo do (re)alinhamento da(s) insígnia(s) desviante(s), ou justificar a razão de ser dos desvios detetados.

1338. Cabe, portanto, à Bimbo Donuts acompanhar a implementação do calendário de adoção dos PVP concertados pelas várias insígnias, recordando-lhes a importância de se manterem alinhadas com o objetivo comum.

1339. Neste sentido, recorde-se o documento BakeryDonuts1159, nos termos do qual após o envio de *shopping* por parte da Pingo Doce e do seu pedido “[f]ico a aguardar o seu *feedback*”, o, à data, NAM da Bimbo Donuts, além de avançar com explicações para alguns desvios e de enviar um talão comprovativo de um PVP praticado por uma loja da Auchan que a colaboradora da Pingo Doce julgara estar desviado, refere expressamente:

“Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).”

⁵⁰⁷ A qual se traduz na circunstância de as partes terem um objetivo comum e, ao mesmo tempo, interesses próprios e conflitantes.

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objetivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma dúvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao dispor para esclarecer qualquer situação”.

1340. Ora, o teor do referido documento permite constatar, de forma evidente, que a Pingo Doce não respondeu de forma autónoma aos preços praticados pelos seus concorrentes, mas antes interpelou o fornecedor visando respostas, explicações e as devidas correções (como melhor se desenvolverá *infra*, no capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).
1341. É também esclarecedor quanto ao papel do fornecedor na coordenação do mercado retalhista (i.e. esclarece dúvidas em relação ao posicionamento de PVP no mercado; faz pontos de situação; e informa (re)posicionamentos futuros – tudo quanto às insígnias concorrentes) e faz menção expressa a objetivo comum – que inclui fornecedor e insígnias visadas – incitando ao esforço e colaboração da insígnia para o atingir: leia-se, o alinhamento.
1342. Está é a prática comum, a monitorização como um meio que permite melhor controlar a implementação do objetivo comum, o nivelamento dos PVP, esclarecendo a Bimbo Donuts que a empresa de distribuição visada poderá sempre contactar o fornecedor em casos de “*dúvida em relação ao mercado*”, leia-se ao posicionamento dos PVP.
1343. Outra situação em que resulta clara a utilização do *shopping* como ferramenta explicitamente orientada para o (re)alinhamento do PVP, ao contrário do alegado pela Bimbo Donuts⁵⁰⁸, consta do documento BakeryDonuts231, de 19 de junho de 2012, *email* (interno) onde a KAM da Bimbo Donuts questiona os seus colaboradores sobre o “*status de PVP’s*” nas lojas Auchan e Leclerc:

⁵⁰⁸ Cf. §313 da PNI Bimbo Donuts.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 19 de junho de 2012 12:11
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico: |
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico: |
Subject: Urgente: Shopping Auchan+Leclerc (Bollycao e PDF SC 450g+20%)
Importance: High

Bom Dia a todos,

Quero saber com máxima urgência qual o status de PVP's nas vossas lojas **Auchan**:

- PDF SC 450gr+20% » 1,99 = [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
já corrigiram os problemas nas vossas lojas?
- Bollycao Clássico 4 » 2,59
- Bollycao Clássico 1 » 0,85
- Superpack Bollycao 4 Scan 2 Go » 2,99

No caso do **Leclerc** devem ser vocês a argumentar loja a loja e a solicitar que a loja faça shopping e rectifique todos os pvp's em Bollycao 4.
Não podemos deixar as lojas alterar o Bollycao Clássico 1 (0,85) com base no shopping da SONAE.

Obrigada,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1344. Ora, facilmente se compreende que existência de uma autonomia, por parte das empresas de distribuição, na reação aos PVP praticados por insígnias concorrentes não existe, ou seja, não é seguida nos termos alegados pelas visadas. Veja-se a nota expressa que a *KAM* da Bimbo Donuts deixa aos seus colaboradores: “*Não podemos deixar as lojas alterar o Bollycao Clássico 1 (0.85) com base no shopping da SONAE*”.

1345. Destarte, ao contrário da alegação da Bimbo Donuts⁵⁰⁹, a Autoridade considera que o referido documento espelha como a licitude do acompanhamento de PVP no mercado contrasta com a vontade conjunta das visadas (no caso manifestada pelo fornecedor) em não deixar as empresas de distribuição competir entre si, estando a atuação da Bimbo Donuts, mais uma vez, vocacionada para o alcance do objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado.

1346. Veja-se, também, o conteúdo dos documentos BakeryDonuts1193, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts1195 e BakeryDonuts1191, referente a uma troca de *emails* (internos) entre 18 e 19 de março de 2009. No dia 18 de março de 2009, a *KAM* da Bimbo Donuts envia ao, à data, diretor comercial, uma tabela de *shopping* com indicação dos PVP praticados pelas lojas Continente Colombo, Continente Amadora, Continente Cascais,

⁵⁰⁹ Que entende que o documento dificilmente “*tem qualquer préstimo na acusação da prática de que a Bimbo Donuts vem acusada*”.

Jumbo Alfragide, Feira Nova Rio de Mouro, Lidl Massamá, Pingo Doce Massamá, Dia Massamá, Dia Parking S. Domingues de Rana, Leclerc Algueirão, Continente Matosinhos, Jumbo Gondomar, Leclerc Famalicão e Dia de Gaia do dia 16 de março de 2009. Na referida tabela consta a indicação do “PVP REC”, estando indicadas a vermelho as situações desviantes. Refere a KAM:

“Este é o Status actual e amanhã fazemos novo shoopng para verificar alterações (amanhã o Dia% muda preços e o Lidl também”

1347. Em resposta, e tal como consta do documento BakeryDonuts1193, o diretor comercial manifesta o seu desagrado com a situação dos PVP praticados nas lojas Dia, Auchan e Leclerc, afirmando:

“Para mim isto só tem dois principios: Falta de atenção e de dedicação...”

Quero resultados e talões destas lojas para amanhã durante o dia:

J. Alfragide

L. Algueirão

J. Gondomar

L.. Famalicão

[Confidencial – Dados Pessoais] – Quero ver tb um levantamento a nivel NACIONAL DE TODAS AS LOJAS DESTAS DUAS CADEIAS! – Para sexta feira o mais tardar.”

1348. Em resposta, refere a KAM (documento BakeryDonuts1192):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: quarta-feira, 18 de Março de 2009 18:50
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico]:
Subject: FW: PVP's

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

J. Alfragide - a loja subiu todos os preços na 6ªfeira, mas na 2ªfeira voltou a baixar. Estamos sem fornecer.
L. Algueirão - Donuts e Bollycao estão já corrigidos. Falta Pão
J. Gondomar – amanhã está tudo ok
L.. Famalicão - já corrigiu hoje.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Key Account Manager
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

1349. Em anexo ao *email* consta uma tabela de *shopping*, onde já só são referidas as lojas Jumbo Alfragide, Leclerc Algueirão, Jumbo Gondomar e Leclerc Famalicão, estando já identificadas a cor verde situações desviantes que foram corrigidas.

1350. No dia seguinte, tal como garantido pela KAM, é, então, enviado um talão de compra de diversos produtos da Bimbo Donuts na loja do Jumbo de Gondomar que, quando comparados com a tabela comparativa de *shopping*, permite constatar a correção dos PVP identificados como desviados (cf. documento BakeryDonuts1191):



jumbo

JUMBO GONDOMAR
Tel: 224950400 / Fax: 224950409
COMP. PORTUGUESA DE HIPERMERCADOS, S.A.
Contribuinte Nr 502607920
7ALBO VENDA 50:306660

Mercadoria Desc

54 AMERICAN HOT DOGS 6	1,43
54 BURGER SESAMO 4UNID	1,34
54 PÃO FORMA MOTELARIA	2,94
54 PÃO FORMA 600GR+026	1,74
54 PÃO F. PAMR. S/COO. 450	2,89
54 PÃO SEM COGER. 450GR	2,29
54 PÃO PAMR. S/COO. PMSO	3,49
54 PÃO F. S/COGER 2MT PA	2,89
54 PÃO FORMA S/COGER PA	2,99
204 DONUT GLACE 4UNID P	2,29
204 DONUTS BOMBON 4+2	2,29
204 MODEL. PARRICO 230GR	1,34
204 BOLLVCO PARRICO 1UN	0,79
204 BOLLVCO PARRICO 4UN	2,99
204 TRAVES PARRICO 255GR	1,99
204 DONUTS PAMR. SEAL 74	2,29
204 DONUT GLACE 6 UNO	2,89
204 MINI BOLLVCO 6 UNO	1,24
204 BOLLVCO LEITE 4UNO	0,79
204 BOLLVCO LEITE 4UNO	2,99
204 WAWAZITOS 8 UN	3,39
204 WAWAZITOS LEITE 8 UN	3,39
204 BOLLVCO BALANCE 1UN	0,79
204 BOLLVCO BALANCE 4 UN	2,99
204 BOLLVCO PONTAS CROC	0,54
204 BOLLVCO PONTAS CHOC	2,99
204 PARRICO BOMNETES 4	2,29
204 DONUTS MINT 5+1	2,29
204 DONUTS MINI BOMBON	1,39
204 DONUTS MINI MAX 4+1	2,09
204 DONUTS BOMBON BCO 4	2,29
204 WAWAZITOS LEITE	3,39
204 PÃO DE LEITE	2,69

33 volumes
TOTAL 75,27
VISA 75,27

TROCO 0,05

19/03/09 10:24 180737/002060/0035/003
Atendido por: Cristino Veludo Pat

**INDISPENSÁVEL PARA
TROCAS E DEVOLUÇÕES
ATE 90 DIAS
CONSULTE AS
EXCEPÇÕES**

JUMBO GONDOMAR
Tel: 224950400 / Fax: 224950409
COMP. PORTUGUESA DE HIPERMERCADOS, S.A.
Contribuinte Nr 502607920

GRUPO AUCHAN
JUMBO GONDOMAR
E.C. PARQUE NASCENTE
RIS PINTO

Numero Fiscal de Contribuinte: 502607920
Terminal Pagamento Sucessivo: 00246815
Data: 2009/03/19 Hora: 10:10:39
Período: 070 Transação: 014 Mensagem: 330
Numero Convertevole: 30_ESTABEL... 1104643

ROU UJLAR COMPRA
Cartão: *****8435/85
Código/Autorização: 441105/09 AUT:090237
B. SANTANDER TOT16
EUR: VISA CR N 75,27

NOUS SERVICIOS: UE JA
EM WWW.REDMICRE.PT

1351. Concluindo, independentemente de as visadas poderem utilizar ferramentas de controlo e monitorização de PVP com intuítos legítimos e lícitos, a verdade é que a prova demonstra que, tanto o fornecedor (cf. documentos BakeryDonuts670, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts83, BakeryDonuts797, BakeryDonuts188,

BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1192), como as insígnias (cf. documentos BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts634, BakeryDonuts221, BakeryDonuts10, MCH1133 e conversações n.º 156, 33), recorrem aos resultados das ações de controlo e monitorização (em particular, aos resultados do *shopping*) para sinalizar desvios que necessitam de correção (“*intervenção*”) face a um posicionamento de PVP concertado entre insígnias, em termos de valor e calendário de implementação, contribuindo, assim, através do seu próprio comportamento, para a realização do objetivo comum.

1352. O fornecedor também recorre aos resultados das ações de controlo e monitorização de PVP para atestar às empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido (cf. documentos BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts670, BakeryDonuts749, BakeryDonuts957, BakeryDonuts169).

Veja-se, assim, o conteúdo do documento BakeryDonuts1198, nos termos do qual a Bimbo Donuts analisa informação recebida pela via do *shopping*, discutindo, internamente, sobre desvios ao alinhamento pretendido, os quais são descritos pelo diretor comercial como “*situações muito complicadas e prejudicam o movimento que estamos a sugerir no mercado. (...) Não quero ninguém a dormir sobre este assunto*”:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 22 de setembro de 2008 14:17
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Shopping 22 Setembro

Esta situações são mt complicadas e prejudicam o movimento que estamos a sugerir no Mercado.

Sabem como agir e PF toda a determinação para alinhar pela nossa sugestão. Não quero ninguém a dormir sobre este assunto.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: segunda-feira, 22 de Setembro de 2008 13:40
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Shopping 22 Setembro

Pão pequeno 310gr: Jumbo Alfragide 1,17€
Pão 600gr: Jumbo Gondomar 1,49€
Familiar 850gr: Colombo 1,99€,
Hotelaria: Sonae continua a 2,82€, Jumbo Alfragide 2,80€,
Panrico Sem Codea: tudo ok
Bollycao de 1 : Colombo, Amadora, Matosinhos, Cascais 0,71€, Jumbo Alfragide 0,69€,
Bollycao 4: Colombo, Amadora, Matosinhos, Cascais 2,69€ ,
Atenção que aparentemente a Sonae baixou preços de bollycao de 1 e de 4

Manhazitos8: tudo ok a 3,29€

Donuts 4: Colombo 1,97€, Amadora 1,97€, Cascais 1,97€, Pingo Doce 1,99€

Donuts 6: Colombo 2,74€, Jumbo Alfragide 2,71€ ,

De acordo com a reunião de hoje na Dia% á tarde vou definir com os clientes quais os preços que sobem esta quinta-feira, das referencias que ainda não tinham subido.

No entanto é importantissimo reposicionar todas as outras que tendo ja subido, voltaram a descer.

Assim que tiver a indicação da Dia% e do Pingo Doce sobre quais as referencias que sobem quarta e quinta respectivamente, informo.

Pedia tambem a vossa atenção para os preços que estão no site do Auchan e da Sonae. Preciso de confirmar as alterações com muita urgencia á Dia%:

1353. Relativamente ao documento BakeryDonuts229, referido nos parágrafos 911 e 1008 *supra*, contrariamente ao alegado pela Bimbo Donuts, da sua leitura não se retira apenas a “importância de monitorizar o PVP”⁵¹⁰ dos produtos em questão. Retira-se, sim, uma menção expressa à necessidade de o “PVP Recomendado” do produto Bollycao 4 estar “*alinhado em todas as vossas lojas*”. Ademais, é ainda feita menção à necessidade de as lojas monitorizarem o respetivo cumprimento, solicitando-se que, caso as lojas das insígnias não procedam ao *shopping*, este seja realizado pelos

⁵¹⁰ Cf. §312 da PNI Bimbo Donuts.

colaboradores da Bimbo Donuts, devendo os respetivos talões ser entregues aos chefes de secção.

1354. Também da leitura do documento BakeryDonuts41 se constata, ao contrário do que é referido pela visada Bimbo Donuts, que não se está perante uma “*preocupação com o não seguimento de um PVP recomendado promocional*”⁵¹¹ por parte da Bimbo Donuts. Na verdade, face a uma tabela de *shopping* (a qual aparenta ter sido enviada pela ECI), são expressamente dadas as seguintes instruções aos colaboradores da Bimbo Donuts:

“Quero estas situações resolvidas em Alfragide e Gaia:

(...)

Não preciso mencionar que é Urgente!

Começo a ficar preocupada com o descontrolo de PVP’s nas vossas lojas Auchan...

Andam co PVP’s promocionais a semana toda e nem sequer conseguem ter os PVP’s recomendados pela Panrico”

1355. O que a leitura do referido documento permite constatar, à luz da globalidade do acervo probatório, é que se está aqui perante mais uma situação em que, através do exercício de *shopping* e reporte por uma empresa de distribuição concorrente, se denota uma ingerência do fornecedor nos PVP praticados pelas empresas de distribuição (no caso a Auchan), incitando ao alinhamento dos PVP praticados no mercado.

1356. A mesma ingerência resulta de forma bastante clara da leitura do documento BakeryDonuts46, de 21 de maio de 2012, onde se pode ler:

⁵¹¹ Cf. §329 da PNI Bimbo Donuts.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 21 de maio de 2013 15:56

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Subject: Shopping Dia% Minipre

Importance: High

Boa Tarde,

Preciso que passem numa loja Dia% e confirmem se estes são os PVP's que estão marcados:

Descrição Artigo	#Conc	Concorrente	Cluster	Data Recolha	Preço
PAO FORMA INTEG.PANRICO 360GR	11516	MP-MASSAMA		20-05-2013	1,95 €
PAO FORMA INTEG.PANRICO 360GR	12277	MP ALVERCA		20-05-2013	1,95 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	11477	MP-CHAVES		20-05-2013	1,44 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	12284	MP CASTELO BRANCO		20-05-2013	1,44 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	11455	MP-VISEU		20-05-2013	1,44 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	11492	MP-GUIMARÃES		20-05-2013	1,44 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	12749	MP -VILA REAL		20-05-2013	1,44 €
PAO HOT DOG PANRICO 6UN 330GR	12992	MP GUARDA		20-05-2013	1,44 €

Integral 360g deveria estar a passar a 1,99€

Hot Dog a 1,55€

Liguem-me quando estiverem na loja para vos dizer se preciso de um talão comprovativo, sff

Obg,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1357. Na realidade, depreende-se que o propósito da tabela constante do referido documento resulta na sinalização de desvios ao PVP de alinhamento, referindo o fornecedor que o PVP nas lojas desviantes “*deveria passar a 1,99€*”, compreendendo-se que após a monitorização do cumprimento dos PVP (comprovada por talão, se necessário) virá a correção daqueles se encontram desviados.

1358. Ora, mais uma vez se reitera: a prática de controlo e monitorização dos PVP por parte do fornecedor não é, por si só, ilícita, quando exclusivamente dirigida a objetivos comerciais legítimos.

1359. No entanto, enquadrada nos restantes comportamentos que constituem as condutas imputadas à Bimbo Donuts e às empresas de distribuição visadas, verifica-se que a mesma tinha o propósito de identificar e, posteriormente, assegurar a correção dos desvios aos PVP acordados e comunicados pela Bimbo Donuts, pelo que era um passo essencial para o alinhamento generalizado dos PVP no mercado do retalho alimentar em Portugal.

1360. Também os documentos BakeryDonuts60 e BakeryDonuts57, os quais, no entender da Bimbo Donuts, não poderão servir de prova de uma concertação do tipo “*hub and spoke*” entre as empresas, deverão ser lidos no contexto da globalidade da prova⁵¹².

1361. E o que a globalidade da prova permite sustentar é que as insígnias colocam a sua autonomia e liberdade de decisão ao serviço da prossecução do objetivo comum e da prática de fixação de PVP descrita na presente Decisão. Resulta, assim, que as empresas visadas implementaram um mecanismo de entendimento e cooperação que eliminou o que deveria ser de independência e autonomia na capacidade das empresas de distribuição visadas em determinar os respetivos PVP e demais condições comerciais aplicáveis às vendas dos produtos da Bimbo Donuts, no mercado de retalho.

1362. Assim, quando do teor documento BakeryDonuts57 se lê que a Bimbo Donuts sinaliza (internamente) que “[n]o dia 18/08 (2ªFeira) preciso que as vossas lojas Auchan estejam todas com os Planetus a 1,99€. Muita atenção aos PVP’s que têm nas lojas ao dia de hoje. Não podem falhar”, e o documento BakeryDonuts60 sinaliza, também internamente, “a máxima atenção para verificarem se as etiquetas de SC Integral 450g foram alteradas em todas as lojas Pingo Doce. PVP Rec: 2,99€”, a Autoridade conclui que ambos os documentos se integram na prática ora em análise, demonstrando a monitorização dos PVP praticados pelas insígnias (por parte do fornecedor) e subsequente ingerência na determinação dos mesmos, em particular, junto das empresas de distribuição desviantes.

1363. Relativamente ao documento BakeryDonuts210, a Bimbo Donuts alega estar em causa uma “*simples monitorização do mercado*”, tratando-se de um *email* enviado na sequência de uma campanha promocional “*em que é referido o preço que deveria subir porque a campanha promocional e o respetivo financiamento já teriam terminado*”⁵¹³.

1364. Veja-se, então, o teor do referido documento (*email* interno da Bimbo Donuts):

“Boa Tarde a todos,

⁵¹² Cf. §344 da PNI Bimbo Donuts.

⁵¹³ Cf. §329 da PNI Bimbo Donuts.

Agradeço que me confirmem que lojas Auchan é que ainda têm o Pão 500g preço económico a 1€ e em que quantidades.

No dia 29/04 (2ªFeira) este eram os pvps:

Viseu -1€

Arrabida – 1€

Setubal – 1€

Guimarães – 1€

Alverca – 1€

Matosinhos – 1€

Maia – 1,15€

Castelo Branco – 1,48€

Alfragide – 1,49€

Portimão – 1,49€

Coimbra – 1,55€

Relembro que o PVP Recomendado deste artigo é 1,59€!!!!

1365. Ora, a leitura do documento acima transcrito, à luz da globalidade do acervo probatório constante dos autos, permite concluir que, independentemente de se tratar de um preço a vigorar após uma ação promocional, este comportamento do fornecedor se consubstancia na prova da sua expectativa e da sua estratégia quanto ao preço a ser implementado no mercado.

1366. Demonstrando, ainda, que os PVP denominados de “recomendados” são verdadeiros PVP, motivo pelo qual se conclui que da leitura do referido documento se retira a tomada de um dos (primeiros) passos no sentido da agilização de implementação de PVP no mercado.

1367. A AdC analisará, de seguida, os argumentos da Bimbo Donuts referentes à tensa relação negocial entre esta empresa e a MCH no ano de 2016, bem como a alegação relativa à capacidade de alguns documentos permitirem demonstrar uma “dureza

negocial”, assim como a autonomia da MCH na eventual reação a preços praticados por empresas de distribuição suas concorrentes.

1368. Tal como referido *supra*, a AdC não excluiu que possa (também) existir um substrato lícito na prática de *shopping* pelas visadas, mas o que a globalidade da prova demonstra é que estes objetivos legítimos coexistem, no caso concreto, com outros explicitamente orientados para o (re)alinhamento do PVP, designadamente, através da ingerência do fornecedor na determinação do PVP a adotar por cada uma das empresas de distribuição visadas, tal como sobejamente demonstrado.

1369. Deste modo, a AdC concorda com alguns argumentos trazidos à colação pela Bimbo Donuts, mas não todos. Veja-se em maior detalhe.

1370. O documento MCH1119 consubstancia-se numa conversação entre os dias 3 e 6 de junho de 2016, que surge no seguimento do envio de uma tabela de *shopping* pela MCH à Bimbo Donuts, no âmbito da qual constam os PVP referentes a um produto praticados por várias lojas Auchan, sendo o PVP mais baixo o praticado pela loja do Jumbo Arrábida, 1,39€.

1371. Refere, num *email* interno, a colaboradora da MCH que o “*fornecedor ficou de enviar confirmativo do PVP de 1,39€ até às 17:30. Consoante a resposta, o PVP mínimo será reagido no grupo de 20 lojas no Porto onde está a equipa da DECO neste momento. Nas restantes lojas, será feita reacção com a média dos PVPs Jumbo*”.

1372. No entanto, e como se verá em maior detalhe no capítulo III.3.1.6, o envio do mencionado *shopping* espoletou um procedimento interno na Bimbo Donuts, podendo ler-se no documento BakeryDonuts66⁵¹⁴ “[*é*] **urgentíssimo** corrigir JB Arrábida Shopping” (destaque constante do próprio documento).

1373. A verdade é que a situação foi, de facto, corrigida, destacando-se assim o documento MCH1120, de 6 de junho de 2016, em resposta ao documento MCH1119⁵¹⁵, no âmbito do qual a colaboradora da MCH informa que “[*n*]a passada sexta-feira, foram retiradas da loja Arrábida Shop todas as unidades deste artigo, o fornecedor enviou comprovativo (fotografia com o linear vazio), enviámos para o Shopping, e o Shopping cadastrou o

⁵¹⁴ *Email* interno, de 3 de junho de 2016, enviado após a receção do *shopping* da MCH.

⁵¹⁵ *Email* interno da MCH com vista a obtenção de ponto de situação: “*Como ficou o tema?*”.

PVP médio nesta loja. Com isto, no fim-de-semana o artigo esteve a 1,78€ nas lojas do Porto e 1,85€ nas restantes lojas a nível nacional’.

1374. Destarte, não obstante os referidos documentos aparentarem, se lidos fora do contexto, uma reação autónoma a ser tomada pela MCH, na realidade, a mesma ficou dependente de uma atuação corretiva do fornecedor junto de uma insígnia desviante, a qual ocorreu, pelo que não poderá o referido documento MCH1119 ser valorado como meramente ilustrativo de uma negociação agressiva e de uma atuação independente da insígnia, fruto do *shopping* por esta realizado.

1375. Veja-se, de seguida, o documento BakeryDonuts1425:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 15 de março de 2016 16:39
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: FW: Recolhas de Shopping

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Duas lojas com PVP de 1,79€ - JUMBO-ALFRAGIDE e JUMBO-AMADORA (as do costume).

Aguardo OK para reagir.

M/C

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 15 de Março de 2016 16:37
To: 'Panrico: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: Recolhas de Shopping

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

Partilho as recolhas de shopping recebidas do dia de hoje do artigo PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20%.

JUMBO AMADORA	JUMBO COIMBRA	JUMBO PORTIMÃO	JUMBO VILA REAL	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALMADA	JUMBO-ALVERCA	JUMBO-FARO	JUMBO-SETUBAL	PÃO AÇUCAR GUARDA
1,79	1,92	1,92	1,89	1,79	1,93	1,98	1,92	1,83	1,89

Melhores cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Analista de Preço
 Unidade de Negócio Padaria e Pastelaria
 Mail: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]



1376. Da sua leitura constata-se que, após o envio da tabela comparativa de *shopping* para a Bimbo Donuts, a colaboradora da MCH envia um outro *email* no qual afirma “*Aguardo o OK para reagir*” sendo esse *email* também enviado para a KAM da Bimbo Donuts, apesar de o mesmo não lhe ser endereçado.

1377. Ora, também a leitura do documento transcrito deverá ser feita com a devida contextualização.

1378. Na verdade, um dia antes do envio da tabela constante do documento BakeryDonuts1425, foi enviada, no documento MCH1133, uma tabela de *shopping* referente ao mesmo artigo. Da referida tabela, além dos PVP praticados por algumas lojas da Auchan, constavam também os PVP praticados por duas lojas da Pingo Doce (insígnia que praticava o PVP mais baixo, 0,99€).

1379. No dia 15 de março de 2016, a KAM da Bimbo Donuts responde à colaboradora da MCH, afirmando “*PD está alterado hoje*”.

1380. Ou seja, a MCH é informada da correção do PVP levada a cabo pela Pingo Doce e, horas mais tarde, envia a mesma tabela de *shopping* à KAM da Bimbo Donuts, desta vez sem a referência às lojas Pingo Doce, mas apenas às lojas da Auchan.

1381. Face ao exposto, o que se retira da leitura do documento BakeryDonuts1425 é a contínua pressão, aqui exercida pela MCH, no sentido de promover uma correção de PVP desviantes, através do fornecedor, e não qualquer procedimento interno lícito de resposta autónoma aos mesmos, contrariamente ao alegado pela Bimbo Donuts.

1382. Veja-se também o teor do documento BakeryDonuts1764:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 25 de maio de 2016 10:51

To:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Cc:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

- Identidade de colaborador da

Panrico:

Subject: Donuts Glace 4

Importance: High

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Temos várias lojas Sonae com Donuts Glace 4 a 1,29€.

Actualmente o PD está em acção com este SKU, e a Sonae com Bollycao Clássico4. Ambos são SKU's cabaz DECO. De acordo com o que falámos em reuniões anteriores, sobre o que é a estratégia Sonae para os artigos de Cabaz DECO, desde que a Sonae também esteja com um artigo Cabaz DECO em promoção não haveria lugar a reacção à promoção que outros operadores fizessem num artigo também de cabaz DECO.

Atendendo a isto, não faz sentido, à partida, esta alteração de PVP.

A ser uma reacção ao Jumbo, que reagiu ao PD, a Sonae está indirectamente a reagir ao PD e a degradar margem.

Veja pf esta situação.

Obrigado

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Key Account Manager

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda

Zona Industrial de São Carlos, Lote D

2725-473 Mem Martins



From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: quinta-feira, 19 de Maio de 2016 16:49

To:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: Bollycao Classico 4

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Tem o Bollycao Clássico 4 a 1,89€.

Actualmente o PD está em acção com este SKU, e a Sonae com Donuts Glace 4. Ambos são SKU's cabaz DECO. De acordo com a estratégia Sonae, não há lugar a reacção a promoção num artigo de cabaz DECO desde que a Sonae também esteja com um artigo Cabaz DECO em promoção, pelo que não faz sentido, à partida, esta alteração de PVP.

A ser uma reacção ao Jumbo, que reagiu ao PD, a Sonae está indirectamente a reagir ao PD e a degradar margem.

Veja pf esta situação

1

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Key Account Manager

1383. O que se depreende da respetiva leitura é que a Bimbo Donuts visa evitar uma reação da MCH a PVP praticados por insígnias concorrentes, de modo a alcançar um nivelamento de PVP praticados fora do contexto de ações promocionais.

1384. Constata-se, assim, a pressão sobre Bimbo Donuts, num contexto de eventual comparticipação na atividade promocional da MCH, no âmbito da qual a Bimbo Donuts tenta viabilizar o alinhamento em PVP em produtos fora de ações promocionais, evitando, deste modo, um cenário de sucessivas reações a diferentes PVP por diferentes insígnias⁵¹⁶.

1385. O documento MCH1118 é um *email* interno da MCH, no qual é referido que fora decidido em comissão executiva reagir à Auchan no âmbito do “cabaz DECO”⁵¹⁷, sendo definidas as regras a aplicar para o devido efeito. Ademais, é ainda referido, relativamente a um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts, a incapacidade da MCH em cumprir o PVP sugerido:

[MCH] - *“Tal como te disse este artigo não tem condições para reagirmos ao preço mínimo de 1,49. Vamos chamar o fornecedor e apresentar-lhe a situação, de qualquer modo já sabemos que vamos extremar posições com ele num momento em que estamos a negociar descontos incrementais para o ano inteiro e a negociar a marca da semana. Até lá não reagimos, ok?”*

[MCH] – *“Concordo com a tua abordagem. Vamos expor o problema à Panrico e ameaçar com a suspensão do artigo. Contudo, ainda sem uma posição de forças extremada!”*

1386. Ora, nos termos do referido documento, ao contrário do que a Bimbo Donuts alega, não se pode concluir que *“apesar de a Sonae enviar shoppings à Visada [Bimbo Donuts], a existência ou não de reação aos preços praticados pelo concorrente partiria sempre de uma decisão autonomamente tomada pela Sonae”*, pelo contrário da leitura do

⁵¹⁶ Adicionalmente, cumpre esclarecer que a referência a uma eventual degradação da margem da MCH – que não é sinónimo de qualquer venda com prejuízo, nem isso é alegado/ ou demonstrado pela visada – não exclui a ilicitude do comportamento ora em análise, pois que se constata uma efetiva ingerência do fornecedor, *motu proprio* ou sob influência de insígnias concorrentes, nos PVP a serem praticados pelas referidas empresas de distribuição, incluindo a MCH.

⁵¹⁷ Trata-se de uma análise comparativa de preços realizada periodicamente pela Deco-Proteste que se baseia nos preços recolhidos num conjunto de produtos denominando “Cabaz de Produtos”, que inclui os produtos das marcas mais vendidas em Portugal, entre frescos, congelados, mercearia e produtos e higiene pessoal e do lar.

documento MCH1118 retira-se o envolvimento concreto da Bimbo Donuts na determinação do PVP de um produto que integra o denominado “cabaz Deco”, uma vez que a MCH refere que, por não conseguir reagir ao referido PVP (praticado pela Auchan), chamará o fornecedor, na expectativa (histórica) de resolução do “problema”, leia-se, na concessão de condições comerciais que permitam à MCH “[SEGREDO DE NEGÓCIO – POLÍTICA COMERCIAL E ESTRATÉGIA E PROCEDIMENTOS INTERNOS RELATIVO A REACÇÃO A PREÇOS DE CONCORRENTE]”⁵¹⁸, demonstrando, conseqüentemente, a pressão que as empresas de distribuição exercem sobre o fornecedor (“*Vamos expor o problema à Panrico e ameaçar com a suspensão do artigo*”).

1387. Os documentos MCH1131, MCH1143 e MCH1146 são referentes a uma troca de *emails* entre a Bimbo Donuts e a MCH no âmbito da qual a MCH manifesta o seu desagrado relativamente ao facto de a insígnia Intermarché ter em vigor uma ação promocional na qual se encontrava à venda um produto da Bimbo Donuts que também estava a ser vendido em condições promocionais na MCH. Da leitura dos mesmos não se retira qualquer pedido de melhores condições comerciais, no entanto, também não permite concluir, por si só, a motivação ilícita subjacente à demais prova acima descrita.

1388. Relativamente ao documento MCH1144, apesar de a menção a “desalinhamento” se referir à troca de imagens e respetivos PVP, não resulta da sua leitura qualquer pedido de melhores condições comerciais, mas, tal como referido *supra*, do documento depreende-se que PVP promocional é definido pelo fornecedor e que a MCH, ao invés de optar por responder autonomamente ao preço praticado, confronta a Bimbo Donuts relativamente ao mesmo, constatando-se a opção pela tentativa de envolver o fornecedor no exercício de definição dos seus PVP.

1389. No entender da visada Bimbo Donuts, os documentos BakeryDonuts68, BakeryDonuts248, BakeryDonuts286, BakeryDonuts290 e BakeryDonuts188 consubstanciam apenas uma atividade de *shopping* neutra, “*revelando apenas uma*

⁵¹⁸ Perante a incapacidade do fornecedor de corrigir desvios ao preço de alinhamento, as insígnias, neste caso a MCH, realinham os PVP pelos preços desviados, exigindo ao fornecedor descontos adicionais para poder concretizar esse alinhamento. Notando-se, uma vez mais, a vontade expressa de manter os PVP alinhados (preferencialmente no nível mais elevado, mas perante a impossibilidade destes, no nível inferior), e não uma intenção de competir com esses PVP praticando, eventualmente, preços (ainda) mais baixos.

*preocupação do fornecedor de tomar conhecimento acerca de como as empresas de distribuição posicionam os bens por si fornecidos*⁵¹⁹, para além de parte dos documentos mencionados fazer também referência a *shopping* de produtos que não da Bimbo Donuts.

1390. Não obstante, esta interpretação dos documentos e do respetivo contexto não poderá colher, conforme decorre da própria leitura dos mesmos.

1391. Na verdade, enquanto analisados de forma isolada, os referidos documentos poderiam demonstrar a existência de um procedimento de *shopping*, por si só, lícito, o que da leitura contextualizada dos mesmos resulta é que essa monitorização surge como um meio desenvolvido com vista a alcançar um fim, o objetivo comum, o da concertação.

1392. Nesse sentido e para esse propósito, vejam-se as seguintes menções, constantes do documento BakeryDonuts248:

“Alerto novamente que diariamente os distribuidores tem de me informar os Preços das Lojas Auchan que sofram alterações.

Isto não está a acontecer e depois somos surpreendidos com chamadas de preços completamente “partidos”.

(...)

No dia seguinte a acabar uma acção promocional o distribuidor tem que obrigatoriamente facturar no mínimo 1 unidade da referência que esteve em promoção para que a loja seja obrigada a corrigir os preços”

(...)

“Esta informação é muito importante pelo motivo dos Shoppings diariamente, e a tua equipa não me está a informar como o solicitado.

Ontem eram estes os preços que estavam e como podes verificar estão muito errados e informação por parte deles, nada!!!”

⁵¹⁹ Cf. §385 e 386 da PNI Bimbo Donuts.

1393. Por fim, o facto de a Bimbo Donuts também proceder a *shopping* de produtos que não são seus não afasta a sua participação nos comportamentos e na infração ora em análise, nem se alcança como chega a visada a essa conclusão.

1394. Relativamente aos documentos BakeryDonuts1420, BakeryDonuts1426, BakeryDonuts1427, BakeryDonuts1428 (que integram a conversação n.º 49) e documento MCH1140, não poderá colher o argumento da Bimbo Donuts quando afirma que não existem nos autos prova de pedidos similares a outras insígnias que se pudessem relacionar com estes documentos⁵²⁰.

1395. Na verdade, os referidos documentos ilustram pedidos de correção de PVP por parte da Bimbo Donuts à MCH:

[Bimbo Donuts] “*Temos o Pão Panrico Especial Torradas com Côdea na Sonae com um PVP de 1,79*”

[MCH] “*Estamos a tentar resolver o problema juntamente com a equipa de HelpDesk*”

[Bimbo Donuts] “*Hoje temos este pão a 1,29€ - preço riscado sobre 1,79€. Veja por favor este tema*”

[MCH] “*A situação estará normalizada amanhã*”

1396. Não obstante não serem feitas referências a empresas de distribuição concorrentes, com base na leitura dos documentos ora em análise, integrada na globalidade da prova, é razoável concluir que se trata de uma ação de monitorização dos PVP de mercado levada a cabo pela Bimbo Donuts, em resultado da qual é identificado um PVP diferente face a algo, a qual é seguida de um pedido de correção, sendo este pedido acedido – “*situação estará normalizada amanhã*”. Ação de monitorização idêntica a tantas outras exaustivamente descritas na presente Decisão.

1397. No que respeita ao documento BakeryDonuts1449, de 15 de junho de 2016, contrariamente ao alegado pela visada Bimbo Donuts, não resulta da respetiva leitura que em causa esteja uma mera discussão “*acerca de qual deveria ser o posicionamento*

⁵²⁰ Cf. §384 da PNI Bimbo Donuts.

*da Sonae no “Pão Sem Còdea Panrico 450 gramas + 20%” face aos preços praticados nas lojas Auchan*⁵²¹.

1398. Na verdade, se não se discute que a mensagem possa ter sido enviada por engano à Bimbo Donuts, a leitura do documento não pode ser feita de forma isolada, devendo, assim, ser lido em conjunto com os documentos BakeryDonuts1771 e MCH1154.

1399. Ora, o documento BakeryDonuts1449 demonstra, em primeiro lugar, que a MCH envia uma tabela comparativa de *shopping* à Bimbo Donuts, a qual inclui os PVP praticados pelas várias lojas Auchan e por uma loja da Pingo Doce (loja de Rio Mouro).

1400. Minutos depois, a mensagem que, aparentemente por engano, é enviada para a Bimbo Donuts dá a conhecer a seguinte informação:

“PVP de 1,04€ no PD Rio de Mouro – fornecedor ficou de enviar confirmação.

PVP mínimo no Jumbo de 1,78€ - Jumbo Alverca.

PVP de 1,79€ - Jumbo Torres Vedras, Jumbo Vila Real, Jumbo Viseu, Jumbo Alfragide, Jumbo Aveiro, Jumbo Castelo Branco, Jumbo Faro, Jumbo Setúbal e Pão Açúcar St. Tirso.

Cenário para amanhã (...)”

1401. Ora, além da análise interna dos PVP praticados pelas lojas Auchan, a colaboradora da MCH informa ainda a sua equipa que, relativamente ao PVP praticado pela loja da Pingo Doce “o fornecedor ficou de enviar confirmação”.

1402. Da leitura do documento BakeryDonuts1771, do mesmo dia, resulta que a Bimbo Donuts informa que à MCH que o seu *shopping* na loja da Pingo Doce estaria errado: “Este preço é de MDD já pedi um talão para lhe enviar a confirmar esta situação”. Em consonância com o documento MCH1154, constata-se que a KAM da Bimbo Donuts envia um talão comprovativo de compra do referido produto na loja da Pingo Doce, o qual confirma o erro de *shopping*, esclarecendo a KAM que “Junto envio o talão do PD Sintra com PSC a 1,99€”:

⁵²¹ Cf. §392 da PNI Bimbo Donuts.

From: [EMAIL PANRICO]
Sent: quarta-feira, 15 de junho de 2016 18:00
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping
Importance: High

a data não estava visível. Envio nova foto.

Cumprimentos,

Key Account Manager
 [ASSINATURA PANRICO]

From:
Sent: quarta-feira, 15 de Junho de 2016 17:56
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Junto envio o talão do PD Sintra com PSC a 1,99€.

Cumprimentos,

Key Account Manager
 [ASSINATURA PANRICO]

From: [
Sent: quarta-feira, 15 de Junho de 2016 17:41
To:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Este preço é de MDD já pedi um talão para lhe enviar a confirmar esta situação.

Cumprimentos,

Key Account Manager
 [ASSINATURA PANRICO]

1403. Em anexo ao referido *email* (documento MCH1154) é, assim, enviado talão comprovativo do PVP praticado pela Pingo Doce:



1404. Ora, além da análise dos PVP praticados pelos seus concorrentes, a leitura contextualizada do documento BakeryDonuts1449 permite razoavelmente concluir que a MCH, ao informar o fornecedor, tinha a expectativa que este atuasse junto da insígnia aparentemente desviante.
1405. A verdade é que a Bimbo Donuts indaga, de facto, a veracidade do desvio, concluindo que o PVP a ser praticado era o PVP de mercado (cf. parágrafos 2052 e 2053 *infra*), demonstrando, assim, o cumprimento do objetivo comum, o de alinhamento de PVP.
1406. Quanto ao documento BakeryDonuts120, referido no parágrafo 1277 *supra*, a Bimbo Donuts alega que o mesmo não permite provar uma prática de *hub and spoke*, uma vez que “*não foram referidas quaisquer outras empresas de distribuição que, juntamente com o fornecedor, estariam alegadamente a participar em tal prática, nem há prova nos autos relativa a pedidos semelhantes feitos a outras insígnias que se pudessem relacionar com este[s] documento[s]*”⁵²².
1407. Não obstante, não corresponde à verdade que da leitura do referido documento não sejam referidas outras empresas de distribuição. Ao invés, da respetiva leitura resulta que (i) a Bimbo Donuts enviou um “*pedido de alterações de pvp*” à Auchan e que (ii) esta empresa condiciona o seu comportamento, neste caso, não acolhendo o pedido do fornecedor, em função do *shopping* realizado em demais cadeias suas concorrentes, o qual condiciona o PVP praticado por esta empresa (Auchan). Assim, a atuação da Auchan resulta diretamente condicionada pelo comportamento dos seus concorrentes, constatando-se também que, por oposição a uma reação através de um preço mais baixo do que o praticado por empresas concorrentes, a Auchan alinha o seu PVP ao mesmo nível.
1408. Quanto ao documento BakeryDonuts227, de 6 de junho de 2013, sobre o assunto “*Sonae: PVP Burguers e Hot dogs 0,99€*”, nos termos do qual se pode ler a seguinte mensagem interna (Bimbo Donuts): “*Tenho indicação por parte da central que amanhã (6ªFeira) os PVP’s do 962 e 963 passam para 0,99€. Agradeço a vossa confirmação amanhã de manhã*”, reapreciado o seu teor à luz da pronúncia da Bimbo Donuts, admite-se que poderá subsistir alguma incerteza quanto à forma como se materializa e pode

⁵²² Cf. §460 da PNI Bimbo Donuts.

interpretar-se a participação efetiva da visada nesta situação concreta. Por este motivo, a AdC considera os termos concretos do envolvimento da Bimbo Donuts nestas circunstâncias específicas inconclusivo, decidindo não valorar esta prova para os efeitos da análise desenvolvida no presente sub-capítulo.

1409. Adicionalmente, no que respeita aos argumentos relativos à prática de preços abaixo de custo pelas empresas de distribuição, as obrigações legais a que estas estão adstritas não excluem a margem de liberdade – e a própria obrigatoriedade, ao abrigo do regime jurídico da concorrência – das empresas de distribuição de determinarem autonomamente os seus próprios PVP, sem estarem condicionadas pelo alinhamento das suas concorrentes ou pela necessidade de se alinharem pelo preço definido pelo fornecedor.
1410. Acresce que tais situações de preços abaixo de custo pelas empresas de distribuição são, nos termos da prova produzida nos autos, absolutamente excecionais, não permitindo, ao contrário do que aparentam pretender fazer crer as visadas, servir o propósito pretendido pelas visadas, de se considerarem justificados os seus comportamentos, para maioria das situações.
1411. Por outro lado, no que respeita aos documentos referidos pela Bimbo Donuts, a Autoridade não considera ter ficado demonstrado que os mesmos se referiam a situações de venda de produtos abaixo de custo. Veja-se, então.
1412. Relativamente ao documento BakeryDonuts266, sem prejuízo da aptidão probatória estabelecida *infra*, cumpre referir que, num primeiro contacto, a leitura do referido documento aparenta demonstrar uma preocupação do fornecedor com o facto de a Auchan estar a vender um produto do seu *portfolio* abaixo do preço de custo (cf. documento BakeryDonuts266):

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]

Enviada: 12 de maio de 2016 17:44

Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: Donuts panrico

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Por favor, subam o donuts4 (sirius 1870) para 1,29 (alinhado com acções da concorrência), neste momento tê o donuts a 1,25 é a baixo do preço de custo.

Obrigado

1

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1413.À referida solicitação, um dos colaboradores da Auchan confirma “*Está alterado*”.

1414.Decorre deste documento que, não obstante o KA da Bimbo Donuts fazer menção ao facto de Auchan estar a praticar um preço abaixo de custo, o que da respetiva leitura, no contexto da globalidade da prova, resulta, é que o fornecedor indica à Auchan o *price point* a que estariam os PVP das concorrentes, para que esta pudesse alinhar com os mesmos.

1415.E, na verdade, o que se constata é que, após interpelação do fornecedor, no sentido de reposicionar o PVP, “*alinhado com acções da concorrência*, o PVP praticado pela Auchan passa a ser plenamente alinhado com o dos concorrentes.

1416.A referida conclusão é ainda corroborada quando um KAM da Bimbo Donuts reencaminha a referida conversa ao seu ponto de contacto na loja da Auchan de Torres Vedras, fazendo o mesmo pedido, desta feita, sem qualquer referência a preços abaixo de custo:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 13 de maio de 2016 11:01

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: FW: Reenc. Donuts panrico

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Tudo bem? Espero que sim...

Temos neste momento, na loja de Torres Vedras, o Donuts de 4 (sirius 1870) a 1,25. Peço te PF para alterares para 1,29 e assim ficas alinhada com as acções que estão a decorrer na concorrência.

(A loja da Amadora estava com o Donuts de 4 também a 1,25. Já está alterado para 1,29. Peço te PF para acompanhares a loja da Amadora)

Obrigado,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Departamento Comercial

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico Produtos Alimentares, Lda.
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins



1417. Face ao exposto, a prática descrita na presente Decisão contextualiza a situação retratada no documento BakeryDonuts266, demonstrando-se, assim, uma prática de fixação de PVP (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).
1418. O documento BakeryDonuts277, referido pela visada, não foi utilizado pela Autoridade para efeitos de imputação da prática *sub judice*.
1419. Os documentos que integram a conversação n.º 122 (BakeryDonuts1431, BakeryDonuts1433 e BakeryDonuts1434), demonstram que a Bimbo Donuts solicita que a MCH corrija um determinado PVP de um produto, a qual assente o pedido, não existindo qualquer referência nos documentos de que o preço seria abaixo de custo – o que contraria o alegado pela Bimbo Donuts na sua PNI: “*está claramente perante um preço abaixo de custo*”.
1420. Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Bimbo Donuts sobre os documentos não indiciarem, a partir de 2010, qualquer troca indireta de informação sensível do tipo A-B-C, e (ii) às afirmações da Auchan referentes ao seu envolvimento na conduta em causa e à consequente análise dos elementos probatórios em causa, as mesmas serão respondidas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão, nos quais a AdC desenvolverá também a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da

prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas.

1421.A AdC, forma, assim, a sua convicção de que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP de mercado com o objetivo de sinalizar desvios a um determinado posicionamento de PVP (bem como, depois, para assegurar a respetiva correção), ou seja, para coadjuvar a implementação de um determinado posicionamento de PVP descrito no capítulo precedente da presente Decisão e, dessa forma, restringir a concorrência no mercado de retalho alimentar.

1422.A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo ao controlo e à monitorização dos PVP praticados no mercado e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência.

III.3.1.5 Correção de desvios

1423.Os elementos probatórios constantes dos autos indiciam que, sendo detetado algum desvio face aos PVP pretendidos e acordados/alinhados com todas as empresas de distribuição visadas, a insígnia desviante é pressionada para proceder, com a maior brevidade possível, ao reposicionamento e ao alinhamento horizontal do PVP com o resto do mercado.

1424.Decorrem da prova constante dos autos várias situações deste tipo, as quais se elencam de seguida.

1425.Desde logo, alguns documentos já descritos nos capítulos III.3.1.1 e III.3.1.4 da presente Decisão, designadamente os documentos BakeryDonuts78 (parágrafo 1288 *supra*) BakeryDonuts91 (parágrafos 1259 e 1260 *supra*), BakeryDonuts221 (parágrafo 1265 *supra*), BakeryDonuts670 (parágrafo 1280 *supra*), BakeryDonuts1170 (parágrafo 1257 *supra*), MCH1133 (parágrafos 1272 e 1273 *supra*), a conversação n.º 156.º (parágrafos 1242 e 1243 *supra*), existindo outros que passarão a descrever-se.

1426. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 54⁵²³, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 23 de março e 19 de abril de 2005, sobre o assunto “*RE: Panrico – Alinhamento Geral PVP*”, permite verificar que a *KAM* da Bimbo Donuts está a pressionar o seu interlocutor na Auchan para que o PVP de um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts seja reposicionado, de acordo com o alinhamento de PVP acordado, “*já que todas as cadeias o têm assim*”, tendo o colaborador da Auchan confirmado que iria proceder ao reposicionamento: “*confirmo*”.
1427. Dos documentos que integram a conversação n.º 155⁵²⁴, que consiste numa cadeia de *emails* de 26 e 27 de agosto de 2005, sobre o assunto “*RE: PVP Manhãzitos*”, cujo conteúdo resulta que (i) a *KAM* da Bimbo Donuts terá sido confrontada pela Auchan com um *shopping* que detetava desvios no alinhamento de PVP de dois produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, vindo, na referida data, garantir ao seu interlocutor na Auchan que este já poderia “*alinhar o PVP de Manhãzitos para os valores da concorrência*!”, tendo explicado que “[o] problema era o Dia Minipreço que entretanto já subiu preço pelo que podes alinhar também na loja!”, fornecendo, para os devidos efeitos, os PVP que deveriam ser praticados; (ii) no dia seguinte, em resposta, o colaborador da Auchan refere que já alterou os PVP na condição de, até ao início da semana seguinte, a Bimbo Donuts dar uma resposta à Auchan face a um novo desvio que detetara nas insígnias Dia, Intermarché e Carrefour, as quais não estavam alinhadas com os PVP recomendados nos mesmo produtos.
1428. O documento BakeryDonuts756, que consiste numa cadeia de *emails* de 12 de maio de 2006, sobre o assunto “*RE: pvp’s*”, em que um colaborador da cadeia Dia informa a *KAM* da Bimbo Donuts relativamente aos PVP de dois produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts em vigor na loja do Montijo do Carrefour, os quais se percebe estarem desalinhados, face à resposta da *KAM* da Bimbo Donuts, prontificando-se a averiguar de imediato a situação e a corrigi-la:

⁵²³ A conversação n.º 54 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts595, BakeryDonuts623, BakeryDonuts650, BakeryDonuts657, BakeryDonuts658 e BakeryDonuts667.

⁵²⁴ A conversação n.º 155 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts601, BakeryDonuts608 e BakeryDonuts617.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 12 de maio de 2006 18:20
To:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Subject: RE: pvp's

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Vou já averiguar esta situação e corrigir!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: sexta-feira, 12 de Maio de 2006 15:51
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: pvp's

Boa Tarde,

Junto informo pvp's do Carrefour do Montijo:

Pão 600 1.39€
S/côdea 1.87€

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1429. O conteúdo do documento BakeryDonuts828, que consiste numa troca de *emails* de 8 de agosto de 2006, sobre o assunto “FW: Preços Dia/PD”, demonstra que o diretor comercial da Bimbo Donuts reencaminha um *email* interno (Bimbo Donuts) para o seu interlocutor na insígnia Pingo Doce, no âmbito do qual são reportados dados de *shopping* dos PVP praticados pela concorrente Dia. Do teor da conversação, retira-se que esta última insígnia não estava alinhada com os PVP indicados, uma vez que o diretor comercial da Bimbo Donuts informa o seu ponto de contacto na Pingo Doce relativamente às datas previstas para as “*devidas correções de preços*”.
1430. O documento BakeryDonuts711 consiste numa cadeia de *emails* de 15 de dezembro de 2006, sobre o assunto “Fw: Panrico – PVP Urgente”, nos termos do qual se verifica que:
- (i) a KAM da Bimbo Donuts confronta a sua interlocutora no Carrefour com um desalinhamento de PVP, nas lojas de Paços de Ferreira, Portimão e Gaia, solicitando o reposicionamento imediato de acordo com os PVP que a KAM fornece no *email*, perguntando ainda “*que lojas da concorrência influenciaram estes desalinhamentos [?]*”;
 - (ii) o Carrefour responde que os desvios serão corrigidos no próximo domingo, dia 17 de dezembro:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 15 de dezembro de 2006 17:37
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:**
Subject: Fw: Panrico - PVP Urgente

Boa tarde,

Os PVP estarão alinhados no dia 17/12.

Atentamente,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1431. O documento BakeryDonuts1065 que consiste numa cadeia de *emails* de 28 de janeiro de 2008, sobre o assunto “*FW: Nets MDD Fev PD+FN.xls*”, permite compreender que: (i) uma colaboradora da Pingo Doce, tendo já previamente abordado o assunto, confronta o diretor comercial da Bimbo Donuts com um *shopping* de PVP do pão Panrico das lojas do Minipreço de Alverca e da Auchan de Alfragide, que estão desviados face aos PVP da Pingo Doce dos Olivais; (ii) em resposta, o diretor comercial, reencaminha este *email* para uma *KAM* da Bimbo Donuts, com conhecimento para a colaboradora da Pingo Doce que reportou o desvio, a qual deverá informar a colaboradora da Pingo Doce quanto ao estado da correção do desvio, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de janeiro de 2008 17:29
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: FW: Nets MDD Fev PD+FN.xls

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Correcção imediata destes PVP's.

Amanhã feed-back a con as respectivas correcções.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1432. Veja-se também o documento BakeryDonuts85, que consiste numa cadeia de *emails* de 28 e 29 de julho de 2010, sobre o assunto “*0% Açucares*”, que demonstra que uma colaboradora da MCH reportou à Bimbo Donuts o desvio dos PVP de cadeias de distribuição concorrentes (entre elas, Auchan, Leclerc e Minipreço) face ao alinhamento acordado do PVP de um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts.

1433. Perante este reporte e para lhe dar seguimento, veja-se o documento BakeryDonuts122, que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de agosto de 2010, sobre o assunto “*RE: correção pvp 0% açucares*”, que permite constatar que o colaborador da Bimbo Donuts pressiona a sua interlocutora na insígnia desviante Auchan para alinhar o PVP, tendo esta respondido que teria o “*PVP correto a partir de amanhã*”.
1434. Um outro episódio decorre do conteúdo do documento BakeryDonuts226, que consiste num *email* de 30 de outubro de 2012, sobre o assunto “*Shopping: Urgente (SONAE)*”, em que a uma *KAM* da Bimbo Donuts, tendo sido confrontada pela MCH com um *shopping* que detetava que várias lojas da Auchan e do Leclerc não estavam alinhadas com os PVP indicados pelo fornecedor, alerta os seus colaboradores para retificarem essas mesmas situações, fornecendo uma tabela com os PVP recomendados que deveriam estar a ser seguidos:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 30 de outubro de 2012 18:38

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Subject: Shopping: Urgente (SONAE)

Importance: High

Boa tarde a todos,

Preciso da vossa ajuda para conseguirmos rectificar algumas situações em anexo (Leclerc e Auchan).

Este shopping tem data de 22/10. À medida que vão resolvendo estas questões preciso também que me informem...

		PVP Rec
70	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,45
902	Pão de Forma 600g	1,59
76	Pão de Forma Hotelaria (1Kg)	2,99
74	Pão de Forma Integral (360g)	1,95
904	Pão de Forma sem Còdea 450g	1,99
347	Pão de Forma sem Còdea Integral (450g)	2,99
124	Pão de Forma sem Còdea Familiar (650g)	3,4
550	Pão de Forma 9 Cereais (360g)	1,95
930	Pão de Forma 0% Açucares (520g)	2,49
64	Burguer Sésamo (4)	1,39
60	Hot Dogs (6)	1,45

Obrigada,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1435. O documento MCH1140, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 2 e 4 de março de 2016, sobre o assunto “*RE: Panrico – Especial Torradas Com Codea*”, em que uma *KAM* da Bimbo Donuts reporta aos seus interlocutores na MCH que um dos seus produtos está com um determinado PVP, que se percebe não ser o PVP acordado para

alinhamento do mercado, tendo os colaboradores da MCH respondido que já estavam a tentar resolver o problema, comprometendo-se, por último, a ter a “*situação normalizada*” no dia seguinte:

From: [EMAIL SONAE]
Sent: sexta-feira, 4 de Março de 2016 18:31
To:
Cc:
Subject: RE: Panrico - Especial Torradas Com Codea

Boa tarde ,

A situação estará normalizada amanhã.



1436. Os documentos que integram a conversação n.º 122⁵²⁵, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida a 11 de março de 2016, sobre o assunto “*RE: Panrico Importante*”, em que a *KAM* da Bimbo Donuts alerta os seus interlocutores da MCH para um PVP, que constata não estar alinhado com o PVP de mercado, que consta na tarja de um produto do seu *portfolio*, comprometendo-se a MCH a regularizar a situação no dia seguinte.

1437. O documento BakeryDonuts266, que consiste numa troca de *emails* de 12 de maio de 2016, sobre o assunto “*FW: Reenc. Donuts Panrico*”, cujo conteúdo permite demonstrar que o colaborador da Bimbo Donuts pressiona os seus interlocutores na loja da Amadora da Auchan a reposicionar o PVP de um artigo do *portfolio* da Bimbo Donuts na referida loja, de acordo com o PVP praticado pela concorrência, solicitando que estes “*subam o donuts 4 (sirius 1870) para 1,29 (alinhado com ações da concorrência)*”, tendo os interlocutores da Auchan confirmado a alteração do PVP:

⁵²⁵ A conversação n.º 122 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1431, BakeryDonuts1432, BakeryDonuts1433 e BakeryDonuts1434.

De: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Data: 12/05/2016 17:52 (GMT+00:00)

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Assunto: RE: Donuts panrico

Boa tarde

Esta alterado

1438. Veja-se, igualmente, o documento BakeryDonuts1767, que consiste numa troca de *emails* de 21 de julho de 2016, sobre o assunto “FW: *Recolhas de Shopping*”, cujo conteúdo permite depreender que: (i) a MCH fez chegar à Bimbo Donuts uma tabela de *shopping* de PVP de um produto do *portfolio* do fornecedor, em cinco lojas da Auchan, o qual varia entre 1,79 € e 1,99 €; e (ii) minutos depois, é comunicado aos colaboradores da MCH, com conhecimento da KAM da Bimbo Donuts, que face aos PVP praticados pelas lojas concorrentes, o PVP do mesmo produto na MCH iria ser alterado no dia seguinte, a nível nacional para 1,91 € (PVP médio da Auchan), referindo-se que “[o] fornecedor já validou os valores enviados”.
1439. Os elementos de prova contantes do processo indiciam que um dos métodos mais simples e mais utilizados para solicitar ou confirmar a correção de desvios face aos PVP acordados (nos termos que decorrem dos factos que têm vindo a descrever-se no presente capítulo) passa pelo envio, sempre através do fornecedor, de talões de compra.
1440. Estes talões de compra servem como comprovativo de que um determinado PVP, de determinado produto, está efetivamente desviado do preço fixado ou já foi corrigido em determinado momento, por determinada empresa de distribuição.
1441. Os elementos probatórios juntos aos autos demonstram que o envio destes talões (ou de fotografias dos mesmos, que são enviadas com o mesmo propósito) ocorre com bastante frequência ao longo de todo o período temporal das condutas analisadas.
1442. O documento BakeryDonuts654, que consiste num *email* de 12 de agosto de 2005, sobre o assunto “PVP *Manhãzitos*”, permite demonstrar que: (i) a Auchan terá reportado à Bimbo Donuts um desvio no PVP praticado (pelo menos) pela MCH na venda do produto Manhãzitos Chocolate de 8 unidades; (ii) a Auchan respondeu a esse desvio, baixando o seu PVP do referido produto; (iii) a Bimbo Donuts terá confrontado a MCH

de modo a corrigir o PVP; (iv) a correção teve sucesso, o que levou a Bimbo Donuts a solicitar à Auchan que corrigisse o seu PVP, referindo que “[a] *Sonae já alterou o preço e envie o talão com o vosso conhecimento por fax!*”.

1443. Do mesmo dia, veja-se o documento BakeryDonuts642, que consiste numa troca de *emails*, sobre o assunto “*RE: PVP Donuts 4*”, cujo conteúdo permite constatar que: (i) a Auchan terá reportado à Bimbo Donuts um desvio da Pingo Doce face ao PVP acordado para o produto Donuts 4, o qual deveria ser 1,69 € e estaria a 1,55 €; (ii) consequentemente, a Auchan reagiu ao referido desvio, baixando também os seus PVP (iii) a Bimbo Donuts terá verificado os PVP efetivamente praticados pelo Pingo Doce, esclarecendo que “*o Donuts 4 está no PD a 1,69€, 1,55€ é o preço do Donuts Light!*”. Refere, ainda, que não poderá enviar talão comprovativo nesse dia, comprometendo-se a enviar na terça-feira seguinte, solicitando, em todo o caso, “*se puder subir o PVP já para amanhã agradeço!*”, ao que o colaborador da Auchan responde:

De: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Enviada: 12 de agosto de 2005 18:57

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

Assunto: RE: PVP Donuts 4

Já subi o pvp para amanhã...

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1444. Veja-se também o documento BakeryDonuts719, que consiste num *email* de 23 de junho de 2006 sobre o assunto “*PVP – Bollycao 4*”, cujo conteúdo demonstra que a Bimbo Donuts, mediante o envio de talão de compra, reporta ao seu ponto de contacto no Carrefour, a correção de PVP por parte da concorrência (em particular, da MCH) que estaria com um PVP desviado, incitando-a a, em face disto, alinhar os PVP para os preços médios de mercado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |
Sent: 23 de junho de 2006 15:01
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: PVP - Bollycao 4

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Vou enviar-lhe agora um talão com PVP de Bollycao 4 no Continente – o preço que estava desalinhado!

Alem disso envio tambem Manhãzitos que está na Sonae e Dia a 2,74€.

Pode alinhar estes PVP para os preços médios de mercado!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

1445. O documento BakeryDonuts793, que consiste numa troca de *emails* realizada a 25 de outubro de 2006, sobre o assunto “*RE: Panrico – Reunião*”, permite verificar que (i) algumas lojas do Dia estavam a praticar um PVP desalinhado; (ii) como resposta, o Feira Nova desalinhou também o seu PVP, “*abaixo do PVP de mercado*”; (iii) na referida data, a KAM da Bimbo Donuts informa a sua interlocutora no Feira Nova que o Dia já teria corrigido o seu PVP, referindo que “[*a*]cabei lhe enviar um talão de um Minipreço já corrigido”; (iv) face à correção do Dia, a KAM da Bimbo Donuts solicita que a sua interlocutora no Feira Nova reposicionasse o PVP do produto de acordo com a correção feita pelo Dia; (v) ao que a interlocutora do Feira Nova respondeu “[*v*]ou alinhar preços”.
1446. Também em 2006, veja-se o conteúdo do documento BakeryDonuts754, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 5 e 6 de dezembro, sobre o assunto “*RE: pvp*”, que permite mostrar que: (i) um colaborador do Dia reporta à KAM da Bimbo Donuts o PVP de um produto na loja da MCH das Antas, o qual se depreende estar desviado do PVP acordado; (ii) em resposta, a Bimbo Donuts informa que a MCH alinou os preços nesse dia e que provavelmente esse desvio se deverá a uma tarja mal colocada, garantindo, no entanto, que iria averiguar a situação, comprometendo-se a enviar no dia seguinte um “*talão correcto*”; (iii) no dia seguinte, a KAM da Bimbo Donuts confirma ao seu interlocutor no Dia:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 6 de dezembro de 2006 11:33
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: pvp

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Efectivamente o PVP do Continente das Antas está correcto. Enviei-lhe agora um talão a confirmar!

Cumprimentos
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Panrico - Produtos Alimentares
Dept Comercial

1447. O documento BakeryDonuts907, consiste numa troca de *emails* realizada entre 3 e 7 de agosto de 2007, sobre o assunto “*RE: Panrico – PVP Bolly 1*”, nos termos do qual se verifica que a Bimbo Donuts confronta a MCH com o facto de as lojas da Amadora e de Cascais não estarem alinhadas com os PVP recomendados. A *KAM* da Bimbo Donuts assume que o desvio se deve a uma reacção da MCH a um desalinhamento do referido PVP pela loja da Auchan de Cascais, confirmando que no dia seguinte o preço na loja “*estará corrigido*”. A interlocutora da MCH esclarece, contudo, que as lojas referidas estão a reagir à loja de Sintra do Feira Nova, ao que a *KAM* da Bimbo Donuts esclarece que o PVP nessa loja sempre esteve alinhado, enviando à MCH um talão comprovativo do PVP praticado pelo Feira Nova de Sintra, comprometendo-se a MCH a corrigir o desvio no dia seguinte:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 7 de Agosto de 2007 10:34
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Subject: RE: Panrico - PVP Bolly 1

OK

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Direcção Comercial Alimentar
Sonae Distribuição
Carnaxide
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 7 de Agosto de 2007 10:31
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais] **Identidade de Colaborador da Panrico:**
Subject: RE: Panrico - PVP Bolly 1

Aqui vai o talão de Sintra.
Alinha para amanhã?

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:

1448. O documento BakeryDonuts1253, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 26 e 27 de novembro de 2008, sobre o assunto “*RE: Panrico*”, permite perceber que (i) a Bimbo Donuts detetou que a loja da MCH de Gaia estava a praticar PVP desalinhados com a indicação de PVP acordada, tendo interpelado a sua interlocutora na referida insígnia para saber qual motivo do desvio; (ii) a colaboradora da MCH envia uma lista de *shopping* de PVP praticados por duas lojas do Jumbo e uma do Lidl, a qual se depreende que constata e reporte, também ela, desvios ao PVP acordado, motivo do desalinhamento levado a cabo pela loja da MCH de Gaia; (iii) a *KAM* da Bimbo Donuts assegura que vai averiguar o que se passa, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 27 de novembro de 2008 14:51
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Panrico

Boa tarde,

Leclerc Famalicão 2.69€ - talão anexo

Jumbo Matosinhos 1.98€ - fora de linha

Jumbo ARRABIDA 2.25€ - Bollycao 2,69; Dokyo 1,98 – corrigidos para amanhã

Jumbo Viseu 1.99€ - Bollycao 4 – 2,89 – talão anexo

Amanhã envio-lhe talões das correcções de Jumbo Arrabida.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

1449. Em anexo ao documento BakeryDonuts1253 constam as seguintes imagens, correspondentes aos talões enviados como comprovativo do alinhamento:





1450.No documento BakeryDonuts1086 que consiste numa troca de *emails* realizada entre 2 e 3 de julho de 2008, sobre o assunto “*RE: Shopping*”, enviado por um colaborador da MCH a um *NAM* da Bimbo Donuts, pode ler-se:

From: sona@sona.pt
Sent: quarta-feira, 2 de Julho de 2008 11:03
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1

Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Shopping
Importance: High

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Como vês no shopping enviado pela eu continuo a seguir o shopping da minha concorrência. Apenas o Jumbo de Faro baixou PVP a um patamar que nos impossibilita de comercializar o artigo com as condições actuais

Aguardo resposta urgente com uma solução.

Com os melhores cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Modelo Continente Hipermercados, SA
DC Alimentar - Mercearia
Gestor de Categoria – Pão e Afins
Ext: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

From:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 2 de Julho de 2008 10:16
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: Shopping

Bom dia,

Junto envio shopping recolhido ontem dia 01.07.2008

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assistente SPVP
Pão e Afins, Temperos, Mel e Doces
Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar - Mercearia
Tel:[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Fax

1451. Em resposta, a Bimbo Donuts confirma que “[a]inda hoje no máximo amanhã tenho Faro resolvido e já disse à [Confidencial – Dados Pessoais] que envio um talão a confirmar” (cf. documento BakeryDonuts1086).

1452. Não obstante a rapidez e prontidão do fornecedor na garantia de correção de uma das situações de não cumprimento de PVP acordados por insígnias concorrentes, o colaborador da MCH volta a frisar que existem mais situações problemáticas, referindo-se, em concreto, ao produto pão de forma sem còdea Panrico 450 gr, que a MCH aguarda “que corrijam esta situação pois são poucas lojas. No entanto não deixa de ser preocupante” (cf. documento BakeryDonuts1086).

1453. No documento BakeryDonuts181 que consiste num *email* de 7 de julho de 2011, sobre o assunto “*shopping donuts*”, enviado por um colaborador da Bimbo Donuts para o seu interlocutor na Auchan, pode ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 7 de julho de 2011 13:42

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: shopping donuts

Boa tarde Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Passei no Pingo doce para verificar o que se passava com o pvp dos donuts.

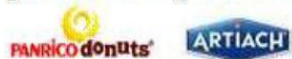
Na realidade o PVP está correcto, como pode verificar no recibo que envio em anexo.

O que se passava era que as etiquetas estavam erradas, por isso quando iam fazer shopping tiravam os pvps errados, mas esta situação já foi corrigida.

Agradeço que na sua loja faça a correcção desses pvps.

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:



1454. Em anexo ao documento BakeryDonuts181 consta a seguinte imagem:

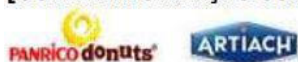


1455. O mesmo acontece no documento BakeryDonuts168, que consiste num *email* enviado a 22 de novembro de 2011, sobre o assunto “*pvp donuts bombom*”, para o mesmo interlocutor da Bimbo Donuts na Auchan, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 22 de novembro de 2011 13:41
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: pvp donuts bombom

Boa tarde Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Tal como lhe prometi fui ao Minipreço corrigir a etiqueta dos donuts. Em anexo envio cópia da factura com o pvp correto.
Desde já agradeço que faça a correcção na sua loja.

Cumprimentos,
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:



1456. Estes documentos demonstram o procedimento de reporte e correção de desvios aos PVP acordados e do papel dos talões enquanto comprovativos dessa correção.

1457.No documento BakeryDonuts121, que consiste numa troca de *emails* de 4 e 5 de novembro de 2014, sobre o assunto “*alteração de pvp’s*”, o colaborador da Bimbo Donuts envia um talão de compra comprovativo do PVP praticado pela loja de Coimbrões da Pingo Doce, resultando do mesmo que o PVP em causa foi corrigido após deteção de desvio pela Auchan, podendo ler-se:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

1458.De acordo com o conteúdo do documento BakeryDonuts121, este é o *modus operandi* recorrente, ou seja, a Bimbo Donuts reporta, mediante o envio de talões de compra, às empresas de distribuição (no caso, a Auchan), a correção por insígnias concorrentes (no caso, o Pingo Doce) do desvio relativo ao PVP recomendado.

1459.Face ao envio do talão comprovativo de reposicionamento de PVP, o colaborador da Auchan anui no reposicionamento ou correção do preço, respondendo:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1460. Outros elementos de prova constante do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever encontram-se integralmente descritos no Anexo 1 à presente Decisão.
1461. Face aos documentos descritos, cumpre destacar que estes mecanismos ilustram o papel de interdependência entre as empresas de distribuição visadas e entre estas e o fornecedor na promoção da fixação dos PVP.
1462. De facto, em resultado da monitorização, mal seja detetada a existência de desvios aos PVP pretendidos, a pressão exercida pelas empresas de distribuição sob o fornecedor e, sucessivamente, pelo fornecedor sob a(s) empresa(s) de distribuição desviante(s), resulta, efetivamente e na maioria dos casos, na correção do desvio, garantindo, por essa via, um realinhamento horizontal dos PVP no mercado⁵²⁶. Esta informação é, de seguida, transmitida pelo fornecedor, através de várias formas (como por exemplo, enviando talões de compra dos produtos em causa), à visada que detetou o desvio.

III.3.1.5.1 Pronúncia das Visadas

1463. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre a correção de desvios, as empresas de distribuição visadas contestam a interpretação e conclusões da AdC relativamente aos factos com a mesma linha de argumentação utilizada no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão, para a qual se remete⁵²⁷.
1464. A Bimbo Donuts reitera que os documentos, além de não indiciarem qualquer troca indireta de informação sensível entre concorrentes do tipo A-B-C, revelam a mudança de paradigma no mercado e uma ausência total de coordenação entre as empresas de distribuição (cf. documentos BakeryDonut226, BakeryDonuts222 e BakeryDonuts228).
1465. Relativamente a pedidos de correção de preços, a partir de 2010, a Bimbo Donuts alega que as referidas comunicações não evidenciam qualquer intervenção da visada na determinação dos preços de revenda praticados pelos concorrentes sinalizados,

⁵²⁶ Como já se demonstrou e em termos que se retomarão *infra*, nos casos em que a correção do desvio não é alcançada, as empresas de distribuição não desviantes, tipicamente, pedem condições comerciais ao fornecedor para poderem realinhar os respetivos PVP pelo preço desalinhado, sem perderem margem. O resultado final deste tipo de comportamento é, pois, equivalente: os PVP continuam alinhados no mercado de retalho, embora a um nível diferente do concertado inicialmente.

⁵²⁷ Cf. capítulos II.1.3. da PNI Auchan, II.F.d) da PNI MCH e III.5 da PNI Pingo Doce.

refletindo, muitas vezes, os documentos, um objetivo das empresas de distribuição de conseguir melhores condições comerciais (cf. documentos BakeryDonuts168, BakeryDonuts181, BakeryDonuts154)⁵²⁸.

1466. Segundo a visada, o documento BakeryDonuts121 surge no seguimento de uma ação promocional que decorreu entre 7 e 13 de outubro de 2014 e, além disso, trata-se de um pedido circunscrito a um determinado momento no tempo, para uma loja específica da Auchan, não tendo, por isso, qualquer expressão⁵²⁹.

1467. A Bimbo Donuts refere que, relativamente aos documentos BakeryDonuts85 e BakeryDonuts122, o que está verdadeiramente em causa é um *shopping* da MCH e um pedido de correção de um preço de revenda que têm por objeto um preço de lançamento e uma promoção de um produto novo financiado pela Bimbo Donuts⁵³⁰.

1468. A propósito da correção de desvios, a Auchan acrescenta que há uma contradição ideológica entre a existência de um acordo de fixação de PVP e a verificação permanente de desvios⁵³¹, e que as tentativas constantes da Bimbo Donuts de convencer a Auchan a reposicionar os PVP no nível recomendado (cf. conversaçãõ n.º54, BakeryDonuts122), não constitui evidência de um alinhamento ou plano de ação comum, mas, pelo contrário demonstram “*imprevisibilidade e independência do pricing das lojas Auchan, que não participavam em esquemas de cartelização de preços*” (cf. BakeryDonuts85, BakeryDonuts226, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1767)⁵³².

1469. A Auchan alega ainda que a troca de talões de compras como forma de comprovar a prática de determinado PVP não evidencia que o PVP tenha sido previamente acordado, nem é suficiente para afastar a possibilidade de o envio “*ser feito no contexto de negociações de condições comerciais, atendendo aos preços que são praticados pelos concorrentes*” (cf. documentos BakeryDonuts654, BakeryDonuts642, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts181, BakeryDonuts168, BakeryDonuts121)⁵³³.

⁵²⁸ Cf. capítulos V.2.B e V.3.C da PNI Bimbo Donuts.

⁵²⁹ Cf. capítulo V.3.C da PNI Bimbo Donuts.

⁵³⁰ Cf. capítulo V.2.A. da PNI Bimbo Donuts.

⁵³¹ Cf. capítulo II.1.3. da PNI Auchan, em particular, §390 e ss.

⁵³² *Idem*.

⁵³³ Cf. §497 e ss. da PNI Auchan.

1470. Relativamente aos *emails* que integram a conversação n.º 155, a Auchan alega desconhecer o contexto completo dos mesmos, referindo que se referem apenas a uma loja da Auchan, não podendo ser ignorado a política descentralizada de preços da visada, frisando, ainda, o facto de o *email* remontar a 2005, sendo manifesta a falta de continuidade no tempo de uma alegada prática⁵³⁴.
1471. Segundo a MCH, *“não deve gerar estranheza ou constituir prova de qualquer comportamento ilícito, a comprovação, através de talões de compras realmente efetuadas, de que uma dada situação de facto invocada por um distribuidor relativamente a preços de concorrentes, em sustentação de uma sua decisão de pricing, não corresponde à realidade ou já não corresponde à realidade”*, pelo que refuta que tais comunicações possam ser interpretadas como um mecanismo de deteção e correção de desvios no contexto de um alinhamento horizontal de preços⁵³⁵.
1472. Entende a MCH que, por um lado, o fornecedor procura *“manter-se informado sobre os PVPs a que os seus produtos são vendidos no mercado e persuadir os seus distribuidores/retalhistas a praticarem preços em linha com o que entende ser o posicionamento ideal de preço para os mesmos - o PVPR”* e, por outro, o distribuidor *“usa em regra os preços dos concorrentes como argumento negocial perante o fornecedor”*⁵³⁶.
1473. Refere a visada que *“a frequente resistência dos distribuidores à solicitação do fornecedor para que aqueles pratiquem PVPs idênticos aos PVPRs, bem como a habitual sujeição de qualquer modificação à condição prévia de que, com ela, o artigo não fique «descompetitivo» (...), revelam, afinal que os distribuidores fazem sistematicamente prevalecer a sua vontade de concorrer com os restantes, através de preços mais baixos sobre o intento de praticar um preço (mais elevado), mas que estaria mais de acordo com a perspectiva de posicionamento óptimo de preço que lhes foi transmitida pelo fornecedor”*⁵³⁷.

III.3.1.5.2 Apreciação da Autoridade

⁵³⁴ Cf. capítulo II.1.3. da PNI Auchan.

⁵³⁵ Cf. §521 da PNI MCH.

⁵³⁶ Cf. §514 e 515 da PNI MCH.

⁵³⁷ Cf. §523 da PNI MCH.

1474. Analisada a Pronúncia das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilícitude e na presente Decisão para demonstrar os comportamentos que se lhes imputam, a AdC tem de concluir pela improcedência da argumentação das visadas quanto à matéria de facto descrita no capítulo sobre a correção de desvios, pelas razões a seguir indicadas.
1475. À semelhança do capítulo anterior, relativo ao controlo e à monitorização dos PVP, as visadas alegam existir um substrato perfeitamente legítimo e lícito para os referidos comportamentos e que a sinalização de desvios evidenciada nas comunicações descritas na presente Decisão não constitui prova de uma concertação (prévia) de PVP.
1476. Segundo as visadas, a sinalização de desvios face a determinado posicionamento de PVP serve apenas para o fornecedor recordar às insígnias o posicionamento recomendado e/ou para as empresas de distribuição visadas sustentarem a reivindicação de melhores condições financeiras perante o fornecedor.
1477. Mais uma vez, embora não se conteste que, em abstrato e, por vezes, em simultâneo, possam coexistir objetivos legítimos e lícitos para os comportamentos acima descritos, a AdC identifica, com base na prova, nos mesmos comportamentos, evidências inequívocas, que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a sustentação clara da existência de uma prática restritiva da concorrência (conforme *infra* qualificada, na parte do Direito).
1478. É oportuno recordar que, no capítulo anterior da presente Decisão, a AdC concluiu que fornecedor e insígnias utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP para coadjuvar a implementação do plano conjunto de alinhamento e que ambas as partes, fornecedor e insígnias, recorrem aos resultados das ações de controlo e monitorização para sinalizar desvios que necessitam de correção, em termos de valor e calendário de implementação.
1479. Ora, as comunicações descritas e referidas neste capítulo, relativo à correção de desvios, vão mais longe, evidenciando que as visadas adotam comportamentos concretos em reação aos desvios detetados para assegurar a sua correção e o (re)alinhamento com os PVP concertados.

1480. Recorde-se, então, o teor da prova⁵³⁸:

1481. A conversação n.º 54:

[Bimbo Donuts] – *“ao que sei, o Pão S/Codea 450Gr está neste momento com um PVP abaixo do alinhamento sugerido no início do mês.*

Peço que este PVP seja de novo alinhado para o valor inicial, já que todas as cadeias o têm assim!

512493 - Pão S/Codea 450Gr - 1,99€

[Auchan] – *“confirmo”*

1482. O documento BakeryDonuts642, que consiste num *email* da Bimbo Donuts para a Auchan:

[Bimbo Donuts] – *“de acordo com o vendedor, o Donuts 4 está no PD a 1,69€.*

1,55€ é o preço do Donuts Light!

Não tenho forma de lhe fazer chegar um talão de compra hoje, mas na 3ªfeira envio-lhe um! De qualquer forma, se puder subir o PVP já para amanhã agradeço.”

[Auchan] – *“Já subi o pvp para amanhã...”*

1483. O documento BakeryDonuts1207, enviado por um *NAM* da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na Intermarché⁵³⁹:

⁵³⁸ Remetendo-se, desde logo, para a análise efetuada *supra*, no início do respetivo capítulo, para uma descrição e análise detalhadas da prova, que, por razões de eficiência, não serão aqui integralmente repetidas nos parágrafos que se seguem, em resposta às pronúncias das visadas.

⁵³⁹ Sem prejuízo de a insígnia ITMP não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: sexta-feira, 17 de Julho de 2009 16:55

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: pvp's

	P tabela	Auchan	Sonae	PVP's
	C/IVA			Recomendados
Chiquilin 175 g.	[0-2]	1,19	1,19	1,19
Chiquilin Choco- Leche	[0-2]	1,89	1,89	1,89
Chiquilin Dos Chocolates	[0-2]	1,89	1,89	1,89
Chiquilin Energy 16 x 250	[2-5]	2,18	2,18	2,33
Digesta	[0-2]	1,23	1,54	1,54
Filipinos 150 g. Choco Blanco	[0-2]	1,19	1,29	1,39
Filipinos 150 g. Choco Negro	[0-2]	1,19	1,29	1,39
Filipinos 150 g. Choco Leche	[0-2]	1,19	1,29	1,39
Filipinos 150 g. Caramelo				
Buracos Filipinos Chocolate	[2-5]	2,79	2,79	2,79
Buracos FilipinosChoc.Blanco	[2-5]	2,79	2,79	2,79

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Como podes ver não temos um problema assim tão grave de pvp's. De qualquer forma comprometo-me até ao dia 30 de Julho a subir os preços que não estão correctos.

Diz-me qualquer coisa na 2ª feira sf.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

1484. O documento BakeryDonuts900, que consiste no envio, por um KA da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na loja Leclerc⁵⁴⁰, dos PVP praticados por essa loja, após visita do KA:

[Bimbo Donuts] – “Volto a pedir que para amanhã já tenha os preços correctos. **É muito importante pois está a prejudicar muito o alinhamento.** A loja não está sequer a responder a shopping já que tem vários artigos com preços mais baixos do que as outras lojas, e outros mais altos” (destaque do próprio documento).

1485. No dia seguinte, a KAM da Bimbo Donuts reforça o pedido feito pelo seu colaborador:

[Bimbo Donuts] – “Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

⁵⁴⁰ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

Serve este mail apenas para reforçar o pedido feito pelo [Confidencial – Dados Pessoais].

Temos o mercado alinhado. O esforço que estamos a fazer é dantesco e todos temos a ganhar com isto.

Peço mais uma vez a sua colaboração já que toda a sua concorrência já alinhou!

1486. O documento BakeryDonuts228, de 11 de janeiro de 2012, nos termos do qual uma KAM da Bimbo Donuts alerta os seus colaboradores para desvios⁵⁴¹ a PVP designados de “recomendados”, no entanto refere que os PVP que se encontrem desviados desses PVP recomendados “*devem ser alterados o quanto antes*”. A KAM refere ainda que irá solicitar à Central da Auchan a retificação de três situações de desvio. Por fim, de notar ainda a necessidade de correção do PVP do produto bollycao clássico na loja do Jumbo de Alfragide, face à necessidade de envio do respetivo talão (corrigido e alinhado) para a Pingo Doce:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 11 de janeiro de 2012 15:34
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Urgente - Shopping Auchan: rectificar

Boa Tarde,

Vou enviar mail para a central (Auchan) a pedir para rectificarem estas 3 situações a partir de dia 13 Janeiro.

Agradeço que confirmem com as restantes lojas Leclerc e Dia% MP se estes PVP estão correctos. Os que estiverem fora dos PVP recomendados da Panrico devem ser alterados o quanto antes.

Bollycao 4 – 3,15€
Glace 6 – 3,15€
Berlim Creme – 2,29€

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]= preciso que me confirmes o quanto antes qual o pvp do Bollycao Clássico de 1 e de 4 no Jumbo de Alfragide. Vou precisar de talão para o PD (o [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: falou-me em 0,77€ bollycao clássico unitário).

⁵⁴¹ Os quais foram identificados através de uma tabela comparativa de preços da MCH, cf. §303 PNI Bimbo Donuts

Descrição Artigo	Concorrente	Data Recolha	Preço	Column1
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	JUMBO AMADORA	10-01-2012	2,48	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: 593]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	JUMBO GONDOMAR	10-01-2012	2,48	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OGA]

1

BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	PÃO AÇUCAR GUARDA	10-01-2012	2,48	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OGA]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	JUMBO PORTIMÃO	10-01-2012	2,49	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OJA]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	LECLERC- CALDAS	10-01-2012	2,56	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: RME]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	LECLERC LOUSADA	10-01-2012	2,56	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OJA]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	LECLERC SANTARÉM	10-01-2012	2,56	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OJA]
BOLOS BOLLICAO PANRICO 4*67GR	LECLERC-FEIRA	10-01-2012	2,56	[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: OJA]

1487. O documento *supra* analisado demonstra com muita clareza não estar em causa tão-somente recordar um posicionamento recomendado ou a reivindicação de melhores condições comerciais. Está em causa a deteção e correção de desvios e a comprovação, junto de empresas de distribuição concorrentes, dessa correção.

1488. Conforme se demonstrará *infra*, nos parágrafos 2041 e seguintes da presente Decisão, a referência à necessidade de envio de um talão à Pingo Doce demonstra que estes são utilizados com o intuito de atestar um determinado cumprimento do posicionamento de PVP ou a sua correção.

1489. Também da leitura do documento BakeryDonuts226 não se retira qualquer “necessidade de sensibilizar os clientes para a inevitável perda de margem associada à prática de preços de revenda muito abaixo dos PVP recomendados”⁵⁴². O que o documento demonstra é o processo de reposicionamento de PVP no mercado a funcionar: i.e. a MCH sinaliza os desvios ao “PVPRec” que, na realidade, se traduzem em verdadeiros PVP, ou PVP fixos e/ou mínimos, os quais não estão a ser seguidos por algumas empresas de distribuição concorrentes. Perante estes desvios, a KAM da Bimbo Donuts alerta os seus colaboradores para a necessidade de “consequirmos rectificar algumas situações em anexo (Leclerc e Auchan)”, solicitando ainda que “[à] medida que vão resolvendo estas questões preciso também que me informem...”.

⁵⁴² Cf. §303 da PNI Bimbo Donuts.

1490. Quanto ao documento BakeryDonuts221, analisado no parágrafo 1265 *supra*, não pode colher o argumento da Bimbo Donuts quando alega que do referido documento se retira a necessidade de sensibilizar as insígnias desviantes “*para o facto de estarem com margens negativas*”⁵⁴³, uma vez que da respetiva leitura se constata que, após o envio de uma tabela de *shopping* pela MCH, são sinalizados desvios dos “PVPConc”(orrentes), alertando a *KAM* para a necessidade de uma “*intervenção imediata, não me obriguem a ter que andar atrás de vocês para resolverem este assunto!!! É urgente. 0,89*”. Ora, 0,89€ era o PVP pretendido para o produto em causa, encontrando-se as insígnias desviantes a praticar um PVP inferior.

1491. Da leitura dos documentos BakeryDonuts222 e BakeryDonuts230 resulta igualmente a existência de um procedimento interno a ser seguido quando a Bimbo Donuts toma conhecimento da existência de desvios (por baixo) por parte de empresas de distribuição face às recomendações. Nestas situações há que “*resolver as situações*”, sendo necessária uma “*intervenção rápida*”. Repare-se que o desvio e a correção, que ocorrem quando empresas de distribuição praticam um PVP abaixo do PVPR da Bimbo Donuts, são qualificados como situações que devem ser “*resolvidas*”, não havendo intenção de deixar as empresas de distribuição competir entre si se tal resultar na prática de um PVP mais baixo (veja-se, no documento BakeryDonuts230, a frustração da *KAM* da Bimbo Donuts ao referir: “*Não podemos estar constantemente com as lojas Auchan neste estado....*”).

1492. Finalmente, não obstante as referências, nos documentos mencionados, a uma perda de margem (ou margem negativa) por parte das empresas desviantes, a Autoridade relembra que as obrigações legais resultantes do regime das PIRC não excluem a margem de liberdade das empresas de distribuição de determinarem autonomamente os seus próprios PVP, sem estarem condicionadas pelo preço definido pelo fornecedor.

1493. Destarte, o que está verdadeiramente em causa nos documentos BakeryDonuts228, BakeryDonuts226, BakeryDonuts221, BakeryDonuts222 e BakeryDonuts230 é a identificação e a promoção da correção e respetivo realinhamento de PVP.

⁵⁴³ Cf. §321 da PNI Bimbo Donuts.

1494. O documento BakeryDonuts121, que consiste num *email* da Bimbo Donuts para a Auchan:

From:
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

1495. Da leitura do referido documento compreende-se o procedimento que é, de facto, espoletado quando da deteção de desvios ao PVP a praticar, de modo a cumprir o objetivo comum, o respetivo alinhamento: (i) a Auchan, através do seu *shopping*, detetou um desvio no PVP praticado pela loja da Pingo Doce de Coimbrões; (ii) enviou esse *shopping* ao fornecedor, alertando-o do desvio; (iii) o fornecedor terá intercedido junto da Pingo Doce, uma vez que, já em resposta à Auchan afirma que envia “*um talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping[o] Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping. Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€*”.

1496. Ora, a utilização da expressão “*já*” demonstra que, quando confrontada com o desvio no PVP, a referida loja da Pingo Doce, corrigiu o valor do mesmo para o PVP do alinhamento. Face a esta correção e à reposição do alinhamento, o KA da Bimbo Donuts, solicita, então, ao seu interlocutor na Auchan que este corrija os seus PVP. Pedido esse atendido pela Auchan, que respondeu “[*o*]s Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11”.

1497. Veja-se, também, o documento BakeryDonuts1773, de 16 de janeiro de 2017, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts), nos termos do qual a *NAM* da Bimbo alerta a *KAM* para a necessidade urgente de falar com MCH, que teria baixado o PVP dos produtos manhãzitos, ao que a *KAM* responde, esclarecendo que falou com MCH, que confirmou que no dia seguinte estaria em vigor o “*preço correto*”:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Sent: 16 de janeiro de 2017 17:24

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Subject: RE: Sonae Preço MZT - urgente

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Falei com a . Não me conseguiu explicar o que se passou com a alteração de 6ª feira, mas confirmou que amanhã estará o preço correto: 3,99€ com [50-60]% no folheto

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Departamento Comercial

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:



Bakery Donuts Portugal, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Sent: segunda-feira, 16 de janeiro de 2017 11:40

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Subject: Sonae Preço MZT - urgente

Importance: High

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Fala com a Sonae sobre o preço dos Manhãzitos, é muito urgente, eles na 6ªfeira baixaram para 3,65. O PVP Rec na sonae é de 3,99

Produto: 2722439 - 20251 - Manhãzitos Bollycao CC 8, PVP: 3.65 €

Produto: 2823116 - 20253 - Manhãzitos Bollycao Leite 8, PVP: 3.65 €

Produto: 20597 - Manhãzitos Yogo Fruit 8, PVP: 3.65 €, PVP: 3.65 €

Obg,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:

Departamento Comercial

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:



Bakery Donuts Portugal, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

1498. Concluindo, a prova que resulta das comunicações que acabam de recordar-se demonstra com muita clareza que não está em causa tão-somente recordar um posicionamento recomendado ou a reivindicação de melhores condições comerciais.

1499. O que está verdadeiramente em causa é identificar e corrigir PVP que estão “mal” ou desviados face a um posicionamento de PVP pré-fixado entre as insígnias, por via do fornecedor, evitando reações adversas das insígnias concorrentes e destabilização do mercado (cf. documentos BakeryDonuts711, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts226, BakeryDonuts85, BakeryDonuts719, BakeryDonuts642, BakeryDonuts266,

BakeryDonuts181, BakeryDonuts228, BakeryDonuts670, BakeryDonuts783,
BakeryDonuts793, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts14, BakeryDonuts1086,
BakeryDonuts1092, BakeryDonuts167, BakeryDonuts717, BakeryDonuts900,
BakeryDonuts907, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts267, BakeryDonuts1082,
BakeryDonuts893, BakeryDonuts121, BakeryDonuts669, BakeryDonuts654, MCH1133
e conversações n.º 54 e n.º 156).

1500. Há referências expressas na prova ao facto de o objetivo da correção aos desvios ser, efetivamente, evitar reações adversas das insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts717, BakeryDonuts785 e BakeryDonuts900).

1501. Neste sentido, recorde-se o teor do documento BakeryDonuts900, enviado a um colaborador do Leclerc⁵⁴⁴:

⁵⁴⁴ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 5 de fevereiro de 2007 18:08
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Panrico - PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Serve este mail apenas para reforçar o pedido feito pelo [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
 Temos o mercado alinhado. O esforço que estamos a fazer é dantesco e todos temos a ganhar com isto.

Peço mais uma vez a sua colaboração já que toda a sua concorrência já alinhou!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
 Panrico - Produtos Alimentares
 Dept Comercial

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: segunda-feira, 5 de Fevereiro de 2007 21:51
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Panrico - PVP

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Estive hoje na loja e verifiquei que continua com os preços errados. Volto a pedir que para amanhã já tenha os preços correctos. **É muito importante pois está a prejudicar muito o alinhamento.** A loja não está sequer a responder a shopping já que tem vários artigos com preços mais baixos do que as outras lojas, e outros mais altos. Amanhã volto a ligar-lhe. Boa noite e seja bonzinho no espaço que nos dá na feira, se tiver algum espaço a mais do que o que combinamos nós agradecemos.

referência	PVP	EAN
DONUTS GLACE 4 -	1,89	560102700049
DONUTS CREAM CHOC 2 -	0,99	8410022008137
DONUTS AMER.CHOC 2 -	0,99	8410022001125
MINI DONUTS 5 -	1,89	8410022105805
DONUTS BERLIM 4 -	1,99	5601027004245
DONUTS BERLIM CREME 4 -	2,09	5601027004283
DONUTS 4 LINEA -	1,99	5601027005044
DONETTE CHOC.(6) -	1,19	5601027000162
BOLLYCAO BALANCE 1 -	0,69	8410022013445
BOLLYCAO (4) -	2,59	5601027000216
BOLLYCAO LEITE 4 -	2,59	8410022011540
MINIBOLLYCAO -	0,99	8410022010888
MANHÃZITOS PACK 8 -	2,99	8410022013339
TRAVES.CHOC PACK 3 -	1,39	5601027000384
MINIBOLLYCAO CROISS.	0,99	8410022013155
FRANKFURTS (6) -	1,39	5601027000605
BURGUERS SESAMO (4) -	1,29	5601027000643
PAO PEQUENO -	1,29	5601027000728
PAO SANDWICH -	1,49	5601027000704
PAO INTEGRAL 360 G	1,49	5601027000766

1

P BRANCO C/FIB SICÓD-	2,49	5601027000957
PANRICO SICOD ENRIQ.-	2,49	8410022013292
PANR LINEA SICOD 450-	2,49	5601027003620
PÃO LINEA INT 520G -	2,29	5601027003637
PANRI SICODEA BRANCO -	1,89	5601027001213

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1502. Da leitura do documento constata-se a afirmação pela Bimbo Donuts de que “*temos todos a ganhar com isto*”; “*temos o mercado alinhado*”; “*toda a concorrência já alinhou*” e a incitação ao alinhamento desta empresa, em consonância com a concorrência.
1503. A prova demonstra que este procedimento para a correção de PVP é desencadeado pelas próprias insígnias, que pressionam o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal” ou desviados (cf. documentos BakeryDonuts756, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts181, BakeryDonuts754, BakeryDonuts1065, MCH1133, BakeryDonuts121, BakeryDonuts85, BakeryDonuts1086 e conversações n.º 155 e 156).
1504. A prova demonstra também que o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a correção (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts617, BakeryDonuts757, BakeryDonuts744, BakeryDonuts739, BakeryDonuts638, BakeryDonuts733, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts85, BakeryDonuts168, BakeryDonuts125, BakeryDonuts828, BakeryDonuts181, BakeryDonuts754, BakeryDonuts14, BakeryDonuts654, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts670, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts719, BakeryDonuts793, MCH1120 e MCH1133 e conversação n.º 156).
1505. A AdC forma, assim, a sua convicção sobre o facto de os comportamentos das empresas de distribuição visadas descritos no presente capítulo revelarem o seu compromisso com o objetivo comum de alinhamento e subida conjunta dos PVP de mercado e que o seu assentimento aos PVP pré-fixados é dado de forma livre, espontânea e esclarecida.
1506. Na verdade, o facto de a iniciativa partir, por vezes, das próprias insígnias revela que, de facto, não há uma verdadeira imposição ou fixação de PVP pela Bimbo Donuts (contra ou independentemente da vontade destas); o que existe é um objetivo comum para a realização do qual todas as empresas participantes, fornecedor e empresas de distribuição visadas, contribuem, adotando comportamentos de forma livre, espontânea e esclarecida.

1507. Este compromisso decorre, por um lado, do facto de as insígnias sinalizarem desvios e solicitarem ao fornecedor que garanta a sua correção e, por outro lado, do facto de as insígnias desviantes anuírem ao pedido de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condições (cf. documentos BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts601, BakeryDonuts739, BakeryDonuts711, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts125, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts907, BakeryDonuts266, BakeryDonuts122 conversação n.º 156).
1508. Cumpre também referir que, por vezes, quando as diligências para o controlo e a correção dos desvios não são bem-sucedidas, as empresas de distribuição visadas pressionam o fornecedor para a obtenção de condições comerciais que lhes permitam (re)alinhar o PVP com a concorrência, no nível desviado, sem perda de margem (cf. BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts85, BakeryDonuts987).
1509. Sobre o argumento apresentado pela Auchan de que alguns *emails* descritos demonstram que as insígnias permanecem desviadas, mesmo após a interpelação da Bimbo Donuts para reposicionar, cumpre referir que os documentos BakeryDonuts122, BakeryDonuts85, BakeryDonuts226, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1767 e conversação n.º54, identificados pela visada para fundamentar esta posição, não demonstram o que essa visada alega, sendo, na verdade, inconclusivos a esse respeito, permitindo apenas concluir que o procedimento para a correção dos desvios está efetivamente em marcha.
1510. No entanto, cumpre salientar que mesmo que existisse prova irrefutável de casos em que as insígnias permanecem desviadas, também há prova irrefutável de que há casos em que as insígnias desviantes corrigiram efetivamente o posicionamento ou indicaram a data em que o iriam fazer (cf. documentos BakeryDonuts711, BakeryDonuts719, BakeryDonuts122, BakeryDonuts266, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts907, BakeryDonuts654, MCH1133, MCH1140 e conversações n.º 54 e n.º 156).
1511. Para além disso, há prova de que as insígnias que detetam e sinalizam os desvios corrigem o posicionamento quando recebem informação, via fornecedor, de que os PVP

da concorrência que estavam “mal” foram corrigidos, consumando-se, assim, o alinhamento horizontal de PVP de mercado e reforçando-se o compromisso das empresas de distribuição visadas com o objetivo comum – i.e. o alinhamento (cf. documentos BakeryDonuts642, BakeryDonuts121, BakeryDonuts125, BakeryDonuts617, BakeryDouts907).

1512. Facto é que o plano comum de alinhamento de mercado é muitas vezes alcançado (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts118 e conversação n.º 8).

1513. Não há, portanto, dúvidas de que toda a matéria de facto descrita no presente capítulo e no capítulo precedente da presente Decisão contribui de forma séria, precisa e concordante para a constatação da existência de uma concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas, por via do fornecedor, e do constante acompanhamento de umas e de outro no sentido de deteção e correção de desvios a essa concertação.

1514. A esse respeito, cumpre à AdC, por fim, esclarecer que não há nenhuma contradição lógica entre a existência de uma fixação conjunta de PVP e a verificação de um permanente jogo de alinhamentos e desvios, e correção de desvios.

1515. Esta circunstância é, aliás, um reflexo evidente daquilo que a MCH designa de “ambivalência genética”, característica do mercado de retalho alimentar em Portugal (cf. parágrafo 871 da presente Decisão).

1516. Como exposto em capítulos precedentes, os *players* neste mercado vêm-se na circunstância de terem de defender interesses próprios, por vezes, conflitantes com os interesses dos demais, ao mesmo tempo que precisam de defender um interesse comum a todos, que só será possível mediante a implementação de uma estratégia conjunta de alinhamento (essencialmente para a subida) dos PVP de mercado⁵⁴⁵.

1517. Sucede que esta “ambivalência genética” pode explicar a existência do tal jogo de alinhamentos e desvios, mas não pode refutar a materialidade dos comportamentos

⁵⁴⁵ Cf. capítulos III.2.6 e III.3.1.2 da presente Decisão.

descritos na presente Decisão, tão-pouco contrariar o que a prova permite formar a seu respeito.

1518.A prática existe. Os interesses próprios das empresas visadas não foram suficientemente persistentes ou relevantes para que aquelas não adotassem as condutas e causa.

1519.Concluindo, a prova demonstra que há fatores alheios à concertação e ao alinhamento de vontades entre insígnias que motivam desvios aos PVP previamente concertados, que coexistem com a concertação e que, embora tenham o efeito de demorar ou interromper o reposicionamento e o alinhamento dos PVP no mercado, não o eliminam.

1520.Nas palavras da visada Auchan “[a] existência de um acordo caracteriza-se pela verificação de uma concordância de vontades que se manifesta pelo paralelismo de comportamentos, sendo possível a existência de desvios em situações concretas, em que um dos membros desse cartel pretende captar clientela, alcançar determinado mercado, etc.”⁵⁴⁶.

1521.Por último, a este propósito, deve recordar-se que é natural – e lógico – que a prova seja mais abundante no que respeita a situações de correção de desvios (já que é o desvio que motiva o reporte e o pedido de intervenção) e menos abundante no que respeita a puras situações em que todos os agentes económicos estejam a cumprir o alinhamento (já que, nesse caso, inexistente qualquer situação a reportar, já que tudo está a funcionar de acordo com o inicialmente concertado entre as visadas).

1522.Ou seja, em teoria, ainda que as situações de desvios (que, como se referiu, depois são corrigidos, para reposição do alinhamento) fossem mais abundantes na prova, tal nada permite incluir quanto à sua maior frequência do que as situações de cumprimento do alinhamento *ab initio*, já que estas não precisam de ser sinalizadas junto das visadas, pois nada há a fazer em relação às mesmas no contexto do comportamento concertado.

1523.Sobre o argumento da Bimbo Donuts de que os documentos BakeryDonuts181 e BakeryDonuts168 não demonstram a sua intervenção no PVP das insígnias desviantes,

⁵⁴⁶ Cf. §767 da PNI Auchan.

cumprir referir que o mesmo não poderá bastar para afastar o comportamento ilícito em causa.

1524. Na verdade, da leitura do documento BakeryDonuts181, melhor descrito nos parágrafos 1453 e 1454 *supra*, retira-se que o representante de vendas da Bimbo Donuts se terá deslocado a uma loja da Pingo Doce “*para verificar que se passava com o pvp dos donuts*”. Ora, em primeiro lugar pode depreender-se que o seu interlocutor na Auchan lhe terá sinalizado que algo “se passava” com os PVP dos donuts na Pingo Doce, sendo esse algo um PVP “incorreto”.

1525. O representante de vendas da Bimbo Donuts esclarece, então, que “*[n]a realidade o PVP está correcto, como pode verificar no recibo que envio em anexo. O que se passava era que as etiquetas estavam erradas, por isso quando iam fazer shopping tiravam os pvps errados, mas esta situação já foi corrigida*”.

1526. Constata-se, assim, que na situação em análise a Bimbo Donuts não interveio na correção do PVP, até porque não havia qualquer correção a ter lugar, o PVP praticado pelo Pingo Doce era o “*correcto*”. O pedido de intervenção surge, sim, no PVP praticado pela Auchan que, face ao suposto desvio da Pingo Doce, teria alterado também o seu PVP, solicitando, assim o representante de vendas da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na loja Auchan: “*[a]gradeço que na sua loja faça a correção desses pvps*”.

1527. Destarte, constata-se efetivamente e ao contrário do alegado pela visada, a atuação da Bimbo Donuts junto das insígnias, incitando-as a praticar o PVP “*correcto*”, corrigindo os desvios.

1528. Nos termos do documento BakeryDonuts168, o representante de vendas da Bimbo Donuts afirma ao seu ponto de contacto na Auchan:

[Bimbo Donuts] – “*Tal como lhe prometi fui ao Minipreço corrigir a etiqueta dos donuts. Em anexo envio cópia da factura com o pvp correcto*”.

1529. Em anexo ao referido *email* consta uma fatura da compra do referido produto na insígnia Minipreço. Ora, da leitura do *email* não se retira que a Bimbo Donuts não teve uma intervenção do “*PVP correcto*”, pois, ao contrário do documento BakeryDonuts181, não é referido que o erro fosse somente da etiqueta do produto. Não obstante, também da leitura deste documento se constata a intervenção, subsequente, na determinação do PVP da Auchan, que teria, mais uma vez, respondido ao desvio da Minipreço, pedindo

o representante de vendas ao seu ponto de contacto na loja Auchan: “*Desde já agradeço que faça a correcção na sua loja*”.

1530. Relativamente ao documento BakeryDonuts154, que consiste numa troca de *emails* entre a Bimbo Donuts e o Leclerc⁵⁴⁷, entre os dias 26 e 27 de novembro de 2014, sobre o assunto “*RE: correcção pvps*”, veja-se que o KA da Bimbo Donuts envia uma lista de produtos ao seu interlocutor no Leclerc, com indicação dos respetivos preços, referindo “[*d*]esde já agradeço a sua correcção”.

1531. Em resposta, o interlocutor na insígnia Leclerc alerta o KA da Bimbo Donuts para um desvio no PVP referente a um produto:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 26 de Novembro de 2014 20:05
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: correcção pvps

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Veja o que se passa com o artigo 347-pão forma sem cõdea integral 450 gr., pois a concorrência não está a praticar o pvp de 3.15€.

Pingo doce: 2.83€
Continente: 2.39€

Não conseguimos alinhar o artigo pelo continente, ficamos com uma margem de –[20-10] %.

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1532. Eo KA da Bimbo Donuts refere, em resposta, que os PVP indicados se devem a um erro de *shopping*, enviando os respetivos talões de compra nas insígnias aparentemente desviantes, constatando-se que o PVP praticado pela loja da MCH e da Pingo Doce, para esse produto é de 2,99€, pelo que o KA solicita ao seu ponto de contacto no Leclerc: “[*p*]eço-lhe que coloque também a 2,99€”.

1533. Ora, não obstante a Bimbo Donuts afirmar que este documento demonstra (i) que a Bimbo Donuts não interveio no PVP praticado pela MCH e pela Pingo Doce e que (ii)

⁵⁴⁷ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

como pano de fundo se encontra um pedido de melhores condições comerciais para o Leclerc, não é isso que resulta da sua leitura.

1534. Com efeito, resulta do elemento probatório em causa que esta troca de mensagem tem um carácter informativo, em que cada parte sabe exatamente o procedimento a seguir com a informação que lhe está a ser transmitida: (i) a Bimbo Donuts solicita a correção de PVP praticados pelo Leclerc, com vista a promover o respetivo alinhamento no mercado; (ii) a empresa de distribuição sinaliza à Bimbo Donuts um desvio detetado na sua concorrência, pedindo que *“veja o que se passa”*, referindo ainda que *“não conseguimos alinhar o artigo pelo continente, ficamos com uma margem de $-[20-10]$ %*; (iii) a Bimbo Donuts responde, informando que o PVP praticado pelas insígnias sinalizadas não era o indicado pelo Leclerc e solicita que esta insígnia acompanhe o PVP praticado pelas mesmas.

1535. Assim, encontra-se demonstrado que a troca de informação sob análise não passa pela negociação de melhores condições comerciais para o distribuidor, não existindo argumentos trocados neste sentido. O Leclerc refere, sim, que não conseguiria acompanhar o PVP, supostamente desviado, praticado pela MCH, ficando com uma margem negativa, mas a Bimbo Donuts não responde a tal comentário, simplesmente refere qual o PVP efetivamente praticado, solicitando que a empresa de distribuição o acompanhasse.

1536. Relativamente ao documento BakeryDonuts122, de 6 de agosto de 2010, sobre o assunto *“RE: correção pvp 0% açucares”*, constata-se que o KA da Bimbo Donuts alerta o seu ponto de contacto numa loja Auchan para o facto de ainda estar a praticar o PVP de lançamento para o pão 0% açúcares, referindo *“por isso agradeço a correcção do respectivo pvp”*, indicando para o efeito o PVP recomendado, ao que a colaboradora da Auchan responde: *“PVP correto a partir de amanhã”*.

1537. Destarte, mais uma vez se compreende que o PVP recomendado não é uma recomendação mas uma verdadeira fixação do PVP a cumprir (o *“PVP correto”*), constatando-se a opção de envolver o fornecedor no exercício de definição dos PVP da Auchan.

1538. E mesmo que estivesse aqui em causa o risco de uma eventual venda abaixo de custo (o que não aparenta ser o caso), relembra-se que as obrigações legais resultantes

desse regime não excluem a margem de liberdade – e a própria obrigatoriedade, ao abrigo do regime jurídico da concorrência – das empresas de distribuição visadas de determinarem autonomamente os seus próprios PVP, sem nesse ato estarem condicionadas pelo alinhamento das suas concorrentes e sem terem todas de se alinhar pelo preço definido pelo fornecedor.

1539. E veja-se que esse era, de facto, o PVP que deveria ser cumprido pelas empresas de distribuição, tal como dias antes é referido pela MCH, nos termos do documento BakeryDonuts85, de 28 de julho de 2010, ao afirmar que o produto mencionado “*deveria estar a um PVP de €2,39, mas no entanto, toda a concorrência desde Jumbos a Leclerc’s a Mini-preços, para estar a €1,99!!! É só uma diferença de 17%!*”:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 15:03
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Boa Tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Estive a confirmar os preços nas lojas e tive oportunidade de verificar:

Minipreço »» 2,34€
Lidl »» 2,39
PD »» 2,39

Em relação aos Auchan’s e aos Leclerc’s os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp’s. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido.

Obrigado,

Atentamente,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 28 de Julho de 2010 11:34
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: URGENTE - FOLHETO FRESCOS 24

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:].

É a minha vez de chatear com preços! Estou-vos a oferecer um folheto no Frescos 24 com o produto abaixo mencionado, que deveria estar a um PVP de € 2,39, mas no entanto, toda a concorrência, desde Jumbos a Leclerc’s a Mini-preços, parece estar a € 1,99!!! É só uma diferença de 17%!!!

4487091PAO FORMA 0% AÇUCARES PANRICO 520 GR

Caso não obtenha um promocional que cubra a minha diferença, este produto corre sérios riscos de ficar suspenso. Ainda agora entrou e já serve para agravar a margem!

Aguardo feedback URGENTE.

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Gestora Comercial
Pastelaria / Padaria Industrial
Modelo Continente Hipermercados, SA.

* Lembre-se da sua responsabilidade ambiental antes de imprimir este mail *

1540. Da leitura do referido documento resulta que: (i) constatando a MCH que a estratégia conjunta de alinhamento de preços não estaria a funcionar, utiliza a via alternativa de solicitar ao fornecedor condições comerciais não para competir, mas para alinhar pelo preço desviado (ou seja, colocando o fornecedor a custear a diferença entre o alinhamento pelo PVPR e o alinhamento pelo preço desviado), sendo esta via usada como meio de pressão sobre o fornecedor por este não conseguir corrigir o desvio detetado; (ii) a Bimbo Donuts responde, dando nota que os PVP praticados pelas insígnias Minipreço, Lidl e Pingo Doce não correspondem aos indicados pela MCH, solicitando que a MCH discrimine as lojas Auchan e Leclerc nas quais efetuou o seu shopping: “[s]e poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido”; (iii) confirmando-se o caráter interventivo que a Bimbo Donuts tem na definição dos PVP praticados pelas empresas de distribuição, tranquilizando a MCH, afirmando que no dia seguinte tudo estaria “resolvido” (alinhado, leia-se).

1541. Face ao envio dos PVP praticados por diversas lojas Auchan e Leclerc, e dando a MCH a nota: “Segue o shopping das lojas onde houve levantamento de shopping (ou seja, este problema pode ser muito mais alargado).”, o KA da Bimbo Donuts alerta a sua equipa no sentido de corrigir os PVP desviantes identificados pela MCH:

[Bimbo Donuts] – “Estes preços têm de estar corrigidos até à próxima segunda-feira. Vamos ter um folheto na sonae com este artigo e qual não é o espanto, aparecem todos os Jumbos e Leclerc’s. Mais uma vez um excelente seguimento de Pvp’s.”

1542. Assim, resulta do documento ora analisado que a MCH, com vista a colocar o produto pão de forma 0% açúcares em folheto promocional, constata que as suas insígnias concorrentes não estariam a praticar o PVP acordado, dando nota do desvio à Bimbo Donuts, pressionando-a no sentido de agilizar a respetiva correção. Pedido esse que é acolhido pela Bimbo Donuts, a qual responde à MCH que “amanhã está tudo resolvido”.

1543. Relativamente à alegação da Auchan da troca de talões de compras como forma de comprovar a prática de determinado PVP não evidenciar que este tenha sido acordado, nem ser suficiente para afastar o respetivo envio no contexto de negociações comerciais, cumpre referir que esta prática de envio de talões não surge isolada ou independentemente das demais condutas objeto de análise e, bem assim, de qualquer propósito ilícito, antes, sim, surge no contexto e na sequência do reporte e correção de desvios ora analisada.

1544. Com efeito, a Bimbo Donuts envia talões de compra às empresas de distribuição visadas para lhes comprovar que conseguiu o (re)alinhamento das suas concorrentes ou que estes nunca se desviaram.
1545. Assim, este comportamento surge perfeitamente enquadrado e de forma sequencial em todos os comportamentos demonstrados pelos elementos probatórios apresentados pela AdC até agora.
1546. Esta prática surge dissociada de qualquer negociação de condições comerciais, nem é usada para esse fim, conforme resulta inequivocamente da prova analisada, contrariamente ao que é alegado pela Auchan.
1547. Na verdade, cumpre referir que os documentos BakeryDonuts654, BakeryDonuts642, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts181, BakeryDonuts168 e BakeryDonuts121, identificados pela Auchan para fundamentar a sua posição, não demonstram nem fazem qualquer referência a condições comerciais acordadas, a uma (re)negociação das mesmas, à pretensão de obtenção de um desconto adicional, a uma comparticipação numa ação promocional, nada.
1548. Recorde-se, por exemplo, o documento BakeryDonuts121, nos termos do qual o KA envia um talão de compra de um produto no Pingo Doce, que teria sido sinalizado pela Auchan:
- [Bimbo Donuts] – “*Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€*”.
1549. Ora, através deste envio, é comprovado que a Pingo Doce corrige o PVP desviado, e, assim, que o fornecedor está a cumprir devidamente a sua função de *hub* no alinhamento do mercado. Ao fazê-lo, solicita ao seu ponto de contacto na Auchan que proceda à correção do PVP para o referido produto, assim como para outros dois.
1550. E, na verdade, é importante referir que os elementos probatórios constantes do processo revelam que, uma vez recebido (ou recolhido) pelo fornecedor o talão comprovativo do reposicionamento de PVP pelas insígnias concorrentes e veiculados (por *email*) por aquele, a empresa de distribuição recetora procede, também, ao reposicionamento do PVP, em conformidade, com o fixado (nos casos em que ainda não tinha o PVP alinhado), fechando-se assim o ciclo de (re)alinhamento horizontal de

PVP no mercado. Veja-se, então, a resposta da Auchan ao referido pedido da Bimbo Donuts:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: 5 de novembro de 2014 21:53

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1551. Veja-se também o documento BakeryDonuts1059, que permite constatar, mais uma vez, a importância e a funcionalidade do envio de talões de compra com “*situações corrigidas*”. A MCH, ao confrontar o NAM da Bimbo Donuts com o PVP praticado pelo Lidl, solicitando um desconto para acompanhar o referido PVP, sob pena de “*fechar o artigo*”, solicita, também, “*os restantes vá enviado talões das situações corrigidas e nós alteramos*”.

1552. Face aos documentos descritos, cumpre destacar que estes mecanismos revelam o papel de interdependência entre as empresas de distribuição visadas e entre estas e o fornecedor na promoção da fixação dos PVP, assim como espelham de forma paradigmática a triangulação inerente ao tipo de comportamentos objeto de análise no presente processo contraordenacional.

1553. Relativamente ao documento BakeryDonuts124, de 18 julho de 2013, não obstante da sua leitura não resultar que a sugestão de acompanhamento de PVP recomendado a uma loja da Auchan se deve “*única e exclusivamente para salvaguardar a margem do retalhista*” (conforme alegado pela Bimbo Donuts)⁵⁴⁸, a Autoridade constatou que o teor do documento poderá ser inconclusivo quanto aos termos concretos do envolvimento

⁵⁴⁸ Veja-se, nesse sentido, que o que o KA da Bimbo Donuts diz é: “*Convido-o a subir o pvp para 2,39€ que é o nosso pvp recomendado, até para salvaguardar a sua margem*” (cf. documento BakeryDonuts124 e §324 da PNI Bimbo Donuts).

da Bimbo Donuts nesta situação e neste contexto específicos, pelo que o mesmo não lhe será imputado para estes efeitos.

1554..

1555. Finalmente, no que respeita às afirmações da Auchan referentes ao seu envolvimento na conduta em causa e à consequente análise dos elementos probatórios em causa, as mesmas serão respondidas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão, onde a AdC desenvolverá também a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas.

1556. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo à correção de desvios e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência, conforme *infra* qualificada.

III.3.1.6 Formas de pressão, coação ou retaliação

1557. Neste processo de alinhamento de PVP, verifica-se ainda a ocorrência de ações de pressão, coação ou retaliação (do fornecedor e/ou das empresas de distribuição) no caso de alguma empresa de distribuição não proceder ao posicionamento de PVP nos termos acordados ou à correção dos desvios eventualmente identificados, com o objetivo de levar todas as insígnias a reposicionarem os PVP de acordo com o nível pretendido, de modo a assegurar um alinhamento horizontal no mercado.

1558. Veja-se o documento BakeryDonuts845, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 26 de novembro de 2006, sobre o assunto “PVP’s *Panrico*”, cujo conteúdo demonstra que o não cumprimento do alinhamento dos “PVP’s *mínimos*” tem consequências para as empresas de distribuição (através do corte de fornecimento pelo fornecedor) e para todas as empresas visadas no presente processo (através das reações das insígnias face a desvios identificados):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 26 de novembro de 2006 22:20

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:]

Colegas

Solicito mais uma vez passem aos vossos distribuidores os seguintes preços:

Panrico 310g	1.04€
Panrico 600g	1.49€
Panrico S/Côdea 450g	1.89€
Integral 360g	1.29€
Hot Dog	1.19€
Burger	1.09€
Donuts 4	1.74€
Donuts 6	2.56€
Bolly Classic 4	2.49€
Manhazitos 8 (Todas Ref.)	2.99€

Estes são PVP's mínimos pelo que caso não se verifiquem (estejam inferiores) os distribuidor tem a obrigação de informar de imediato o respectivo supervisor ou a mim. Esta situação é para levar muito a sério pois só assim conseguiremos evitar os cortes de fornecimento e as sucessivas reacções por parte das restantes cadeias.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1559. As empresas de distribuição visadas retaliam contra a Bimbo Donuts pelo seu insucesso na sua missão de promover e garantir o alinhamento horizontal de PVP no mercado e pressionam e coagem a Bimbo Donuts a atuar junto de insígnias concorrentes desviantes no sentido de corrigir os desvios.

1560. Como se ilustrará de seguida, as ações das empresas de distribuição deste tipo consistem, regra geral, na suspensão de compras de produtos do seu *portfolio*.

1561. Veja-se, neste sentido, o documento BakeryDonuts822, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 24 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “Carrefour – Folheto Bollycao 4”, em que a KAM da Bimbo Donuts informa o seu diretor que o Carrefour bloqueou a compra do produto Burger face ao não cumprimento do alinhamento do respetivo PVP pela insígnia concorrente Dia, podendo ler-se: “[o]ntem o Carrefour bloqueou-nos o Burguer, alegando que a Dia tem mercado 0,79€. O PVP actual da Dia é 1,03€”.

1562. Relativamente a este bloqueio de compra do produto Burger por parte do Carrefour, veja-se o conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 270⁵⁴⁹, os quais demonstram que: (i) a KAM da Bimbo Donuts questiona o seu interlocutor no Carrefour relativamente ao motivo pelo qual três artigos Bimbo Donuts estão bloqueados para compra, sendo um destes o produto Burger; (ii) o colaborador do Carrefour respondeu que a insígnia não consegue “*competir com o dia e neste tipo de artigos não posso ter margens de menos de 50 e 60%*”; (iii) a KAM da Bimbo Donuts esclarece que o produto mencionado está com um PVP de 1,03 € no Dia, “*não é o preço ideal mas não me parece que com ele tenha margens de menos de 50%*”; (iv) face a este esclarecimento, o colaborador do Carrefour refere que “*[s]e o Pvp do burger se confirmar no meu shopping, já é razoável, pois os preços que eu tinha quando bloqueamos eram de 0,84€. Pode-me enviar um comprovativo do shopping?*”; (v) após o envio, por parte da Bimbo Donuts, de um talão comprovativo do Dia com o produto Burger a 1,03 €, a KAM pergunta ao colaborador do Carrefour se este poderá desbloquear o artigo, ao que aquele assente, solicitando ficha de manutenção dos artigos bloqueados:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 31 de março de 2006 09:37
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: RE: CRF Montijo -Códigos

Bom dia.

Envie-me a ficha de manutenção de artigos.

Com os melhores cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1563. O documento BakeryDonuts1059, que consiste numa troca de *emails* realizada a 2 de outubro de 2008, sobre o assunto “*FW: shopping*”, em que pode ler-se o seguinte *email* enviado pela MCH à Bimbo Donuts:

⁵⁴⁹ A conversação n.º 270 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts721 e BakeryDonuts722.

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quinta-feira, 2 de Outubro de 2008 15:20
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: shopping

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

O DOKYO está a 1.98 no Lidl há mais de 2 Semanas, não dá para aguentar mais. Agradeço envio de desconto, ou vamos fechar o artigo.

Os restantes vá enviando talões das situações corrigidas e nós alteramos.

M/c

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Direcção Comercial Alimentar
Sonae Distribuição
Carnaxide

1564. O documento BakeryDonuts1059 que acaba de se transcrever demonstra que a MCH confrontou o seu interlocutor na Bimbo Donuts com o facto de o PVP praticado pelo Lidl na venda do produto Dokyo estar desviado do PVP indicado pelo fornecedor, referindo a colaboradora da MCH que “*não dá para aguentar mais*”. Consequentemente, a MCH solicita um desconto para fazer face ao PVP que está a ser praticado pelo Lidl (isto é, para poder realinhar os seus PVP pelo preço desviado, sem perda de margem), sob pena de fecho referido artigo. Solicitação concedida pela Bimbo Donuts (cf. documento BakeryDonuts1083).
1565. São, efetivamente, muitas vezes, as próprias empresas de distribuição visadas a pressionar a Bimbo Donuts para que esta atue junto das insígnias concorrentes desviantes com o objetivo de garantir o alinhamento horizontal de PVP no mercado.
1566. Veja-se o documento BakeryDonuts628, que consiste num *email* de 16 de novembro de 2005, sobre o assunto “*Alinhamentos de PVP*”, enviado pela Auchan à Bimbo Donuts, no âmbito do qual, após a Auchan reportar o desvio da Pingo Doce face ao posicionamento acordado de PVP dos artigos Burgers de 4 e Hot Dogs de 6, destaca como possíveis soluções ao desvio da Pingo Doce, cenários em que: (i) a Bimbo Donuts exerça “*pressão sobre estre grupo* (leia-se, o Pingo Doce) *no sentido de nivelar os pvp’s*”; (ii) “*seja dada uma promoção constante à nossa loja, de forma a que nos seja rentável trabalha-los*”; e (iii) “*retirar estes dois artigos de linha, dando exclusividade à Marca Própria e à Bimbo*”.

1567. Do documento BakeryDonuts628, *supra* referido, resulta que, quando identificado um desvio de PVP pelas insígnias alinhadas, a via preferencial para a sua resolução é garantir o alinhamento, promovendo a correção por parte da(s) insígnia(s) desviante(s); e apenas quando tal não seja possível, as insígnias alinhadas optam por solicitar condições para acompanhar o PVP desviado, isto é, para alinhar o PVP no patamar da insígnia incumpridora e não, note-se, para competir com este (porventura, através de um PVP inferior). Como terceira alternativa, surge a possibilidade de “*retirar estes dois artigos de linha, dando exclusividade à Marca Própria e à Bimbo*”⁵⁵⁰.

1568. Particularmente impressionante e explicativo é o conteúdo do documento BakeryDonuts834 que integra a conversa n.º 290⁵⁵¹, e que consiste numa troca de *emails* realizada em 19 de janeiro de 2006, sobre o assunto “*RE: Shopping_18Janeiro*”, em que após o envio pela MCH de um *shopping* demonstrativo de que os seus concorrentes se encontram com PVP desalinhados em vários produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, solicitando ao NAM da Bimbo Donuts que este “*diga quando é que a situação vai estar resolvida e quais as medidas já tomadas e as que vão ser tomadas para contornar esta situação*”, o diretor comercial da Bimbo Donuts responde, passados minutos, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:
Sent: 19 de janeiro de 2006 12:27
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaboradores da Panrico:
Subject: RE: Shopping_18Janeiro

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico: está hoje fora o dia inteiro. De qualquer modo estamos muito atentos a esta situação dos preços e pode ter a certeza que os vamos controlar. Estou neste momento a tomar medidas junto ao grupo Jerónimo Martins e Dia-Mini preço que vão ter que subir estes preços correndo o risco de corte de fornecimento se não o fizerem.

Existem no seu shopping algumas situações anormais, caso de sem codea 450 em alguns FN que só podem ser erro. Já pedimos talões.

Amanhã enviamos-lhe o feed back completo.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico |

⁵⁵⁰ Lembra-se que, à data do referido *email*, momento anterior à operação de concentração Ccent 18/2016 Bimbo/Ativos Panrico, de 26 de junho de 2016, que deu origem à visada Bimbo Donuts, a Bimbo era concorrente direto da Panrico, pelo que a alternativa três consubstancia, de facto, uma ameaça.

⁵⁵¹ A conversa n.º 290 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts834 e BakeryDonuts853.

1569. Neste sentido, veja-se também o conteúdo do documento BakeryDonuts753, que consiste numa troca de *emails* de 15 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “*RE: pvp Feira Nova*”, enviado pelo Dia à Bimbo Donuts, em que se pode ler:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 15 de fevereiro de 2006 10:10
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: RE: pvp Feira Nova

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
acabei de dar agora indicações para retirar o produto da loja, até que o PVP esteja correcto!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quarta-feira, 15 de Fevereiro de 2006 9:57
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:]
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: pvp Feira Nova

Bom dia,

Junto informo que o Feira Nova de Telheiras tem o pao 600 a 1.58€ e com 40% de oferta.

Cumprimentos
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1570. Também em 2008, veja-se o conteúdo do documento BakeryDonuts1085, que consiste numa cadeia de *emails* de 17 de setembro, sobre o assunto “*RE: Shopping*”, através da qual uma colaboradora da MCH envia à Bimbo Donuts um *shopping* do dia anterior, referindo que “[*c*]aso não nos sejam enviados os respectivos talões até às 12.00h de amanhã, seremos forçados a acompanhar os preços de mercado”.

1571. O documento BakeryDonuts1068, consiste numa troca de *emails* realizada em 24 de abril de 2008, sobre o assunto “*FW: Margens Panrico 24.04 – URGENTE*”, cujo conteúdo demonstra que: (i) na referida data, a MCH enviou um ficheiro à Bimbo Donuts, identificando produtos do *portfolio* do fornecedor que estariam a causar problemas na margem da MCH, prejudicando a sua rentabilidade, uma vez que a insígnia considera estar a vender os produtos da Bimbo Donuts “*abaixo do Preço de Compra Efectivo permitido pela Lei (D.L. 140/98)*”, motivo pelo qual a comercialização dos referidos produtos seria descontinuada do universo Sonae até que uma solução fosse

alcançada⁵⁵²; (ii) em resposta, o NAM da Bimbo Donuts refere que irá ser concedido um desconto à MCH para auxiliar a comercialização dos mesmos, com exceção do produto Donuts 6, uma vez que o desvio estaria a ocorrer somente numa loja, prontificando-se a Bimbo Donuts a “resolver a situação e enviar talão”; (iii) horas mais tarde, a MCH pressiona a Bimbo Donuts, informando que “[n]a falta de meios para resolver o problema do Donuts6, a ausência de talão comprovativo de alteração do pvp no Jumbo de Gondomar a 1.79€ (MRG FO [60-70] %), nem qualquer desconto adicional de forma a colmatar o problema de margem, informo que o artigo vai ser retirado de linha. Assim agradeço que não seja efectuado entregas deste artigo nas lojas Sonae. Qualquer entrega efectuada, será considerada como oferta da Panrico”.

1572. Em resposta, a KAM da Bimbo Donuts esclarece (documento BakeryDonuts1068):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:]
Sent: quinta-feira, 24 de Abril de 2008 17:50
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:]
Subject: RE: Margens Panrico 24.04 - URGENTE

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:] está fora do escritório.

Retirámos o produto de linha da loja de Gondomar devido a esta situação.
Se me bloquear agora o código, com pedidos já feitos para Sábado, arrisco-me a mandar quase [10.000-15.000] un de Donuts para o lixo.

Atendendo a que estamos a falar apenas de uma loja, consegue com [10-20]% manter o SKU em linha até ter o talão na 2ªfeira?

Diga-me alguma coisa urgente.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:]

1573. Em resposta, a MCH informa que excepcionalmente não irá fechar o artigo, sob condição de receber talão comprovativo da loja de Gondomar da Auchan com o PVP corrigido, na segunda-feira seguinte (cf. documento BakeryDonuts1068).

1574. Minutos depois, e face à confirmação da não suspensão do artigo por parte da MCH, a KAM da Bimbo Donuts alerta o NAM, podendo ler-se (documento BakeryDonuts1068):

⁵⁵² A AdC reconhece o motivo alegado pela MCH como válido num cenário de negociações entre fornecedor/distribuidor. No entanto, a solução alcançada pelas partes demonstra-se ilegítima.

-----Original Message-----

From: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:]**
Sent: 24 de abril de 2008 18:25
To: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de Colaborador da Panrico:]**
Subject: FW: Margens Panrico 24.04 - URGENTE

Não te esqueças do Talão do JUMBO GONDOMAR!

1575. A conversação ora descrita ilustra, de forma bastante evidente, o papel preponderante que estes comportamentos de pressão e retaliação (no caso, levados a cabo pela MCH), nas suas diversas tipologias, contra a Bimbo Donuts, têm no alcance do objetivo comum, que é a adesão de todos ao nível de preços alinhados pretendido.

1576. Veja-se também o documento MCH1150, que consiste numa troca de *emails* ocorrida entre 9 e 11 de março de 2016, sobre o assunto “*RE: Recolhas de Shopping*”, cujo conteúdo permite constatar que: (i) a 9 de março de 2016, uma analista de preços da MCH reportou à Bimbo Donuts uma tabela de *shopping* de um produto do seu *portfolio*, da qual constava o PVP praticado em várias lojas da Auchan, verificando-se uma variação entre 1,79 € e 1,93 €; (ii) refere-se internamente (MCH) que é aguardado “*OK para reagir*”, depreendendo-se que a reação se traduz numa descida dos PVP da MCH, em resposta aos e para o nível dos PVP mais baixos praticados pela Auchan, estando a implementação desta reação dependente da confirmação do fornecedor; (iii) ademais é questionado internamente se o fornecedor irá “*inibir este formato no Jumbo?*”, podendo ler-se como resposta:

From:
Sent: sexta-feira, 11 de março de 2016 10:13
To:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Para este efeito é indiferente 450g ou 450g + 20%.

Tenho pressionado a Panrico sobre este assunto e neste momento já estamos todos a reagir uns aos outros ?!

Estou a aguardar feedback para corrigir situação.

| |

1577. Sobre o mesmo assunto e referente ao mesmo produto, veja-se o *shopping* realizado pela MCH, constante do documento BakeryDonuts1425, de 15 de março de 2006, em

que, após enviar *shopping* à Bimbo Donuts, a MCH pressiona o seu fornecedor, referindo que aguarda “*OK para reagir*”, referência que deverá ser lida como uma descida dos preços praticados pela MCH face ao PVP recomendado:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: 15 de março de 2016 16:39

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:]

Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Subject: FW: Recolhas de Shopping

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Duas lojas com PVP de 1,79€ - JUMBO-ALFRAGIDE e JUMBO-AMADORA (as do costume).

Aguardo OK para reagir.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1578. O conteúdo do documento MCH1151, que consiste numa troca de *emails* de 29 de março de 2016, sobre o mesmo assunto, permite constatar que seria prática comum no mercado a atuação contra empresas de distribuição desviantes que não cumprissem o alinhamento de PVP acordado, uma vez que face à falta de resposta por parte da Bimbo Donuts a um *shopping* enviado pela MCH referente a PVP praticados por quatro lojas da Auchan, e depreendendo-se do teor do documento que nada teria sido feito pela Bimbo Donuts relativamente aos PVP desviantes, o colaborador da MCH pressiona-a afirmando “[*p*]elos vistos as lojas continuam a ter stock..... *Aguardo os seus comentários.....*”.

1579. Verifica-se uma situação semelhante no documento MCH1134, que consiste numa cadeia de *emails* realizada entre 4 e 6 de maio de 2016, em que após o envio de *shopping* e a falta de pronúncia por parte da Bimbo Donuts, a colaboradora da MCH insiste, podendo ler-se:

De: [E-MAIL SONAE]
Data: 05/05/2016 23:40 (GMT+00:00)
Para: [E-MAIL PANRICO]
Cc: [E-MAIL SONAE], [E-MAIL PANRICO]
Assunto: FW: Recolhas de Shopping

Olá |

Segundo a v/ informação, com exceção da loja Sintra, existia possibilidade de resolução imediata desta variação de mercado nesta insignia. Continuo sem perceber esta situação que permanece sem resolução, semana após semana.

Mais uma vez estamos a reagir e a Panrico nada faz para evitar esta situação. Não iremos nós, certamente, manter este ónus do nosso lado. Necessito de uma posição objetiva da vossa parte face a esta situação.

Cumprimentos,

Padaria/Pastelaria
[ASSINATURA FRESCOS]

1580.No dia seguinte, a resposta da colaboradora da Bimbo Donuts remete para uma conversa posterior à discussão da questão:

From: [E-MAIL PANRICO]
Sent: sexta-feira, 6 de maio de 2016 09:47
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Bom dia |

Envie lhe um sms quando tiver oportunidade falamos.

Obrigada

1581.Sobre o mesmo assunto “*RE: Recolhas de Shopping*”, veja-se o conteúdo do documento MCH1120, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 3 e 6 de junho de 2016, que demonstra que no dia 3 de junho uma analista de preço da MCH envia à Bimbo Donuts uma tabela de *shopping* com os PVP praticados por 11 lojas da Auchan para um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts, os quais variavam entre 1,39 € e 1,91 €. Após este envio, é dada, internamente (MCH), a seguinte informação:

From:
Sent: sexta-feira, 3 de Junho de 2016 15:25
To:
Subject: FW: Recolhas de Shopping

PVP mínimo no Jumbo de 1,39€ - Jumbo Arrábida Shop.

PVP de 1,78€ - Jumbo Alverca.

PVP de 1,79€ - Jumbo Amadora, Jumbo Torres Vedras, Jumbo Alfragide, Jumbo Castelo Branco, Jumbo Faro, Jumbo Setúbal, Pão de Açúcar Sto Tirso e Jumbo Sintra.

O fornecedor ficou de enviar confirmativo do PVP de 1,39€ até às 17:30. Consoante a resposta, o PVP mínimo será reagido no grupo de 20 lojas no Porto onde está a equipa da DECO neste momento. Nas restantes lojas, será feita reacção com a média dos PVPs Jumbo.



1582. Face ao envio do *shopping supra* referido, a KAM da Bimbo Donuts solicita internamente a correção urgente do PVP praticado pela loja do Jumbo do Arrábida Shopping (cf. documento BakeryDonuts66):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 3 de junho de 2016 15:44
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Auchan - PSC 450+20% - 3 Jun 2016

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
 É **urgentíssimo** corrigir JB Arrábida Shopping.

Aos restantes, semana após semana, o cenário mantém-se.

JUMBO-AMADORA	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALMADA	JUMBO-ALVERCA	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	JUMBO-CASTELO BRANCO	JUMBO-FARO	JUMBO-SETUBAL	PÃO AÇUCAR GUARDA	PÃO AÇUCAR ST.TIRSO	JUMBO-SINTRA
1,79	1,79	1,91	1,78	1,39	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79

1583. Dias mais tarde, é possível perceber que a Bimbo Donuts retaliou contra a empresa de distribuição desviante Auchan (e que enviou comprovativo da retaliação à MCH), podendo ler-se (cf. documento MCH1120):

From:
Sent: segunda-feira, 6 de junho de 2016 13:44
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Olá

Na passada sexta-feira, foram retiradas da loja Arrábida Shop todas as unidades deste artigo, o fornecedor enviou comprovativo (fotografia com o linear vazio), enviámos para o Shopping, e o Shopping cadastrou o PVP médio nesta loja.

Com isto, no fim-de-semana o artigo esteve a 1,78€ nas lojas do Porto e 1,85€ nas restantes lojas a nível nacional.



1584. Acresce que os elementos de prova constantes do processo demonstram ainda que, em certos casos, as ações de retaliação executadas pelas empresas de distribuição visadas visam (indiretamente) as próprias insígnias concorrentes desviantes, consistindo em descidas de PVP, realinhando pelo preço desviado, até que a(s) empresa(s) de distribuição desviante(s) reposicione(m) os PVP de acordo com o nível acordado, pressionando assim, desta forma, também o próprio fornecedor para que este atue no sentido de nivelar o mercado.
1585. Neste sentido, veja-se o documento BakeryDonuts852 que consiste num *email* de 20 de novembro de 2006, sobre o assunto “FW: Donuts 6” em que uma colaboradora da MCH envia à Bimbo Donuts o resultado de um *shopping* de PVP, identificando, numa tabela, os desvios face ao PVP alinhado para o produto Donuts Glace 6 unidades, o qual se depreende que seria 2,56 €. A MCH informa ainda que “*será efectuado reacção aos concorrentes abaixo do PVP alinhado*”, o que se entende como uma descida dos preços praticados pela MCH face ao PVP definido.
1586. Como já se demonstrou, a própria Bimbo Donuts acaba por recorrer também às referidas formas de retaliação, ameaçando a empresa desviante com o corte de fornecimento e/ou de reposições, com o corte de condições comerciais e/ou o corte de incentivos financeiros (e.g., a não contribuição ou implementação de ações promocionais).
1587. Há prova de vários outros episódios no processo que o demonstram.

1588. O documento BakeryDonuts791, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 15 e 21 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “*RE: Panrico – PVP*”, em que a KAM da Bimbo Donuts adverte a sua interlocutora no Feira Nova nos seguintes termos:

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: SGR] on 15-02-2006
10:21:04

To: "Feira Nova - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais] @gestiretalho.jeronimo-martins.pt>
cc:
Subject: Panrico - PVP

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

temos os PVP de Pão de Forma desalinados nas seguintes lojas:

FN Loures
Pão Sem Codea 450gr - 1,89

FN Odivelas
Pão 600gr - 1,48€

Como lhe disse, tenho ordens para retirar estes produtos de linha nestas situações.
Portanto, neste momento não temos estes pães à venda nestas lojas!

Veja o que pode fazer, sff!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

1589. A ação de retaliação referida no parágrafo anterior contra o Feira Nova atingiu o objetivo pretendido, levando a que a referida insígnia reposicionasse os PVP de acordo com o nível pretendido, o qual se constata pela resposta da colaboradora do Feira Nova ao último *email* da Bimbo Donuts, que confirmou: “*gravei PVP alinhados em cima dos da loja*” (cf. documento BakeryDonuts791).

1590. O documento BakeryDonuts808, que consiste num *email* de 24 de agosto de 2006, sobre o assunto “*Panrico – Folheto Regresso às Aulas Bollycao 4*”, em que uma KAM da Bimbo Donuts adverte o seu interlocutor no Leclerc⁵⁵³ nos seguintes termos:

⁵⁵³ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]
Sent: 24 de agosto de 2006 18:58
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Subject: Panrico - Folheto Regresso às Aulas Bollycao 4

Boa tarde Sr [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Saiu ontem um Folheto E.Leclerc com Bollycao 4 (4 ref's) com [50-60]% em Talão E.Leclerc. Quando acordei este folheto frizei o facto de o PVP de Bollycao clássico de 4 estar nivelado no mercado a 2,49€ (PVP mínimo), pelo que este PVP teria de ser cumprido.

O PVP marcado foi 2,08.

Perante isto não me resta outra alternativa senão suspender o fornecimento de Bollycao às lojas. Esta foi também a medida que tomámos junto do Feira Nova Para ter uma noção do que se passa, o Feira Nova saiu também com um folheto de Bollycao a 1,98, e o fornecimento foi coratdo às lojas.

A alternativa possível, de forma a não penalixsar o consimudor é colocar o Pack Promocional de Bollycao, neste caso, Bollycao + lenço ao mesmo PVP.
Esta informação está também a ser dada às vossas lojas.

Para alem deste assunto precisava falar consigo sobre os proximos folhetos. Se puder ligue-me!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Bimbo:]

1591. Em 2007, veja-se o documento BakeryDonuts882, que consiste num *email* de 22 de janeiro desse ano, sobre o assunto “*FW: Panrico – Folheto ITMI*”, no qual a *KAM* da Bimbo Donuts comunica à sua interlocutora na insígnia Carrefour que o Intermarché vai sair com um folheto com um PVP desviado do PVP “*mínimo de mercado*”, informando que durante o período do folheto a Bimbo Donuts não irá fornecer às lojas, solicitando, ainda, que o Carrefour não reaja ao referido PVP:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 22 de janeiro de 2007 10:23
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: FW: Panrico - Folheto ITMI

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O Intermarché vai sair esta semana com um folheto de Pão S/Codea com PVP 1,79€. Obviamente não foi este o PVP acordado com o cliente (mínimo de mercado é 1,89€), pelo que durante o folheto não iremos fornecer as lojas.

Peço-lhe que transmita esta informação à para que o Carrefour não reaja a este PVP

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Panrico - Produtos Alimentares
Dept Comercial

1592. Dias passados, veja-se o documento BakeryDonuts883, que consiste num *email* de 5 de fevereiro de 2007, sobre o assunto “*Panrico – Folheto Novas Lojas*”, através do qual a *KAM* da Bimbo Donuts comunica à mesma interlocutora no Carrefour, tal como falado telefonicamente, o corte de fornecimento de três produtos do seu *portfolio* nas lojas de Paços de Ferreira, Coimbra e Portimão do Carrefour. Este corte deveu-se ao facto de nas lojas referidas os PVP dos produtos estarem marcados em folheto 0,20 € abaixo do PVP acordado, referindo que “[*p*]or este motivo fomos forçados a retirar estes 3 *SKU* de venda destas 3 lojas, dado que os PVP foram marcados à revelia e colocavam em causa todo um mercado!”.
1593. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 110⁵⁵⁴, que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de novembro de 2008, sobre o assunto “*FW: Shopping Panrico 5/11/2008*”, em que uma colaboradora da MCH envia para um *NAM* da Bimbo Donuts uma tabela de *shopping* de um conjunto de produtos do seu *portfolio*, destacando lojas de insígnias concorrentes cujos PVP praticados estão desviados do alinhamento de PVP acordado, maioritariamente na venda do produto Dokyo, tendo o *NAM* da Bimbo Donuts dado como solução retirar o referido produto de linha nas lojas desviantes, referindo “[*v*]ou retirar o Dokyo de linha de todas as loja, peço-lhe sem falta que na 3ª feira o Dokyo esteja a 2,69 tal como o resto do mercado onde permanecerá à venda”.
1594. Do conteúdo do documento BakeryDonuts1097, que consiste numa troca de *emails* ocorrida a 12 de março de 2008, sobre o assunto “*FW: Folheto [60-70]%*”, resulta que: (i) a Bimbo Donuts solicitou à sua interlocutora na Auchan que reposicionasse o PVP dos produtos Donuts 4 e Bollycao 4 de acordo com o alinhamento acordado; (ii) em resposta, a colaboradora da Auchan confirma que o PVP do Donuts 4 já foi corrigido e que o PVP praticado no Bollycao 4 se deve a uma reação ao PVP praticado pela insígnia concorrente Lidl; (iii) a *KA* da Bimbo Donuts, manifestando alguma preocupação, solicita à colaboradora da Auchan para entrarem em contacto e falar sobre o tema; (iv) ao que a colaboradora da Auchan, tranquilizando a *KA* da Bimbo Donuts, responde “[*n*]ão te preocupes, vou alinhar o pvp, depois quando poderes

⁵⁵⁴ A conversação n.º 110 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1073, BakeryDonuts1080 e BakeryDonuts1081.

passa no lidl. Amanhã da minha parte os pvp's estão ok"; (v) esta resposta é reencaminhada internamente (Bimbo Donuts), podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 12 de março de 2008 23:26
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: FW: Folheto [60-70]%

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

À última hora foi-me confirmado alteração dos PVP's do Donut 4 + Bollycao 4, mesmo assim agradeço que não os forneças sem confirmar se o Alineamento foi efectuado (Confirmar no Leitor), se tudo estiver normalizado pede produto para sexta-feira.

Obrigado.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1595. O documento BakeryDonuts1222, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 19 e 24 de março de 2009, sobre o assunto “*RE: PVP's Jumbo Faro – URGENTE*”, em que a *KAM* da Bimbo alerta internamente o seu *KA* nos seguintes termos:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: quinta-feira, 19 de Março de 2009 18:25
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaboradores da Panrico:]
Subject: PVP's Jumbo Faro

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:

Enquanto os PVP's não estiverem alinhados pela listagem que vos enviei, não entregar no Jumbo as seguintes referências:

Códs: 21; 228; 29; 28; 27; 23; 277; 11; 76; 418; 425; 60; 04; 74; 414; 362; 64; 253 e 124.

Máxima atenção a este assunto. Atenção já ao pedido de sábado.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de colaborador da Panrico:]

1596. Outro elemento de prova das práticas que se pretendem descrever no presente capítulo consta do documento BakeryDonuts209, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) de 9 de agosto de 2011, sobre o assunto “*Auchan: promocional Pães de Leite a 1€*”, em que uma *KAM* da Bimbo Donuts dá nota aos seus colaboradores que, a partir do dia 15 de agosto de 2011, todos os descontos promocionais associados aos pães de leite na insígnia Auchan serão cancelados. Da leitura do referido *email* resulta que este cancelamento se deve ao facto de a maioria das lojas

Auchan não estarem a cumprir o PVP de mercado dos pães de leite, estando desalinhadas com o resto do mercado. O desconto promocional, anteriormente fornecido, estava diretamente ligado ao cumprimento do PVP recomendado, tal como resulta do próprio *email*, quando a KAM da Bimbo Donuts refere expressamente que “*não vamos continuar a dar desconto se as lojas não cumprem com o PVP sugerido (1€)*”.

1597. Veja-se também o documento BakeryDonuts204, que consiste num *email* de 10 de dezembro de 2012, sobre o assunto “*Auchan + Leclerc = cód 88 – Pão Médio 500g a 1,69€*”, enviado por uma KAM da Bimbo Donuts aos seus colaboradores, em que pode ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 10 de dezembro de 2012 15:22
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
]
Subject: Auchan + Leclerc = cód 88 - Pão Médio 500g a 1,69€
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Para vendas de dia 11 Dezembro (3ªFeira) fica disponível em TPV o cód 88 – Pão Médio 500g no cardex do Leclerc e Auchan.

No **Leclerc** devem reactivar o código loja a loja e ter um **PVP Recomendado de 1,69€ (se o pvp não for este não podemos ter o artigo à venda)**.

No **Auchan**, solicitei na central a abertura do código para vendas de dia 12 Dezembro. Aguardo a confirmação.

Este código deverá ser vendido no Auchan e Leclerc até ao final da 1ª quinzena de Janeiro.

Obrigada,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

1598. Outros elementos de prova constante do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever encontram-se integralmente descritos no Anexo 1 à presente Decisão.

III.3.1.6.1 *Pronúncia das Visadas*

1599. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo precedente, sobre formas de pressão, coação ou retaliação, as visadas contestam a interpretação e as conclusões da AdC com base nos argumentos que se sintetizam de seguida.
1600. Segundo a Bimbo Donuts, não existe qualquer elemento de prova constante dos autos que indiciem a existência de coação ou medidas de retaliação por parte da visada contra as empresas de distribuição visadas tanto em 2010 como nos anos seguintes, “o que, mais uma vez, aponta no sentido de que qualquer infração que pudesse ter existido no período anterior, deixou de existir a partir de 2010”⁵⁵⁵.
1601. A visada afirma que relativamente a alguns documentos referidos, a AdC interpretou erradamente o referido conteúdo, uma vez que estariam em causa PVP promocionais (cf. documentos BakeryDonuts209, BakeryDonuts204). Refere ainda que “a preocupação da Bimbo Donuts, ao propor preços de revenda promocionais aos retalhistas, é assegurar [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial], não se tratando, de maneira nenhuma de uma forma de retaliação”⁵⁵⁶.
1602. Sobre os elementos probatórios constantes dos parágrafos 350 a 353 da Nota de Ilícitude relativos aos documentos BakeryDonuts66, MCH1119 e MCH1120, a Bimbo Donuts refere que as lojas Auchan se colocaram por várias vezes em “posições passíveis de repressão legal e claramente catalisadoras de desconfortos entre o fornecedor e outros distribuidores”, em concreto o formato em causa, “Pão sem Còdea Panrico 450 gramas + 20%”, foi objeto de fortes quezílias entre a visada e as empresas de distribuição alimentar, uma vez que este era, erradamente, percecionado pelas empresas de distribuição como equivalente ao “Pão sem Còdea Panrico 450 gramas”, motivo pelo qual a visada deixou de comercializar este formato em novembro de 2016 (conforme documento junto como Anexo 1 à PNI Bimbo Donuts)⁵⁵⁷.
1603. Refere então a Bimbo Donuts que, “tendo esta decisão sido autonomamente tomada pela Visada, (...), a ter existido um pedido ilegítimo por parte da Sonae de retirar este formato cm “+20%” das lojas Auchan (cf. documentos MCH1150 e MCH1151), nunca

⁵⁵⁵ Cf. §235 da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁵⁶ Cf. §274 e ss. e §316 da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁵⁷ Cf. §§441 a 447 da PNI Bimbo Donuts

*este pedido foi aceite pela Visada, tendo ocorrido, sim, o término de fornecimento para todas as empresas de distribuição*⁵⁵⁸.

1604. Para a Auchan, *“de acordo com a tese da AdC, a empresa é sempre culpada: se reagir para o mesmo nível de preços é culpada porque estaria alinhada com outras empresas; se reagir para um nível de preços diferente é culpada porque estaria a retaliar contra o fornecedor*⁵⁵⁹.

1605. A Auchan alega que a AdC não identifica na Nota de Ilícitude qualquer comportamento repressivo por si exercido⁵⁶⁰, pois o facto de, por exemplo, decidir suspender as compras ao fornecedor quando este não lhe garante as condições necessárias para a manutenção de uma determinada competitividade, não consubstancia uma ação de retaliação, mas sim uma verdadeira alternativa no âmbito da relação comercial (cf. documento BakeryDonuts628)⁵⁶¹.

1606. A visada refere, também, que a prova apresentada na Nota de Ilícitude permite constatar a influência e pressão que a MCH exerce sobre o fornecedor, *“tentando influenciar a sua política comercial e atuação perante as restantes insígnias”*, consubstanciando-se em comunicações que corroboram a conclusão de que *“a Auchan seria, no limite, vítima de perseguição constante pela Bimbo Donuts e de que não poderia ter participado, voluntária e conscientemente, em qualquer acordo ou prática proibida”* (cf. documentos BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1425, MCH1150, MCH151, MCH1120)⁵⁶².

1607. No entender da visada, da leitura dos documentos BakeryDonuts1222 e BakeryDonuts209 resulta *“claramente a política de preços autónoma da Auchan, praticando preços diversos dos desejados pela Bimbo Donuts”*⁵⁶³.

⁵⁵⁸ *Idem.*

⁵⁵⁹ Cf. § 503 da PNI Auchan.

⁵⁶⁰ Cf. §504 da PNI Auchan.

⁵⁶¹ Cf. capítulo II.1.4. da PNI Auchan, em particular §519 e ss.

⁵⁶² Cf. §513 e ss. da PNI Auchan.

⁵⁶³ Cf. §527 da PNI Auchan.

1608.A Auchan refere que da matéria de facto descrita na Nota de Ilícitude é possível extrair, *a contrario*, que a Auchan era sujeita a pressões e ameaças de cortes de fornecimento em virtude da sua posição independente⁵⁶⁴.

1609.A MCH alega que as reações que lhe são imputadas na Nota de Ilícitude como formas de retaliação (por exemplo, suspensão de compras ou redução do PVP para o nível praticado por um concorrente), não são mais do que respostas racionais, normais e competitivas nesta atividade, revelando a opção da insígnia por alocar espaço de prateleira à comercialização de produtos mais rentáveis e/ou evitar a percepção do consumidor de que os PVP na sua loja ou mesmo na sua cadeia de lojas e para todos os produtos, são mais caros do que na concorrência⁵⁶⁵.

1610.A MCH defende que *“a verificação episódica de comunicações entre um fornecedor e um distribuidor – evidenciadoras de um antagonismo de posições entre o primeiro e o segundo a propósito de promoções do próprio distribuidor ou de distribuidores concorrentes – não permite sustentar uma qualquer teoria de pressão ilícita entre retalhistas, por via do seu fornecedor comum”*⁵⁶⁶.

III.3.1.6.2 Apreciação da Autoridade

1611.Analisadas as Pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar as condutas objeto do processo, a AdC tem de concluir pela improcedência da argumentação expendida pelas visadas quanto à matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.6 da presente Decisão sobre as formas de pressão, coação ou retaliação.

1612.Com efeito, as comunicações apresentadas, a eventualmente revelarem algum “antagonismo”, apenas o fazem enquanto ações da Bimbo Donuts e das empresas de distribuição visadas sempre que detetam algum desvio aos PVP concertados.

⁵⁶⁴ Cf. §529 e ss. da PNI Auchan.

⁵⁶⁵ Cf. capítulo II.F.e) da PNI MCH.

⁵⁶⁶ Cf. §541 da PNI MCH.

1613. De facto, nessas situações, há pressão das empresas de distribuição sobre a Bimbo Donuts no sentido de corrigir os desvios detetados e pressão da Bimbo Donuts sobre as empresas de distribuição “desviantes” no sentido de estas praticarem o PVP concertado. O “antagonismo” é, pois, quanto ao desvio ao concertado e nada mais.
1614. Não obstante, as visadas, mais uma vez, invocam um substrato legítimo e lícito para tentar justificar a adoção de tais comportamentos, alegando tratar-se de reações normais, racionais e, aliás, competitivas às adversidades que o mercado suscita.
1615. No entanto, importa referir que não se está a imputar às empresas de distribuição visadas a prática de uma ação retaliatória porque estas reagiram para um nível de preços diferentes do dos seus concorrentes ou do recomendado pelo fornecedor, ou porque decidiram, por alguma razão estratégica legítima, de deixar de comercializar os seus produtos.
1616. O que se demonstrou exaustivamente *supra*, e resulta claro dos elementos probatórios, é que essa reação vem na sequência de deteção de desvios a PVP concertados e, em particular, de um descontentamento com o fornecedor por este não estar a cumprir bem as suas funções de *hub*, não tendo conseguido, em tempo útil, que as empresas de distribuição desviantes cumprissem com os PVP concertados.
1617. A própria Auchan reconhece que “*existe também evidência de coação do fornecedor sobre a Auchan*”⁵⁶⁷.
1618. Cumpre, pois e em resposta às pronúncias das visadas, averiguar se os comportamentos descritos no presente capítulo, adotados pelo fornecedor e pelas insígnias correspondem, de facto, a reações normais, racionais e competitivas, ou se, pelo contrário, constituem ações de pressão, coação ou retaliação, de natureza anticoncorrencial, tal como resulta da imputação efetuada na Nota de Ilícitude.
1619. Recorde-se o teor da prova:
1620. Veja-se, em primeiro lugar, que tal como expressamente referido no documento BakeryDonuts845, o não cumprimento dos “PVP mínimos” deve ser levado “*muito a*

⁵⁶⁷ Cf. §972 da PNI Auchan.

sério pois só assim conseguiremos evitar cortes de fornecimento e as sucessivas reacções por parte das restantes cadeias”.

1621. O mesmo entendimento é corroborado no documento BakeryDonuts689, de 8 de agosto de 2006, *email* interno (Bimbo Donuts) através do qual a KAM informa os seus colaboradores da implementação de um folheto indevido no Feira Nova:

“saiu indevidamente o Bollycao Classico 4 (Cod 21) que como sabem tem um PVP mínimo de mercado de 2,49€. Como tal, durante este período teremos de suspender as entregas deste código ao Feira Nova. [...].

Só desta forma podemos fazer com que o resto do mercado se mantenha estável e não reaja”.

1622. No documento BakeryDonuts628, pode verificar-se que a Auchan, ao monitorizar os PVP praticados pelo Pingo Doce, detetou *“dois artigos que me têm dado imensos problemas de rentabilidade, e dos quais já falamos algumas vezes”*, o PVP dos Burgers de 4 e Hot Dogs de 6, a 1,79€. A Auchan avança com três soluções possíveis para resolução do “problema”, sendo que uma das soluções passa pela Bimbo Donuts exercer *“pressão sobre este grupo no sentido de nivelar os pvp’s”*.

1623. Destarte, constata-se que a visada tinha a consciência que ações de pressão e coação eram levadas a cabo no sentido de promover a correção ou o alinhamento por parte das insígnias desviantes.

1624. Face ao exposto, e contrariamente ao alegado pela Auchan, da análise do mencionado documento não se retira somente um pedido de melhores condições comerciais. Na verdade, face ao problema identificado pela Auchan a primeira “solução viável” não passa pela negociação de melhores condições comerciais para o distribuidor, mas pela *“pressão sobre este grupo [Jerónimo Martins] no sentido de nivelar os pvp’s”*. Ora, constata-se, assim, a intenção da Auchan de promoção do alinhamento de PVP, incitando que o fornecedor reúna os seus melhores esforços no sentido de pressionar a insígnia concorrente no “nivelamento” de PVP.

1625. Assim, apenas se esta estratégia conjunta – de corrigir a insígnia desviante – não funcionasse é que a via alternativa, de solicitar melhores condições comerciais, é explorada pela empresa distribuição. Já a solução de retirar os artigos problemáticos de

linha é usada como (último) meio de pressão sobre o fornecedor por este não conseguir promover o “nivelamento” pretendido.

1626. Também os documentos que integram a conversação n.º 290 permitem demonstrar que as empresas de distribuição visadas, neste caso a MCH, incitavam o fornecedor a pressionar as insígnias desviantes. Recorde-se que após o envio de um *shopping* e de um pedido de resolução da situação (o (re)alinhamento dos PVP), solicitando que o NAM da Bimbo Donuts vá informando a MCH relativamente às “*medidas já tomadas e que vão ser tomadas para contornar esta situação*”, a resposta do diretor comercial da Bimbo Donuts é a seguinte:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:
Sent: 19 de janeiro de 2006 12:27
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaboradores da Panrico:
Subject: RE: Shopping_18Janeiro

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico: está hoje fora o dia inteiro. De qualquer modo estamos muito atentos a esta situação dos preços e pode ter a certeza que os vamos controlar. Estou neste momento a tomar medidas junto ao grupo Jerónimo Martins e Dia-Minipreço que vão ter que subir estes preços correndo o risco de corte de fornecimento se não o fizerem.

Existem no seu shopping algumas situações anormais, caso de sem codea 450 em alguns FN que só podem ser erro. Já pedimos talões.

Amanhã enviamos-lhe o feed back completo.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico: |

1627. No documento BakeryDonuts791 pode ler-se a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para o Feira Nova:

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

temos os PVP de Pão de Forma desalinhados nas seguintes lojas:

FN Loures

Pão Sem Codea 450gr - 1,89

FN Odivelas

Pão 600gr - 1,48€

Como lhe disse, tenho ordens para retirar estes produtos de linha nestas situações.

Portanto, neste momento não temos estes pães à venda nestas lojas!

Veja o que pode fazer, sff!"

1628. O corte de fornecimento levado a cabo pela Bimbo Donuts provoca o efeito pretendido, ou seja, a correção dos referidos PVP, uma ingerência clara na determinação dos PVP praticados pela insígnia, dado que a colaboradora do Feira Nova responde, confirmando: *“gravei PVP alinhados em cima dos da loja”*.
1629. Recorde-se o documento BakeryDonuts882, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts alerta a sua interlocutora no Carrefour para um folheto do Intermarché que irá sair nessa semana, dando a seguinte nota face ao PVP praticado: *“[o]bviamente não foi este o PVP acordado com o cliente (mínimo de mercado é 1,89€), pelo que durante o folheto não iremos fornecer às lojas”*.
1630. Além da informação veiculada à Carrefour referente a uma ação promocional de uma insígnia concorrente, a KAM da Bimbo Donuts solicita que *“o Carrefour não reaja a este PVP”*.
1631. Ora, facilmente se constata (i) a ingerência da Bimbo Donuts na definição dos PVP por parte da empresa de distribuição desviante Intermarché, ao penalizar esta última, através da suspensão de fornecimento dos produtos; (ii) a ingerência da Bimbo Donuts na definição dos PVP por parte da Carrefour, solicitando que esta não reaja ao PVP praticado pela Intermarché, coartando a sua liberdade de atuação no mercado; e (iii) ingerências essas interligadas e motivadas pelo objetivo comum de fornecedor e empresas de distribuição de manter o alinhamento de PVP no mercado retalhista.
1632. O documento BakeryDonuts883 utiliza uma linguagem muito clara:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:

Sent: 5 de fevereiro de 2007 11:41

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Cc:] [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:

Subject: Panrico - Folheto Novas Lojas

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Tal como falámos ao telefone, na passada 6ª feira fomos forçados a retirar de venda, das lojas de Paços Ferreira, Portimão e Coimbra, os 3 SKU que estão em folheto Nacional,

Os PVP que acordámos foram:
Pão S/Codea Familiar – 1,89€
Pão 850gr – 1,49€
Manhãzitos Leite 4 – 2,39€

Contudo, nestas 3 lojas os PVP marcados no folheto estão 0,20€ abaixo do acordado:
Pão S/Codea Familiar – 1,69
Pão 850gr – 1,29€
Manhãzitos Leite 4 – 2,19€

Por este motivo fomos forçados a retirar estes 3 SKU de venda destas 3 lojas, dado que os PVP foram marcados à revelia e colocavam em causa todo um mercado!

Nos últimos meses, os esforços por parte da Panrico para subir PVP têm sido imensos e todos os folhetos marcados com os nossos clientes têm sido pensados ao pormenor de forma a não pôr em causa o mercado em geral. Quando temos lojas que marcam PVP à nossa revelia e à revelia da própria Sede fica difícil controlar o mercado e assegurar margens minimamente aceitáveis.

Esta não é a primeira vez que esta situação ocorre. O mesmo se passou em Janeiro com o folheto de 17 – 28.01 com Donuts Berlim com Creme. Nesta situação conseguimos de alguma forma manter o mercado apesar dos problemas posteriores que tivemos.

Adiantando ainda que são já recorrentes os problemas de preços com a loja de Coimbra. Todos os alinhamentos que temos tentado levar a cabo são desrespeitados pela loja.

Esta não é obviamente a melhor solução, nem é nossa vontade criar problemas com um parceiro de negócio, mas também não podemos colocar em risco todo um mercado.

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:

Panrico - Produtos Alimentares

Dept Comercial

1633. Tal como a seguinte mensagem constante do documento BakeryDonuts796, enviada ao ponto de contacto da Bimbo Donuts no Feira Nova:

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: on 30-01-2006
12:12:30

To: "Feira Nova - ((E-mail\))"
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
cc:
Subject: Urgente - Panrico Shopping 600gr

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

preciso da sua ajuda para alinhar os PVP do Pão 600gr nas lojas!
Como sabe este é um dos artigos que temos nivelado em todas as cadeias com PVP 1,49€.
Neste momento temos a maioria das lojas com PVP abaixo deste valor!

Temos indicações da nossa Direcção Comercial para suspender o fornecimento às lojas onde os PVP não estejam alinhados!

Solicito que, mais uma vez dê indicações às lojas da gravidade da situação! A suspensão pode trazer graves problemas para as vendas!
Não vale a pena andarmos com guerras de 1 ou 2 centimos quando todo o mercado está alinhado!

As lojas fora do limite são:

Agueda - 1,40
Bragança - 1,44
Santarem - 1,45
Covilhã - 1,45
Odivelas - 1,46€
Barreiro - 1,46€
Bela Vista - 1,46€
Povoa Varzim - 1,47€
Guarda - 1,47€
Caldas rainha - 1,47€
Sintra - 1,47€
Braga - 1,48€
Abrantes - 1,48€
Rio Tinto - 1,48€

Agradeço desde já a sua colaboração
Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

1634. Recorde-se, ainda, o teor da conversação n.º 110, nos termos da qual, após envio de *shopping* por parte da MCH, identificando desvios nos PVP praticados por insígnias concorrentes, a NAM da Bimbo Donuts, além de responder a alguns dos desvios detetados, propõe também a seguinte solução à sua interlocutora na MCH:

“Vou retirar o Dokyo de linha de todas as lojas, peço-lhe que sem falta na 3ª feira o Dokyo esteja a 2,69 tal como o resto do mercado onde permanecerá à venda”.

1635. Recorde-se também, o documento MCH1151, de 29 de março de 2016, nos termos do qual, se constata que a “resolução de problemas” esperada pelas empresas de distribuição que sinalizavam desvios ao alinhamento por parte de insígnias concorrentes se consubstanciava no corte de fornecimento dos produtos cujos PVP estariam desalinhados:

From: |
Sent: terça-feira 29 de março de 2016 17:05
To: Panrico:
Cc: |
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Pelos vistos as lojas continuam a ter stock.....

Aguardo os seus comentários.....

From:
Sent: terça-feira, 29 de Março de 2016 15:53
To: Panrico:
Cc: |
Subject: Recolhas de Shopping

Boa tarde

Partilho as recolhas de shopping recebidas do dia de hoje do artigo PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20%.

JUMBO AMADORA	JUMBO TORRES VEDRAS	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALVERCA
1,79	1,84	1,79	1,98

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Unidade de Negócio Padaria e Pastelaria
[ASSINATURA FRESCOS]

1636. Concluindo, a prova resultante das mensagens que acaba de se recordar é irrefutável e demonstra que o fornecedor (cf. documentos BakeryDonuts689, BakeryDonuts822, BakeryDonuts753, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1222, BakeryDonuts791, BakeryDonuts808, BakeryDonuts923, BakeryDonuts710, BakeryDonuts765, BakeryDonuts739, BakeryDonuts664, BakeryDonuts204, BakeryDonuts780, BakeryDonuts882, BakeryDonuts1097 e conversação n.º 110) e empresas de distribuição visadas (cf. documentos BakeryDonuts822, BakeryDonuts1059,

BakeryDonuts628, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts733, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1068, MCH1150, MCH1151, MCH1134 e conversação n.º 290) adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a uma desconformidade ou desvio detetado no mercado face aos PVP alinhados (cf. documentos BakeryDonuts753, BakeryDonuts710, BakeryDonuts923, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts791, BakeryDonuts808, BakeryDonuts1222 e conversação n.º 110) ou à subida de preços concertada (cf. documentos BakeryDonuts845, BakeryDonuts882 e conversação n.º 290).

1637. Portanto, (i) as insígnias pressionam a Bimbo Donuts a atuar junto das insígnias desviantes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal”; (ii) a Bimbo Donuts pressiona as insígnias desviantes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal”; (iii) as insígnias penalizam a Bimbo Donuts enquanto esta não consegue repor o alinhamento concertado; (iv) a Bimbo Donuts penaliza as insígnias desviantes enquanto estas não (re)alinham de acordo com o nivelamento pretendido, tudo num esforço conjunto de promoção do alinhamento dos PVP e implementação de subidas de PVP no mercado.
1638. Relativamente ao documento MCH1134, analisado nos parágrafos 1579 e 1580 *supra*, a Bimbo Donuts alega estarem em causa “*negociações agressivas, no quadro de um mercado fortemente concorrencial*”, inserida numa relação extremamente tensa entre a visada e a MCH.
1639. Ora, embora a AdC não exclua, nem seja alheia a diferendos negociais que podem surgir entre as partes, a verdade é que a leitura do documento permite uma interpretação bastante clara do mesmo. Veja-se:
1640. A MCH envia uma tabela comparativa de *shopping* ao fornecedor, referindo que “*Segundo a v/informação, com exceção da loja de Sintra, existia a possibilidade de resolução imediata desta variação de mercado nesta insígnia [Auchan]. Continuo sem perceber esta situação que permanece sem resolução semana após semana. Mais uma vez estamos a reagir e a Panrico nada faz para evitar esta situação. Não iremos nós, certamente, manter este ónus do nosso lado. Necessito de uma posição objetiva da vossa parte face a esta situação*”.
1641. Ora, a comunicação descrita evidencia que as empresas de distribuição visadas (neste caso, a MCH) adotam determinados comportamentos em consequência e sinalização

de desvios aos PVP concertados e da incapacidade do fornecedor de “resolver a situação”, com o intuito de pressionar, coagir e retaliar contra o fornecedor.

1642. Nesta situação, depreende-se que a Bimbo Donuts não está a ter sucesso na correção dos desvios da Auchan, pelo que a MCH pressiona o fornecedor, alertando para o facto de estarem a reagir aos PVP praticados pela Auchan⁵⁶⁸ e de o fornecedor nada fazer para terminar esta situação (leia-se, através da correção do PVP desviado na insígnia Auchan ou, em última instância, através da concessão de melhores condições comerciais para o efeito⁵⁶⁹).

1643. Em resposta à defesa apresentada pela Bimbo Donuts referente aos documentos BakeryDonuts66, MCH1119 e MCH1120, cumpre, em primeiro lugar, recordar a situação apreço.

1644. Nos termos do documento MCH1119, em 3 de junho de 2016, a MCH envia à Bimbo Donuts recolhas de *shopping* desse mesmo dia, em várias lojas Jumbo e Pão de Açúcar, do produto pão sem cêdea Panrico 450 gr + 20%, constatando-se o PVP mínimo de 1,39€ a ser praticado pela loja do Jumbo do Arrábida Shopping.

1645. Minutos depois, a KAM da Bimbo Donuts partilha internamente a informação recebida, solicitando a correção urgente do PVP na loja do Jumbo do Arrábida Shopping (cf. documento BakeryDonuts66):

⁵⁶⁸ O que, do ponto de vista jusconcorrencial, até poderia ser benéfico para o mercado e para os consumidores, caso implicasse, por exemplo, a prática de PVPs mais baixos que os desviados (o que, no presente processo, nem constitui a regra, situando-se, tipicamente, os PVP de reação a desvios, precisamente, no nível de PVP desviado, realinhando pelo mesmo).

⁵⁶⁹ Como se tem demonstrado na presente Decisão, nos termos que decorriam igualmente da Nota de Ilícitude, os interesses das insígnias e do fornecedor concorrem no sentido de que a este último interessa manter um determinado nível de preços para os seus produtos (atendendo a aspetos de *marketing*, concorrência com marcas de outros fornecedores, etc.) e àquelas interessa manter os PVP alinhados no mercado retalhista de base alimentar (assegurando que não há empresas concorrentes a praticarem preços mais baixos) e, ao mesmo tempo, garantir as suas margens comerciais. Neste contexto, perante desvios de uma empresa de distribuição, a primeira reação das concorrentes e do fornecedor é, tipicamente, procurar que os mesmos sejam imediatamente corrigidos. Na impossibilidade da correção de desvios, as empresas de distribuição não desviantes ameaçam com e, amiúde, concretizam o realinhamento dos PVP pelo preço desviado, exigindo concomitantemente ou *a posteriori* condições comerciais ao fornecedor para, com os preços alinhados no nível mais baixo, manterem as respetivas margens comerciais. Este *iter* comportamental é muito claro, sendo suportado pela prova que se tem vindo a descrever.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 3 de junho de 2016 15:44
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Auchan - PSC 450+20% - 3 Jun 2016

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
 É **urgentíssimo** corrigir JB Arrábida Shopping.

Aos restantes, semana após semana, o cenário mantem-se.

JUMBO-AMADORA	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALMADA	JUMBO-ALVERCA	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	JUMBO-CASTELO BRANCO	JUMBO-FARO	JUMBO-SETUBAL	PÃO AÇUCAR GUARDA	PÃO AÇUCAR ST.TIRSO	JUMBO-SINTRA
1,79	1,79	1,91	1,78	1,39	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79

1646. Três dias passados, e da leitura do documento MCH1120, constata-se que face ao PVP praticado pela loja Jumbo identificada, a Bimbo Donuts retaliou contra esta atuação da Auchan, na medida em que o produto em causa foi retirado dos lineares (prateleiras) das lojas, interrompendo-se a sua venda ao público, tendo ainda sido enviado comprovativo desta situação à MCH (comprovando a sua atuação face ao PVP praticado pela Auchan):

From:
Sent: segunda-feira, 6 de junho de 2016 13:44
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Olá

Na passada sexta-feira, foram retiradas da loja Arrábida Shop todas as unidades deste artigo, o fornecedor enviou comprovativo (fotografia com o linear vazio), enviámos para o Shopping, e o Shopping cadastrou o PVP médio nesta loja.

Com isto, no fim-de-semana o artigo esteve a 1,78€ nas lojas do Porto e 1,85€ nas restantes lojas a nível nacional.



1647. Ora, não obstante a alegação de a comercialização do produto em causa ter causado “fortes quezílias e diferendos entre a Visada e as empresas de retalho alimentar”, de a Auchan estar, alegadamente, a praticar um preço abaixo de custo e de a Bimbo Donuts ter, em novembro de 2016, decidido deixar de comercializar o referido formato, não deixa de resultar claro que a liberdade da Auchan de determinar o seu próprio PVP foi condicionada, pelo comportamento concertado de fornecedor e insígnias concorrentes (no caso, a MCH), de tal modo que os produtos em causa não puderam sequer continuar à venda.

1648. E note-se ainda que uma coisa é a visada Bimbo Donuts decidir deixar de comercializar um determinado produto, como o fez em novembro de 2016, outra coisa é, face a um

PVP indesejado, retirar esse mesmo produto das prateleiras da insígnia desviante ainda durante o período de comercialização do mesmo.

1649. Em resposta ao argumento da Bimbo Donuts relativo à circunstância de o documento BakeryDonuts209 se referir a PVP promocionais, cumpre esclarecer que não se contesta que uma participação num desconto pudesse visar que este passasse, na prática, para o consumidor. O que ora se discute encontra-se num momento prévio à concessão desse mesmo desconto. Ou seja, o desconto só é garantido e participado pelo fornecedor se as lojas praticarem o “*PVP sugerido*”. Não o fazendo, o desconto é retirado.
1650. Assim, o que da leitura do referido documento resulta é que, face ao não cumprimento do “*PVP sugerido*”, o fornecedor retalia, através do corte dos incentivos financeiros para referida promoção.
1651. Também da leitura do documento BakeryDonuts204 se constata que se as lojas Leclerc não seguirem o “*PVP Recomendado*”, “*não podemos ter o artigo à venda*”. Ou seja, a ingerência na determinação do PVP praticado pelas lojas é tal que, se este não for cumprido ou seguido, o artigo em causa não poderá estar sequer à venda.
1652. Sobre o argumento apresentado pela Auchan de que alguns dos *emails* descritos demonstram que a Auchan seria alvo de perseguição constante por parte da Bimbo Donuts e de que não poderia ter participado voluntária e conscientemente em qualquer acordo, cumpre referir que os documentos BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1425, MCH1150, MCH151, MCH1120 identificados pela visada para fundamentar essa posição não corroboram o que a Auchan alega. Veja-se:
1653. Os documentos BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1068, MCH1150, MCH1151, MCH1120 consistem em *emails* trocados entre a MCH e a Bimbo Donuts, nos termos dos quais a MCH informava a Bimbo Donuts de desvios ao alinhamento de PVP por parte da Auchan.
1654. Ora, como já foi referido, é natural que a estratégia conjunta de alinhamento funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores. Como as próprias visadas referem, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal envolve muitos intervenientes com diferentes características e posições na cadeia de produção, nele se transacionam muitos produtos, existem várias lojas espalhadas por

todo o território nacional, diversos funcionários que assumem várias responsabilidades e no qual uma prática desta natureza, que decorreu ao longo de um período de tempo bastante alargado, teve as suas “falhas”.

1655. No entanto, dos *emails* referidos constata-se a prática sedimentada no mercado de deteção de desvios ao PVP e no respetivo alerta ao fornecedor para que este atue junto das insígnias desviantes, de modo a assegurar o alinhamento.
1656. Ou seja, os desvios identificados pressupõem uma atuação do fornecedor perante a insígnia desviante com vista à promoção do (re)alinhamento do PVP. O facto de a Auchan, em determinadas ocasiões, se encontrar desviada do PVP pré-fixado, não pode, à partida e sem mais, levar à conclusão de que esta visada não seria parte na prática concertada ora em análise, como se verá adiante no capítulo III.3.3.4 da presente Decisão.
1657. Aliás e como já se afirmou (cf. *supra*, entre outros, os parágrafos 1521 e 1522), é natural a prova seja mais abundante no que respeita a situações de correção de desvios, já que é o desvio que motiva o reporte e o pedido de intervenção, e menos abundante no que respeita a puras situações em que todos os agentes económicos estejam a cumprir o alinhamento já que, nesse caso, inexistente qualquer situação a reportar, estando tudo a funcionar de acordo com o inicialmente concertado entre as visadas.
1658. Por sua vez, o documento BakeryDonuts1097, demonstra que face a um pedido de alinhamento de PVP referente a dois produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts (Donuts 4 e Bollycao 4), a colaboradora da Auchan esclarece que o PVP do artigo Donuts 4 “já está tratado”, ou seja, (re)alinhado, e que o PVP desviado do Bollycao 4 seria um acompanhamento do PVP do Lidl. Confrontado com esta informação, o KA da Bimbo Donuts pede que a colaboradora da Auchan entre em contacto: “*Liga-me, preciso falar s/isto*”.
1659. Em resposta, a colaboradora da Auchan afirma: “[*n*]ão te preocupes, vou alinhar o pvp, depois passa quando poderes no lidl”. Ora, desta resposta não se retira, ao contrário do alegado pela Auchan, que esta empresa de distribuição não poderia “adivinhar” que o preço em questão, referido pelo fornecedor, “é o resultado de qualquer acordo ou prática

*concertada envolvendo insígnias concorrentes*⁵⁷⁰, alegando que os preços por si praticados surgem da sua análise própria do mercado, neste caso o preço do Lidl.

1660. Acontece que o pedido do fornecedor é bastante claro – pede que se alinhem os PVP referidos. Tanto não é verdade que a Auchan não tinha consciência que estes resultam de um plano comum entre as empresas visadas, que relativamente à correção do PVP do produto Donuts 4, a colaboradora afirma prontamente *“já está tratado”*, não resultando qualquer dúvida, estranheza ou entrave face ao pedido do fornecedor.

1661. No que ao PVP do Bollycao 4 diz respeito, é um facto que a colaboradora afirma que está a praticar o PVP do Lidl (que estará desviado), mas em resposta afirma também que o irá alinhar (ou seja, para o nível pretendido e solicitado pelo fornecedor), pedindo que este acompanhe o PVP que está a ser praticado pelo Lidl, pressionando-o a garantir o objetivo comum, o alinhamento de PVP: *“depois passa quando poderes no lidl”*.

1662. Deste modo, não poderá colher o argumento da Auchan de que esta alteração de PVP visou *“tranquilizar o fornecedor, levando-o a crer, em bom nome das relações comerciais que está a aceder ao seu pedido”*. A Auchan acedeu, alinou o PVP e, analisado o *email* no contexto global da prova do presente processo, não poderá ser outra a conclusão se não a de que a Auchan assentiu o pedido de correção de um desvio de PVP, contribuindo, assim, em detrimento da sua autonomia e independência na determinação dos PVP, para o nivelamento de PVP no mercado e pressionou o fornecedor para que corrigisse um desvio de um concorrente.

1663. A AdC forma, assim, a sua convicção de que os comportamentos descritos no presente capítulo não representam meras reações normais, racionais e competitivas às adversidades desta atividade comercial, nem se baseiam nas alegadas motivações legítimas e lícitas, tal como invocado pelas visadas.

1664. Finalmente, no que respeita às afirmações da Bimbo Donuts e Auchan referentes ao seu envolvimento na conduta em causa e à conseqüente análise dos elementos probatórios em causa, as mesmas serão respondidas nos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão, onde a AdC desenvolverá também a sua

⁵⁷⁰ Cf. §523 da PNI Auchan.

apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da Bimbo Donuts e de cada uma das empresas de distribuição visadas.

1665. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.6 da presente Decisão relativo às formas de pressão, coação e/ou retaliação e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência.

III.3.2 Meios, forma e organização

1666. Em resultado da factualidade que acaba de se descrever, verifica-se que o procedimento para garantir, ou pelo menos promover, o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar é realizado sempre com recurso ao fornecedor, desde logo através de mensagens de correio eletrónico, cujo conteúdo demonstra que a prática em causa é também muitas vezes implementada com recurso a contactos telefónicos (cf., por exemplo, os documentos BakeryDonuts789, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts883 ou BakeryDonuts10) e/ou presenciais (cf. por exemplo, os documentos BakeryDonuts91, BakeryDonuts78, BakeryDonuts181 ou BakeryDonuts168).

1667. Estas mensagens de correio eletrónico, bem como os demais tipos de interação, são trocadas por uma rede de contactos tendencialmente estável e institucionalizada, de modo multilateral, ainda que sempre por intermédio de feixes bilaterais com o fornecedor, tendo carácter de reciprocidade e, em geral, com conhecimento das hierarquias.

1668. É particularmente indiciador da relevância que a troca de *emails* (bem como o registo escrito de outras formas de interação) tem neste tipo de comportamento, a par da consciência do seu potencial incriminatório, o conteúdo do documento MCH1721, que consiste numa troca interna de *emails* (MCH) ocorrida entre 8 e 9 de julho de 2009, sobre o assunto “*Cuidados a ter*”, em que pode ler-se:

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 19:44
To:
Subject: Cuidados a ter

Boa tarde,

Envio para conhecimento.

Parece-me uma excelente recomendação.

Para evitar a divulgação deste mail sugiro que destruam o mesmo e que passem (reforcem) a mensagem verbalmente.

Devem tb ter cuidado com toda a documentação escrita, seja prints de mails, sejam notas de reuniões.

Obrigado,

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 9:02
To:
Cc:
Subject:

Bom dia,

Tendo em conta todas as notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores, venho alertar para a necessidade, se ainda não o fizeram, de eliminarem todos os mails (Incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas.

Principalmente aqueles que não obedecem ao mail-tipo que temos implementado com a ajuda do Dep. Legal.

Obrigada.

Atentamente,

[ASSINATURA MCH]

1669. As mensagens de correio eletrónico são geralmente trocadas por colaboradores da Bimbo Donuts que exercem funções nos departamentos comerciais da respetiva empresa, geralmente pelos gestores de conta (*KAM*) ou gestores de conta a nível nacional (*NAM*), com os colaboradores das empresas de distribuição visadas que exercem funções nos departamentos comerciais ou de analistas de preços, por vezes com a anuência de chefias, garantindo a implementação e continuidade destes comportamentos (cf., por exemplo, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1065 ou BakeryDonuts834).

1670. Destarte, os documentos descritos no presente capítulo demonstram que são colaboradores que desempenham funções nas direcções comerciais das empresas, designadamente funções de gestores de conta, gestores comerciais, ou de analistas de

preços que executam todo o processo de controlo e monitorização, e de correção dos desvios de PVP.

1671. Conforme referido, em alguns casos, as próprias mensagens de correio eletrónico demonstram que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas procedem também a contactos telefónicos para ajustar os seus comportamentos no mercado, desde logo, através da comunicação de informações relativas aos PVP praticados e a praticar, condições comerciais, discussão do envio de talões comprovativos de determinado PVP em determinada empresa de distribuição, etc.

1672. Por exemplo, neste sentido, veja-se o documento BakeryDonuts796, que consiste numa troca de *emails* realizada entre 30 e 31 de janeiro de 2006, sobre o assunto “*RE: Urgente – Panrico Shopping 600gr*”, no âmbito da qual o Feira Nova é alertado para um potencial corte de fornecimento de um produto do *portfolio* da Bimbo Donuts, referindo a *KAM* que terá “*indicações da nossa Direcção Comercial para suspender o fornecimento às lojas onde os PVP não estejam alinhados!*”, e, horas mais tarde, a colaboradora do Feira Nova dá a seguinte informação às suas lojas:

Boa tarde,

acabei de receber um telefonema da **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]** da Panrico, diz que conseguiu que o Pingo Doce, o Minipreço e o Dia colocassem este artigo a 1,59.
Coloquem s.f.f. também este preço até shopping em contrário.

Cumprimentos,
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1673. Trata-se, por conseguinte, de uma rede de contactos tendencialmente estável, visto que a troca desta informação ocorre normalmente entre os mesmos pontos de contacto do fornecedor e de cada empresa de distribuição visada.

1674. Em particular no que diz respeito ao fornecedor, verifica-se que os *KAM* responsáveis pela gestão da conta de determinadas empresas de distribuição exercem essas funções durante um período relativamente expandido no tempo, reportando sempre a uma única chefia dentro da empresa, normalmente aos diretores do canal *Off-Trade* (canal alimentar).

1675. A análise da prova permite igualmente identificar uma organização sólida, com um conjunto de colaboradores relativamente constante, ainda que o procedimento tendente ao alinhamento dos preços exista, ao longo do tempo, independentemente da mudança

de colaboradores dentro dos departamentos responsáveis pela política comercial das diferentes empresas visadas.

1676. Ou seja e concretizando, a solidez da organização e o enraizamento do *modus operandi* das diversas empresas visadas – expressa ao longo do acervo documental – permite que, na substituição de um ponto de contacto ou interlocutor por um novo colaborador, seja garantida a continuidade e a estabilidade do procedimento de monitorização, controlo e de correção dos desvios de PVP.
1677. O contacto entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas encontra-se, nessa medida, institucionalizado. Estes contactos são reiterados e frequentes, fazendo parte das funções dos colaboradores das diversas empresas e, em inúmeras situações, sendo dado reporte ou conhecimento aos responsáveis pela direção ou fiscalização dos departamentos comerciais das respetivas empresas.
1678. Com efeito, tipicamente, as tarefas dos colaboradores das empresas de distribuição visadas compreendem necessariamente a articulação com o *KAM* do fornecedor no sentido de transmitir e/ou obter informação, designadamente sobre os PVP implementados ou a implementar no mercado (seus e dos seus concorrentes).
1679. Tais tarefas estão perfeitamente definidas e as mensagens de correio eletrónico demonstram com clareza a ampla capacidade de monitorização do nível de preços praticado no mercado por cada uma das empresas de distribuição visadas (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).
1680. Da prova coligida resulta que a troca de informação analisada tem um carácter simultaneamente bilateral e multilateral, pois resulta essencialmente de vários conjuntos de feixes (comunicações) bilaterais entre o fornecedor e as diferentes empresas de distribuição visadas (cf., neste sentido, entre outros, os documentos BakeryDonuts638, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts10 e MCH1133).
1681. Com efeito, a informação (relativa a preços ou outras condições passados, presentes e/ou futuros) é geralmente transmitida pelos colaboradores de determinada empresa de distribuição ao interlocutor do fornecedor (e vice-versa), sendo que é este último que posteriormente procede à transmissão dessa mesma informação aos colaboradores das empresas de distribuição concorrentes.

1682. O fornecedor é frequentemente o destinatário (inicial) da informação remetida por uma empresa de distribuição, funcionando como o elo de ligação na passagem/transmissão dessa mesma informação a uma empresa de distribuição concorrente.
1683. No presente caso, constam dos autos múltiplas situações em que se verifica que o fornecedor recebe, ou ele próprio recolhe, talões comprovativos da implementação de um determinado PVP por determinada empresa de distribuição, que depois envia às empresas de distribuição concorrentes (capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).
1684. Por fim, com particular relevância para a análise, verifica-se com base nos documentos juntos aos autos que a troca de informação tem subjacente uma regra de reciprocidade, nos termos da qual cada empresa de distribuição visada faculta ao fornecedor informação na expectativa, senão mesmo no pressuposto, de que não só receberá, também através do fornecedor, informação idêntica dos seus concorrentes, mas também e principalmente, que todas as empresas de distribuição concorrentes – se ainda não o tiverem feito – irão ajustar o seu comportamento (designadamente, os seus PVP) em função da informação transmitida pelo fornecedor (cf. neste sentido, e entre outros referidos *supra*, os parágrafos 988 a 989, 1009 a 1010, 1429, 1443, 1457 a 1459 e 1570 da presente Decisão).
1685. De todo o exposto decorre que, relativamente aos meios, forma e organização do processo de alinhamento horizontal dos preços, as empresas de distribuição visadas trocam entre si, por intermédio do fornecedor, informação por mensagens de correio eletrónico (*email*), bem como por outros meios (presencialmente, por telefone) através de uma rede de contactos estável e de forma institucionalizada, com carácter de reciprocidade e com pleno conhecimento das hierarquias.
1686. No presente caso, a troca de informação é caracterizada simultaneamente como bilateral e multilateral, tendo um carácter de reciprocidade, na medida em que, apesar de ser o fornecedor quem contacta de forma direta (bilateralmente) cada uma das empresas de distribuição visadas, tais contactos são transmitidos (multilateralmente) pelo fornecedor às diversas empresas de distribuição concorrentes, que, por sua vez, têm a expectativa de que informação idêntica foi igualmente enviada para os seus concorrentes, que irão ajustar o seu comportamento (designadamente os seus PVP) em função da informação transmitida, de modo a estabelecer, facilitar, promover e/ou garantir um alinhamento

horizontal dos preços de venda no mercado, os quais interessa igualmente ao fornecedor que sejam mantidos em determinados níveis.

III.3.2.1 Pronúncia das Visadas

1687. Relativamente aos meios, forma e organização do conjunto de condutas que consubstanciam a prática que lhes é imputada, as visadas alegam que a AdC não faz uma interpretação correta do que são os habituais contactos lícitos entre fornecedor e distribuidores, bem como, em alguns casos, as visadas arguem que não há prova de comunicação entre as empresas de distribuição visadas, pelo que inexistente fundamento para declarar a existência de uma infração de natureza horizontal⁵⁷¹.

1688. Em segundo lugar, a MCH e a Pingo Doce contestam a afirmação da AdC de que os agentes envolvidos recorrem a uma linguagem específica e a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo, negando a verificação de qualquer tipo de secretismo associado à prática investigada⁵⁷².

1689. Finalmente, as visadas alegam que, em todo o caso, a informação trocada em comunicações descritas na presente Decisão é pública⁵⁷³.

III.3.2.2 Apreciação da Autoridade

1690. Analisadas as Pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão (igualmente analisados na Nota de Ilícitude), a AdC tem de concluir pela improcedência dos argumentos invocados pelas visadas quanto à matéria de facto que subjaz aos meios, forma e organização dos comportamentos em causa.

1691. Com efeito, não se ignora que uma relação comercial entre fornecedor e distribuidor, que dura ao longo de um período alargado de tempo (vários anos), tenha necessariamente de implicar uma troca de comunicações frequentes entre responsáveis dos respetivos departamentos comerciais, abordando-se temas sensíveis de negociação e discutindo-se preços (embora essencialmente na perspetiva grossista).

⁵⁷¹ Cf. §12 da PNI MCH, §437 da PNI Pingo Doce, §20 da PNI Auchan.

⁵⁷² Cf. §440 da Nota de Ilícitude e § 357 a 360 da PNI MCH e §288 a 290 da PNI Pingo Doce.

⁵⁷³ Cf. § 457 e 544 da PNI MCH.

1692. No entanto, o que resulta dos elementos probatórios é que essas trocas de comunicações iam muito para além desse tipo de mensagens, servindo como meio de pôr em prática os comportamentos que consubstanciam a infração que se imputa às visadas, nos termos acima evidenciados.
1693. De facto, eram assumidas como funções dos colaboradores da Bimbo Donuts e das empresas de distribuição visadas a articulação entre fornecedor e insígnias no sentido de transmitir e/ou obter informação, designadamente sobre os PVP implementados ou a implementar no mercado (cf. capítulo III.3.1.3 *supra*), o controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado (cf. capítulo III.3.1.4 *supra*), a correção de desvios (cf. capítulo III.3.1.5 *supra*) e a adoção de formas de pressão, coação e retaliação (cf. capítulo III.3.1.6 *supra*), com o objetivo de alinhar os PVP.
1694. E essas funções eram desempenhadas através dos contactos regulares e institucionais que estabeleciam, nos termos que resultam abundantemente demonstrados nos capítulos precedentes.
1695. Daí que a ilicitude dos comportamentos não decorra da existência de contactos em si, mas no conteúdo dos mesmos no contexto e em execução da prática *sub judice*, conforme resulta dos elementos probatórios já elencados.
1696. Relativamente às comunicações não serem efetuadas diretamente entre as empresas de distribuição visadas, tal é enquadrável na tipologia da infração que se lhes imputa.
1697. Com efeito, na prática de *hub and spoke*, as comunicações são feitas indiretamente, por via do fornecedor (com o qual cada empresa de distribuição visada contacta bilateralmente), que passa a mensagem aos distribuidores de forma a promover/manter o alinhamento dos mesmos.
1698. A existir comunicação direta, de conteúdo equivalente à que resulta dos autos, estar-se-ia perante um “tradicional” cartel e não uma prática concertada de “*hub and spoke*”.
1699. Assim, é normal e expectável que inexistam elementos probatórios com tais comunicações diretas, até porque as visadas aproveitavam as relações comerciais que licitamente tinham para prosseguir esta prática (ilícita), pelo que o meio utilizado para passagem de informação era a Bimbo Donuts.
1700. Com efeito, a informação é geralmente transmitida pelos colaboradores de determinada empresa de distribuição ao interlocutor do fornecedor (e vice-versa), sendo que é este

último que posteriormente procede à transmissão dessa mesma informação aos colaboradores das empresas de distribuição visadas concorrentes.

1701. Da prova recolhida resulta demonstrado que o fornecedor constitui, assim, o veículo da informação transmitida por uma empresa de distribuição, funcionando como elo de ligação na passagem/transmissão dessa mesma informação a uma empresa de distribuição concorrente.

1702. Com particular relevância para a análise, verifica-se, com base nos documentos juntos aos autos, que esta troca de informação é caracterizada simultaneamente como bilateral e multilateral e tem subjacente uma regra de reciprocidade, nos termos da qual cada empresa de distribuição visada faculta informação ao fornecedor na expectativa, senão mesmo no pressuposto, de que não só receberá, igualmente através do fornecedor, informação idêntica dos seus concorrentes, mas também e principalmente, que todas as empresas de distribuição concorrentes irão ajustar o seu comportamento (designadamente os seus PVP) em função da informação transmitida.

1703. Situações em que se verifica esta expectativa podem ser encontradas, designadamente, nos documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts636, BakeryDonuts637, BakeryDonuts657, BakeryDonuts606, BakeryDonuts612, BakeryDonuts666, BakeryDonuts654, BakeryDonuts642, BakeryDonuts617, BakeryDonuts603, BakeryDonuts775, BakeryDonuts737, BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts755, BakeryDonuts726, BakeryDonuts800, BakeryDonuts799, BakeryDonuts709, BakeryDonuts594, BakeryDonuts727, BakeryDonuts749, BakeryDonuts639, BakeryDonuts753, BakeryDonuts733, BakeryDonuts756, BakeryDonuts719, BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts728, BakeryDonuts758, BakeryDonuts744, BakeryDonuts792, BakeryDonuts852, BakeryDonuts754, BakeryDonuts711, BakeryDonuts900, BakeryDonuts883, BakeryDonuts952, BakeryDonuts1501, BakeryDonuts908, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1051, BakeryDonuts964, BakeryDonuts1095, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts987, BakeryDonuts973, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1138, BakeryDonuts1096, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1072,

BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts137,
BakeryDonuts142, BakeryDonuts147, BakeryDonuts181, BakeryDonuts77,
BakeryDonuts168, BakeryDonuts228, BakeryDonuts163, BakeryDonuts226,
BakeryDonuts125, BakeryDonuts118, BakeryDonuts14, BakeryDonuts121,
BakeryDonuts272, BakeryDonuts1421, BakeryDonuts66, BakeryDonuts293,
BakeryDonuts1449, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1771, BakeryDonuts582,
MCH1133, MCH1150, MCH1151, MCH1120 , MCH1154, MCH1136.

1704. Não se ignora que a fonte inicial de muita da informação circulada é, amiúde, o próprio fornecedor – que tem igualmente interesse na definição e fixação dos PVP dos produtos do seu *portfólio* –, sendo que esse *input* funciona, em regra, como premissa para o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos em causa, nos termos acima descritos.

1705. Relativamente ao segundo argumento relativo à inexistência de qualquer tipo de secretismo associado à prática investigada, cumpre desde logo constatar, pela força da sua evidência, que a prova demonstra uma preferência por mensagens escritas sucintas e com recurso a uma linguagem constituídas por simples iniciais ou abreviaturas, bem como por expressões lacónicas, ainda que facilmente compreensíveis pelos respetivos recetores.

1706. Nomeadamente, o recurso à expressão “pvp recomendado”, quando os intervenientes sabiam que se tratavam de verdadeiros PVP, não associados a negociações privadas em que se discutam matérias sensíveis como descontos e margens.

1707. Recorde-se, quanto a este ponto, o documento BakeryDonuts10, em que uma KAM da Bimbo Donuts alerta os seus colaboradores para desvios detetados pela MCH nas lojas Auchan, afirmando ainda:

“Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre. Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem”.

1708. No mesmo sentido de laconismo e secretismo num contexto em que todos entendem o teor das respetivas mensagens, evidencie-se que, quando as visadas identificam os PVP como estão “ok” ou “corretos”, querem significar que estão alinhados. Outro sentido não resulta, nem poderia resultar, do acervo probatório dos autos e do contexto que o mesmo corporiza e que tem vindo a ser detalhadamente descrito na presente Decisão

(cf. documentos BakeryDonuts910, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts876, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts91, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts181, BakeryDonuts753, BakeryDonuts77, BakeryDonuts220, BakeryDonuts168).

1709. E também quando alguns intervenientes mencionam a necessidade de “regularização”, “intervenção”, “correção” e “resolução” em algumas lojas de empresas de distribuição visadas, só podem referir-se à necessidade de correção dos desvios detetados (cf. documentos BakeryDonuts755, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts221, BakeryDonuts222, BakeryDonuts614, BakeryDonuts14, BakeryDonuts670, BakeryDonuts756, BakeryDonuts828, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts226, BakeryDonuts140, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts181, BakeryDonuts168, BakeryDonuts172, BakeryDonuts149, BakeryDonuts230, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts66).

1710. Por fim, o uso de expressões como “situação resolvida”, “regularizada” ou “corrigida” para se referirem a correções de preços que já teriam sido alcançadas (cf. documentos BakeryDonuts1159, BakeryDonuts85, BakeryDonuts266, BakeryDonuts654, BakeryDonuts719, BakeryDonuts188, BakeryDonuts793, BakeryDonuts1253, MCH1140, MCH1136).

1711. Ora, a preocupação em utilizar expressões lacónicas, genéricas e cautelosas não pode ser dissociada do contexto em que as mesmas são empregues, uma vez que é nesse e por causa desse contexto que todos os envolvidos nos contactos percebem o sentido e alcance de tais expressões.

1712. Por vezes, no entanto, os cuidados são menores e as visadas recorrem a expressões mais explícitas, como seja o “*alinhamento de mercado*” e ao “*nivelamento dos PVP*” (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts665, BakeryDonuts602, BakeryDonuts792, BakeryDonuts142, BakeryDonuts125, BakeryDonuts628, BakeryDonuts624, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts808, BakeryDonuts166, BakeryDonuts138, BakeryDonuts140, BakeryDonuts137, BakeryDonuts163, BakeryDonuts845, BakeryDonuts957, BakeryDonuts298, BakeryDonuts167, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts670 e conversações n.º 8, 54, 154, 152, 104 e 109).

1713. Relativamente ao mencionado documento MCH1721, a MCH justifica a temática do mesmo como não respeitante à prática *sub judice*, embora sem demonstrar que assim seja⁵⁷⁴. E, mais importante, nada dizendo sobre o comportamento de ocultação em causa, que é o da MCH difundir internamente, através de uma das suas diretoras comerciais, a ordem de apagar mensagens onde se discutam preços com fornecedores.

1714. Recorde-se o teor de tal documento, melhor descrito *supra* no parágrafo 1668:

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 19:44
To:
Subject: Cuidados a ter

Boa tarde,

Envio para conhecimento.

Parece-me uma excelente recomendação.

Para evitar a divulgação deste mail sugiro que destruam o mesmo e que passem (reforcem) a mensagem verbalmente.

Devem tb ter cuidado com toda a documentação escrita, seja prints de mails, sejam notas de reuniões.

Obrigado,

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 9:02
To:
Cc:
Subject:

Bom dia,

Tendo em conta todas as notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores, venho alertar para a necessidade, se ainda não o fizeram, de eliminarem todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas.

Principalmente aqueles que não obedecem ao mail-tipo que temos implementado com a ajuda do Dep. Legal.

Obrigada.

Atentamente,

[ASSINATURA MCH]

⁵⁷⁴ Cf. §361 e ss. da PNI MCH. Em concreto, a MCH impugna especificamente a utilização do documento MCH1721, alegando que o tema regulatório subjacente à conversação é distinto do tema subjacente ao processo, tratando-se da relação comercial entre distribuidores e fornecedores na perspetiva das práticas individuais restritivas do comércio (cf. § 361 a 368 e doc. N.º 2 anexo à PNI MCH).

1715. Não obstante o teor do documento ser suficientemente esclarecedor e dispensar explicações adicionais, a AdC destaca os seguintes aspetos:

- i) Trata-se de um *email* enviado pela Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo aos colaboradores que lhe estão subordinados, sobre notícias que vieram a público e que davam conta de investigações que a AdC estaria a efetuar no setor da distribuição retalhista às relações entre fornecedores e distribuidores;
- ii) A mensagem escrita pela Diretora Comercial da MCH revela que esta assume a existência de *emails* internos e de *emails* trocados com fornecedores sobre preços aplicáveis ao retalho alimentar e que o seu conteúdo exige a sua eliminação, face à possibilidade de a MCH vir a ser alvo das investigações da AdC em curso, sendo dada essa ordem expressa pela Diretora Comercial da MCH;
- iii) A mensagem da Diretora Comercial é reencaminhada às respetivas equipas comerciais, conforme sua indicação e instruções, referindo-se que a disseminação da mensagem deverá ser feita verbalmente a partir desse momento.

1716. Portanto, este documento permite concluir que, em julho de 2009, a MCH discutia PVP com os seus fornecedores de Produtos de Grande Consumo (em que os produtos da Bimbo Donuts se inserem).

1717. Permite também concluir que tais discussões sobre PVP podiam ser percecionadas pela AdC como reveladoras de uma prática anticoncorrencial.

1718. Permite ainda concluir que, na iminência de ser alvo de uma investigação pela AdC, a Diretora Comercial da MCH decide dar uma instrução aos seus subordinados e respetivas equipas, no sentido de eliminar todo e qualquer meio de prova existente sobre discussões de PVP entre retalhistas e fornecedores.

1719. E note-se que a instrução dada pela Diretora Comercial da MCH não se traduz na eliminação das práticas em causa, mas sim na eliminação de toda e qualquer prova documental suscetível de as revelar.

1720. Demonstrando, assim, a consciência da visada da ilicitude do seu comportamento, atuando no sentido de evitar a sua deteção pela Autoridade da Concorrência.

1721. Portanto, não poderá a AdC ignorar que, pelo menos nesta ocasião, a Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo instruiu expressamente os seus colaboradores a eliminar todos os *emails* internos e com conversações externas com os fornecedores que verse sobre preços (cf. documento MCH1721).
1722. De facto, de forma clara, a preocupação da MCH não é a de não realizar de todo conversas de cariz ilegal com os seus fornecedores (seja sobre o tema das PIRC, como alega, seja sobre alinhamento anticoncorrencial de preços), mas antes a de assegurar o cuidado de todos os internamente envolvidos de que tais conversas, depois de tidas, devem ser eliminadas.
1723. A AdC conclui, assim, pela inequívoca relevância probatória do documento MCH1721 no contexto do processo, contribuindo de forma suficientemente séria, precisa e concordante, para a demonstração das condutas que *infra* se qualificam como uma infração e para a sua imputação a, pelo menos, uma empresa de distribuição visada: a MCH, revelando ainda aspetos do relacionamento desta com os respetivos fornecedores.
1724. Conclui-se, assim, que há nos autos prova irrefutável de que existe, de facto, um conjunto de circunstâncias que revelam secretismo associado à prática investigada.
1725. Finalmente, conforme se demonstrará *infra* no capítulo IV.1.4.2, este “*cuidado*” na eliminação das mensagens e na utilização de linguagem dissimulada, revela a consciência do ilícito por parte das visadas.
1726. Revela, também, que os termos em que a prática se desenvolvia estavam consensualizados e estabilizados entre as empresas visadas. Um dos exemplos mais reveladores dessa consciência e estabilização dos procedimentos entre as empresas visadas resulta das situações em que uma insígnia envia ao fornecedor um *email* (praticamente sem texto) com uma tabela de *shopping*: o fornecedor sabe que comportamento é esperado (pela insígnia) e como deve agir para lograr o objetivo pretendido com o envio dessa tabela, e reage em conformidade com o esperado – o que se vê na prova constante dos autos (cf., designadamente, documentos BakeryDonuts1159, BakeryDonuts755 e MCH1133).
1727. Quanto ao terceiro argumento de defesa, relativo ao alegado carácter “público” da informação veiculada nas comunicações descritas na presente Decisão, bastará

recordar o teor de alguns documentos para encontrar prova suficientemente esclarecedora de que os PVP constantes dessas comunicações são “PVP pré-fixados”, ou seja, são PVP que serão aplicados pelas insígnias no futuro e que, portanto, são objeto de referência num momento em que não são ainda do domínio público (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts665, BakeryDonuts602, BakeryDonuts726, BakeryDonuts908, BakeryDonuts142, BakeryDonuts624, BakeryDonuts163, BakeryDonuts165, BakeryDonuts147, BakeryDonuts149, BakeryDonuts777, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts137, BakeryDonuts614, BakeryDonuts749, BakeryDonuts834, BakeryDonuts882).

1728. Acresce que estão em causa PVP futuros de várias insígnias, os quais não seriam ou não deveriam ser do conhecimento das concorrentes.

1729. Neste sentido, pode ler-se nas referidas comunicações: *“está definido para o próximo dia 31/Março/2005 um alinhamento geral de PVP em 4 artigos de “guerra” da Panrico, alinhamento esse ao qual as insígnias Dia%, Sonae e Feira Nova já aderiram!”* (cf. documento BakeryDonuts665); *“[e]stamos a tentar alinhar todas as cadeias para 0,99 de modo a estabelecer este PVP como mínimo à semelhança do que fizemos com outros formatos!”* (cf. documento BakeryDonuts602); *“1-Bollycao 4 e Pão 600gr. – O Plus está com estes SKU em folheto a 2,59€ e 1,49€ respectivamente. Este folheto termina amanhã (6ªfeira) e o Plus garantiu-me que 2ªfeira terá os PVP todos correctos. Com esta subida a Sonae alinha para 3ªfeira”* (cf. documento BakeryDonuts910); *“Como sabe o PD e a Sonae sobem preços à 4ª feira e o Dia apenas à 5ª... O problema com alguns produtos está exactamente aqui... Assim, e ao contrário daquilo que costumamos fazer pergunto-lhe se, apenas nos produtos em que não conseguimos subir esta semana, se os consegue subir já na 5ª feira, alinhando o mercado de seguida”* (cf. documento BakeryDonuts1532); *“Estes são os preços sugeridos para todas as insignias e que estarão no mercado no dia 8.”* (cf. documento BakeryDonuts749); *“Jumbo ARRABIDA 2.25€ - Bollycao 2,69; Dokyo 1,98€ - corrigidos para amanhã”* (cf. documento BakeryDonuts1253)

1730. A AdC forma, assim, a sua convicção de que as evidências que se extraem da prova junta aos autos relativa aos meios, forma e organização dos comportamentos investigados contribuem de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a

declaração de existência de uma prática anticoncorrencial de natureza horizontal, conforme *infra* qualificada no capítulo do Direito.

III.3.3 Envolvimento das Visadas

1731. Como se observou nas secções precedentes, a matéria de facto descrita na presente Decisão indicia que os comportamentos em investigação foram acontecendo de modo generalizado, constante e organizado.

1732. Neste aspeto, é reveladora a existência de comunicações: (i) de teor idêntico ao longo de vários anos; (ii) que dão conta às empresas de distribuição visadas que determinada insígnia passará a praticar ou deixará de praticar determinado PVP; ou ainda (iii) que revelam que, nos contactos bilaterais com o fornecedor, as comunicações tendentes a operacionalizar o nivelamento dos PVP são muitas vezes reveladas a outra empresa de distribuição, assim se criando uma cadeia de comunicações (ainda que indireta) entre concorrentes; ou, finalmente, (iv) que os comportamentos descritos extravasam o correio eletrónico e ocorrem também por telefone e/ou por contactos presenciais.

1733. Considera-se como meios de prova dos comportamentos descritos nas secções precedentes os *emails* trocados internamente em cada empresa, os *emails* trocados diretamente entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor, bem como as comunicações indiretas entre as empresas de distribuição visadas, designadamente as mensagens veiculadas pelo fornecedor (Bimbo Donuts) entre as empresas de distribuição visadas, que reportam ou indicam determinado comportamento (desviante ou no sentido do alinhamento) de determinada empresa de distribuição concorrente.

1734. Não obstante a prova constante do processo sugerir uma prática tendencialmente homogénea e generalizada, o grau de envolvimento das visadas pode divergir entre si, em função da duração da participação de cada uma das visadas, do papel de cada uma (com fornecedor e insígnias a assumirem tarefas distintas, embora orientadas ao mesmo fim), bem como dos factos concretamente apurados relativamente às mesmas.

1735. Com efeito, apesar de alguma estabilidade ao longo do tempo, a prova coligida não permite concluir que todas as empresas visadas tenham participado exatamente nos mesmos momentos ou com a mesma intensidade/envolvimento nos comportamentos *sub judice*.

1736. Nessa medida, deverá identificar-se a duração da participação de cada uma das visadas por referência à data dos elementos de prova constantes dos autos com relevância para a imputação dos factos, bem como avaliar, por referência a cada uma das visadas, a factualidade que decorre do acervo probatório do processo.

1737. Independentemente da duração ou do grau do respetivo envolvimento, a prova constante do processo indicia em todo o caso uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das visadas, que decorre não só do facto de existirem *emails* em todos os anos do período de tempo considerado relevante para os efeitos da infração, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento⁵⁷⁵ ou circunstância do período de tempo considerado, ou que demonstre que as visadas tenham feito algo para que a prática cessasse ou, ainda, que dela se tenham afastado expressamente.

1738. Neste quadro, estabelece-se, nos capítulos subsequentes, o envolvimento de cada visada, tendo em consideração a factualidade descrita na presente Decisão.

III.3.3.1 Bimbo Donuts

1739. Sobre o envolvimento concreto da Bimbo Donuts na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a visada:

- (i) Acordava com as empresas de distribuição visadas o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts665, BakeryDonuts726, BakeryDonuts910, BakeryDonuts595, BakeryDonuts623, BakeryDonuts650, BakeryDonuts657, BakeryDonuts658, BakeryDonuts667, BakeryDonuts596, BakeryDonuts611, BakeryDonuts632, BakeryDonuts638, BakeryDonuts639, BakeryDonuts651, BakeryDonuts652, BakeryDonuts767, BakeryDonuts610, BakeryDonuts613, BakeryDonuts630, BakeryDonuts624, BakeryDonuts749, BakeryDonuts828 e

⁵⁷⁵ Apesar de, em alguns anos, a intensidade dos comportamentos ter diminuído, tal como será analisado *infra*.

ainda os documentos que integram as conversações n.º 54, n.º 104, n.º 152 e n.º 176);

(ii) Solicitava expressamente às empresas de distribuição visadas que implementassem determinado posicionamento de PVP, que não se desviassem do posicionamento de PVP acordado e/ou que corrigissem eventuais desvios (cf. documentos BakeryDonuts20, BakeryDonuts618, BakeryDonuts619, BakeryDonuts670, BakeryDonuts602, BakeryDonuts603 BakeryDonuts957, BakeryDonuts164, BakeryDonuts713, BakeryDonuts798, BakeryDonuts712, BakeryDonuts711, BakeryDonuts626, BakeryDonuts792, BakeryDonuts963, BakeryDonuts769, BakeryDonuts702, BakeryDonuts122, BakeryDonuts643, BakeryDonuts730, BakeryDonuts779, BakeryDonuts774, BakeryDonuts614, BakeryDonuts266, BakeryDonuts964, BakeryDonuts717, BakeryDonuts1139, BakeryDonuts714, BakeryDonuts789, BakeryDonuts772, BakeryDonuts654, BakeryDonuts729, BakeryDonuts142, BakeryDonuts854, BakeryDonuys727, BakeryDonuts612, BakeryDonuts125, BakeryDonuts793, BakeryDonuts788, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1096, BakeryDonuts797, BakeryDonuts740, BakeryDonuts181, BakeryDonuts744, BakeryDonuts973, BakeryDonuts900, BakeryDonuts776, BakeryDonuts719, BakeryDonuts770, BakeryDonuts656, BakeryDonuts168, BakeryDonuts648, BakeryDonuts615, BakeryDonuts663, BakeryDonuts121, BakeryDonuts631, BakeryDonuts768, BakeryDonuts728, BakeryDonuts787, BakeryDonuts777, BakeryDonuts882, BakeryDonuts876, BakeryDonuts1097 e MCH1140, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 8, n.º 54, n.º 122, n.º 155 e n.º 257);

(iii) Era informada pelas empresas de distribuição visadas sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. documentos BakeryDonuts122, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1161, BakeryDonuts121, BakeryDonuts125, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1610, BakeryDonuts1285, BakeryDonuts662, BakeryDonuts118, e BakeryDonuts665, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 152 e n.º 154);

(iv) Veiculava a informação recebida ou recolhida entre as empresas de distribuição visadas sobre o posicionamento de PVP destas, incluindo designadamente o posicionamento de PVP futuro (cf. documentos BakeryDonuts1159,

BakeryDonuts1170, BakeryDonuts670, BakeryDonuts749, BakeryDonuts125, BakeryDonuts957, BakeryDonuts169, BakeryDonuts828, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts654, BakeryDonuts637, BakeryDonuts793, BakeryDonuts754, BakeryDonuts719, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts181, BakeryDonuts121, BakeryDonuts163, BakeryDonuts726, BakeryDonuts728, BakeryDonuts777, BakeryDonuts882, MCH1132, MCH1133, e ainda os documentos que integram as conversações n.º33, n.º 152, n.º 155, n.º 156, n.º 257 e n.º 318);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através do reporte pelas empresas de distribuição visadas (cf. os documentos BakeryDonuts755, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts91, BakeryDonuts188, BakeryDonuts183, BakeryDonuts210, BakeryDonuts77, BakeryDonuts161, BakeryDonuts1502, BakeryDonuts10, BakeryDonuts748, BakeryDonuts749, BakeryDonuts957, BakeryDonuts46, BakeryDonuts718, BakeryDonuts60, BakeryDonuts832, BakeryDonuts833, BakeryDonuts83, BakeryDonuts84, BakeryDonuts756, BakeryDonuts828, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1160, BakeryDonuts840, BakeryDonuts85, BakeryDonuts910, BakeryDonuts754, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, MCH1132, MCH1133 e MCH1144, MCH1151, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 33, n.º 54, n.º 122, n.º 154, n.º 155, n.º 156 e n.º 365);

(vi) Era pressionada pelas empresas de distribuição visadas para obter e facultar informação sobre o posicionamento de PVP futuro de insígnias concorrentes e para atuar junto das insígnias desviantes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP do mercado (cf. documentos BakeryDonuts755, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts91, BakeryDonuts226, BakeryDonuts77, BakeryDonuts1156, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts756, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts85, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts628, BakeryDonuts66, MCH1133, MCH1144, MCH1134 e MCH1120, MCH1151, MCH1136 e ainda os documentos que integram as conversações n.º 80, n.º 155, n.º 290 e n.º 318); e

(vii) Ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar as empresas de distribuição visadas a reposicionar os PVP de acordo com o nível pretendido (cf. documentos BakeryDonuts822, BakeryDonuts753, BakeryDonuts791, BakeryDonuts209, BakeryDonuts710, BakeryDonuts808, BakeryDonuts796, BakeryDonuts799, BakeryDonuts800, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts780, BakeryDonuts664, BakeryDonuts1222, BakeryDonuts739, BakeryDonuts728, BakeryDonuts883, BakeryDonuts685, BakeryDonuts689, BakeryDonuts1121, BakeryDonuts923, BakeryDonuts837, BakeryDonuts1126, BakeryDonuts882 e MCH1120, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 290 e n.º 110).

1740. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos BakeryDonuts1, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1012, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts1019, BakeryDonuts1020, BakeryDonuts1029, BakeryDonuts103, BakeryDonuts1030, BakeryDonuts1033, BakeryDonuts104, BakeryDonuts1075, BakeryDonuts1581, BakeryDonuts105, BakeryDonuts1051, BakeryDonuts106, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts965, BakeryDonuts973, BakeryDonuts974, BakeryDonuts1069, BakeryDONuts1070, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1073, BakeryDonuts690, BakeryDonuts691, BakeryDonuts1080, BakeryDonuts1081, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1084, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1090, BakeryDonuts1091, BakeryDonuts1092, BakeryDonuts1095, BakeryDonuts1098, BakeryDonuts1100, BakeryDonuts1102, BakeryDonuts1103, BakeryDonuts1104, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1107, BakeryDonuts1116, BakeryDonuts1119, BakeryDonuts112, BakeryDonuts1120, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts1127, BakeryDonuts1128, BakeryDonuts1129, BakeryDonuts113, BakeryDonuts1131, BakeryDonuts1132, BakeryDonuts1134, BakeryDonuts1138, BakeryDonuts1150, BakeryDonuts1151, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1158, BakeryDonuts1169, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts1223, BakeryDonuts1177, BakeryDonuts1187, BakeryDonuts1189, BakeryDonuts1205, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts1193, BakeryDonuts1195, BakeryDonuts1196, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1199, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts12, BakeryDonuts120, BakeryDonuts1201, BakeryDonuts1202,

BakeryDonuts1207, BakeryDonuts1221, BakeryDonuts1243, BakeryDonuts1259,
 BakeryDonuts1281, BakeryDonuts13, BakeryDonuts135, BakeryDonuts136,
 BakeryDonuts137, BakeryDonuts1372, BakeryDonuts138, BakeryDonuts1388,
 BakeryDonuts139, BakeryDonuts14, BakeryDonuts140, BakeryDonuts1402,
 BakeryDonuts1403, BakeryDonuts141, BakeryDonuts1420, BakeryDonuts1421,
 BakeryDonuts1426, BakeryDonuts1427, BakeryDonuts1428, BakeryDonuts1431,
 BakeryDonuts1432, BakeryDonuts1433, BakeryDonuts1434, BakeryDonuts1435,
 BakeryDonuts1445, BakeryDonuts146, BakeryDonuts147, BakeryDonuts1477,
 BakeryDonuts148, BakeryDonuts149, BakeryDonuts150, BakeryDonuts1521,
 BakeryDonuts1524, BakeryDonuts908, BakeryDonuts909, BakeryDonuts1528,
 BakeryDonuts1532, BakeryDonuts1534, BakeryDonuts154, BakeryDonuts1567,
 BakeryDonuts160, BakeryDonuts1609, BakeryDonuts1611, BakeryDonuts1614,
 BakeryDonuts1632, BakeryDonuts1641, BakeryDonuts1646, BakeryDonuts1649,
 BakeryDonuts165, BakeryDonuts1653, BakeryDonuts166, BakeryDonuts167,
 BakeryDonuts1677, BakeryDonuts170, BakeryDonuts171, BakeryDonuts172,
 BakeryDonuts174, BakeryDonuts1745, BakeryDonuts1768, BakeryDonuts1773,
 BakeryDonuts196, BakeryDonuts20, BakeryDonuts203, BakeryDonuts204,
 BakeryDonuts21, BakeryDonuts41, BakeryDonuts219, BakeryDonuts220,
 BakeryDonuts221, BakeryDonuts222, BakeryDonuts824, BakeryDonuts228,
 BakeryDonuts229, BakeryDonuts230, BakeryDonuts231, BakeryDonuts237,
 BakeryDonuts248, BakeryDonuts259, BakeryDonuts282, BakeryDonuts34,
 BakeryDonuts340, BakeryDonuts341, BakeryDonuts35, BakeryDonuts55,
 BakeryDonuts819, BakeryDonuts821, BakeryDonuts582, BakeryDonuts809,
 BakeryDonuts807, BakeryDonuts845, BakeryDonuts851, BakeryDonuts981,
 BakeryDonuts982, BakeryDonuts983, BakeryDonuts984, BakeryDonuts950,
 BakeryDonuts831, BakeryDonuts810, BakeryDonuts790, BakeryDonuts786,
 BakeryDonuts785, BakeryDonuts784, BakeryDonuts783, BakeryDonuts757,
 BakeryDonuts671, BakeryDonuts669, BakeryDonuts674, BakeryDonuts68,
 BakeryDonuts583, BakeryDonuts263, BakeryDonuts264, BakeryDonuts265,
 BakeryDonuts269, BakeryDonuts270, BakeryDonuts271, BakeryDonuts272,
 BakeryDonuts273, BakeryDonuts274, BakeryDonuts308, BakeryDonuts309,
 BakeryDonuts310, BakeryDonuts311, BakeryDonuts312, BakeryDonuts313,
 BakeryDonuts267, BakeryDonuts268, BakeryDonuts27, BakeryDonuts286,

BakeryDonuts290, BakeryDonuts293, BakeryDonuts48, BakeryDonuts49,
 BakeryDonuts53, BakeryDonuts54, BakeryDonuts57, BakeryDonuts591,
 BakeryDonuts593, BakeryDonuts605, BakeryDonuts594, BakeryDonuts598,
 BakeryDonuts599, BakeryDonuts600, BakeryDonuts601, BakeryDonuts608,
 BakeryDonuts617, BakeryDonuts604, BakeryDonuts606, BakeryDonuts607,
 BakeryDonuts609, BakeryDonuts620, BakeryDonuts625, BakeryDonuts627,
 BakeryDonuts633, BakeryDonuts634, BakeryDonuts646, BakeryDonuts649,
 BakeryDonuts653, BakeryDonuts655, BakeryDonuts660, BakeryDonuts666,
 BakeryDonuts683, BakeryDonuts684, BakeryDonuts694, BakeryDonuts695,
 BakeryDonuts696, BakeryDonuts707, BakeryDonuys708, BakeryDonuts715,
 BakeryDonuts716, BakeryDonuts720, BakeryDonuts721, BakeryDonuts722,
 BakeryDonuts723, BakeryDonuts724, BakeryDonuts732, BakeryDonuts733,
 BakeryDonuts734, BakeryDonuts737, BakeryDonuts738, BakeryDonuts741,
 BakeryDonuts743, BakeryDonuts745, BakeryDonuts746, BakeryDonuts749,
 BakeryDonuts750, BakeryDonuts751, BakeryDonuts752, BakeryDonuts758,
 BakeryDonuts759, BakeryDonuts760, BakeryDonuts761, BakeryDonuts764,
 BakeryDonuts765, BakeryDonuts766, BakeryDonuts775, BakeryDonuts78,
 BakeryDonuts781, BakeryDonuts782, BakeryDonuts794, BakeryDonuts827,
 BakeryDonuts829, BakeryDonuts838, BakeryDonuts839, BakeryDonuts855,
 BakeryDonuts884, BakeryDonuts886, BakeryDonuts893, BakeryDonuts894,
 BakeryDonuts896, BakeryDonuts897, BakeryDonuts904, BakeryDonuts910,
 BakeryDonuts924, BakeryDonuts952, BakeryDonuts959, BakeryDonuts960,
 BakeryDonuts966, BakeryDonuts967, BakeryDonuts972, BakeryDonuts985,
 BakeryDonuts987, BakeryDonuts996, BakeryDonuts997, BakeryDonuts1006,
 BakeryDonuts1010, BakeryDonuts1031, BakeryDonuts1580, BakeryDonuts1106,
 BakeryDonuts1124, BakeryDonuts1497, BakeryDonuts1501, BakeryDonuts1499,
 BakeryDonuts1764, BakeryDonuts358, BakeryDonuts742, BakeryDonuts898, e
 MCH1154.

1741. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Bimbo Donuts o conteúdo da conversação n.º 109, em que uma KAM da Bimbo Donuts escreve ao seu interlocutor na Auchan, *“Percebo perfeitamente a sua posição mas se todos os operadores tiverem a mesma posição de espera nunca conseguimos fazer nada! Daí pedirmos a colaboração e compreensão de todos!”*.

1742. Ou ainda o conteúdo do documento BakeryDonuts10, em que, face a um *shopping* indetificador de desvios de PVP no mercado face ao PVP “recomendado”, uma KAM da Bimbo Donuts refere expressamente aos seus colaboradores, “*Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre*”.

1743. Bem como, o teor do documento BakeryDonuts121, nos termos do qual se pode ler a seguinte mensagem enviada pela Bimbo Donuts a um colaborador da Auchan “*Em anexo envio uma cópia de um[a] talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Pingo Doce de Coimbra, a loja onde foi feito o vosso shopping. Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€. Peço-lhe as seguintes correções de PVP’s: Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€*”.

III.3.3.1.1 Pronúncia da Visada

1744. A pronúncia da Bimbo Donuts sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada *supra*, nos capítulos que antecedem, em particular nos referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o que ressalta como o principal argumento da sua PNI: que, ao contrário do descrito pela AdC, inexistente uma prática concertada de “*hub and spoke*”.

1745. Com efeito, entende a Bimbo Donuts que AdC não fez prova de uma prática concertada de “*hub and spoke*”, ou seja, uma troca indireta de informações entre insígnias através do fornecedor comum (troca de informações comerciais sensíveis do tipo A-B-C entre retalhistas), com o objetivo de alinhar preços de revenda de determinados produtos da Bimbo Donuts no mercado da distribuição retalhista de base alimentar, nem da existência das “quatro fases” de um suposto “*hub and spoke*” para cada alinhamento de preços, não existindo nos autos indícios probatórios suscetíveis de fundamentar a existência de uma prática concertada de *hub and spoke* que envolvesse as visadas, pelo menos desde 2010 (em concreto, nos anos 2010, 2011, 2014, 2016 e 2017)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Cf. capítulo V. da PNI Bimbo Donuts.

1746. No entender da visada, o critério seguido pela AdC na análise concreta da prova “*não oferece qualquer guia acerca do que deverá ser a demonstração nos autos de uma prática de hub and spoke*”, referindo que “*em vez de provar que, para cada alinhamento de preços no mercado, se verificaram as quatro fases, a AdC apresenta exemplos das quatro fases nos vários anos sem qualquer nexos ou encadeamento lógico ou cronológico entre eles e sem fazer prova do envolvimento da Bimbo Donuts e de pelo menos duas das empresas de distribuição visadas*”⁵⁷⁷.
1747. Segundo a Bimbo Donuts, qualquer infração que pudesse ter existido no período anterior, deixou de existir a partir de 2010, uma vez que não existem nos autos indícios probatórios suscetíveis de fundamentar a existência de uma prática de “*hub and spoke*” que envolva as visadas, pois, no entender da visada, “*a AdC teria forçosamente de fazer prova de uma multiplicidade de contactos entre a Bimbo Donuts e cada uma das visadas cobrindo as quatro fases típicas de um cartel*”⁵⁷⁸.
1748. Não obstante, a visada afirma que as mensagens que poderiam evidenciar um comportamento irregular no período entre 2010 e 2011 dizem respeito a “*emails esporádicos enviados a lojas do Auchan e do Leclerc, que representam, em conjunto, apenas cerca de 10% de quota de mercado no mercado de retalho alimentar em Portugal, por um representante de vendas da Bimbo Donuts, sem qualquer envolvimento ou conhecimento de membros da direção da empresa. E não havendo, para além disso, qualquer evidência nos autos de uma resposta dos colaboradores do Auchan ou do Leclerc a estes emails*”⁵⁷⁹.
1749. Alega a visada que estes “*emails pontuais devem ser vistos tendo em conta a existência, por vezes, de falta de cuidado na linguagem utilizada pelo colaborador da Bimbo Donuts e parecem ser o resultado, em grande medida: (i) da crescente pressão exercida pelos retalhistas para extrair melhores condições comerciais do fornecedor utilizando os*

⁵⁷⁷ Cf. capítulo V.1. da PNI Bimbo Donuts. Cf. documentos BakeryDonuts57, BakeryDonuts60, BakeryDonuts54, BakeryDonuts53, BakeryDonuts1388, BakeryDonuts55, BakeryDonuts166, BakeryDonuts120, BakeryDonuts1477, BakeryDonuts1773, BakeryDonuts1420, BakeryDonuts1426, BakeryDonuts1427, BakeryDonuts142, BakeryDonuts147, BakeryDonuts148, BakeryDonuts149, BakeryDonuts139, BakeryDonuts140, BakeryDonuts166, BakeryDonuts124, BakeryDonuts14, BakeryDonuts229, BakeryDonuts231, BakeryDonuts172, MCH1140.

⁵⁷⁸ Cf. capítulo IV.F. da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁷⁹ Cf. §233 da PNI Bimbo Donuts.

preços dos seus concorrentes como ferramenta de negociação; e (ii) da preocupação razoável e legítima da Bimbo Donuts com os preços de revenda dos seus produtos”⁵⁸⁰.

1750. Face ao exposto, a visada entende que a AdC não fez prova de que tenha existido uma prática de *hub and spoke* no período que medeia os anos de 2010 a 2012, o que, no seu entender, só pode levar a concluir que qualquer prática que tivesse ocorrido até ao ano de 2009 teria terminado em 2010. Destarte, a Bimbo Donuts na sua pronúncia, não se debruça sobre elementos probatórios constantes dos autos respeitantes ao período anterior de 2010, uma vez que considera que uma eventual prática a ocorrer entre 2004 a 2009 está fora dos poderes sancionatórios da AdC, porquanto o procedimento contraordenacional está prescrito⁵⁸¹.

1751. A partir de 2012, a visada refere-se às “*profundas alterações que se foram sentindo no mercado de retalho alimentar*” através do significativo aumento das campanhas promocionais, alegando que é esta realidade que está refletida em muitas das suas comunicações internas a partir de 2012, “*nas quais os colaboradores da empresa discutem repetidas vezes as grandes diferenças nos preços praticados nas diferentes lojas. (...)*”. Alegando ainda não ser possível “*neste ambiente de eminente concorrência, com esta ausência de transparência, alcançar um equilíbrio colusivo entre diferentes cadeias de retalho*”, fator que, no entender da Bimbo Donuts “*torna ainda menos credível o argumento de que existe uma prática concertada de hub and spoke ao longo dos anos, particularmente porque não há elementos de prova que demonstrem essa estabilidade*”⁵⁸².

III.3.3.1.2 *Apreciação da Autoridade*

1752. Analisada a pronúncia da Bimbo Donuts em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão e toda a prova que lhe subjaz, a AdC tem de concluir pela improcedência da defesa, pelas razões a seguir indicadas.

1753. Nos termos da apreciação desenvolvida no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, a AdC conclui que, no contexto da prática investigada, os PVP são definidos por cada insígnia

⁵⁸⁰ Cf. §234 da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁸¹ Cf. §13 e ss. da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁸² Cf. capítulo V.3. da PNI Bimbo Donuts.

em acordo ou concertação com o fornecedor e, de forma indireta, por via deste, com várias insígnias concorrentes, na prossecução de um objetivo comum de implementação do plano de alinhamento e subida conjunta de PVP de mercado, no sentido de viabilizar o alinhamento/concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas.

1754. Veja-se, então, de que forma participa a Bimbo Donuts e qual o seu papel na referida concertação de PVP envolvendo as insígnias.

1755. Em primeiro lugar, a prova demonstra que a Bimbo Donuts comunica às insígnias um determinado PVP a implementar no futuro, em determinada data, em função do qual coordenar-se-ão os (re)posicionamentos de PVP pelas insígnias, em conjunto e em simultâneo (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts618, BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts702, BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts624, BakeryDonuts674, BakeryDonuts666, BakeryDonuts603, BakeryDonuts643, BakeryDonuts605, BakeryDonuts797, BakeryDonuts726, BakeryDonuts767, BakeryDonuts784, BakeryDonuts717, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1075, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts963, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1161, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts137, BakeryDonuts142, BakeryDonuts166, BakeryDonuts229, BakeryDonuts125 e BakeryDonuts264).

1756. Em segundo lugar, a prova demonstra que a Bimbo Donuts informa as insígnias sobre o facto de os PVP comunicados serem a referência para a convergência (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts726, BakeryDonuts624, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1532 e BakeryDonuts142), sobre a existência de alinhamento no mercado relativamente aos PVP comunicados (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts614, BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts654, BakeryDonuts605, BakeryDonuts648, BakeryDonuts651, BakeryDonuts717, BakeryDonuts900, BakeryDonuts138, BakeryDonuts167 e BakeryDonuts163) e/ou sobre a estratégia futura de cada insígnia concorrente em matéria de (re)posicionamento de PVP e respetiva calendarização, conforme a informação que lhe é transmitida por cada insígnia (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts665, BakeryDonuts702, BakeryDonuts726, BakeryDonuts648, BakeryDonuts767, BakeryDonuts784, BakeryDonuts744, BakeryDonuts828, BakeryDonuts908,

BakeryDonuts752, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts1501, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts142).

1757. A prova sustenta, portanto, a conclusão de que a Bimbo Donuts contribui, com o seu próprio comportamento, com essa mesma intenção, para que cada insígnia tenha conhecimento da conduta perspetivada pelas insígnias concorrentes em matéria de posicionamento de PVP e respetiva calendarização e, conseqüentemente, para a eliminação da incerteza estratégica e da independência de comportamentos que deve caracterizar um ambiente concorrencial.

1758. A prova demonstra ainda que a Bimbo Donuts atua na prossecução do objetivo comum que partilha com as insígnias, nomeadamente nas solicitações que lhes dirige no sentido de *posicionarem, reposicionarem, nivelarem* ou *subirem* os PVP de acordo com o PVP concertado ou o PVP mínimo, prossequindo assim o plano de concertação e alinhamento dos PVP no mercado, visando garantir o alinhamento horizontal dos PVP e a *rentabilidade* das insígnias, garantindo que “*temos todos a ganhar com isto*” (cf. documentos BakeryDonuts741, BakeryDonuts964, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts900, BakeryDonuts966, BakeryDonuts623, BakeryDonuts625, BakeryDonuts665, BakeryDonuts614, BakeryDonuts845, BakeryDonuts657, BakeryDonuts714, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1069, BakeryDonuts684, BakeryDonuts768, BakeryDonuts742, BakeryDonuts785, BakeryDonuts772, BakeryDonuts633, BakeryDonuts671, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts883, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts1161, BakeryDonuts1151, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts726, BakeryDonuts293, BakeryDonuts142, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts163, BakeryDonuts605, BakeryDonuts10, BakeryDonuts656, BakeryDonuts602, BakeryDonuts798, BakeryDonuts713, BakeryDonuts828, BakeryDonuts710, BakeryDonuts744, BakeryDonuts714, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1095, BakeryDonuts973, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts1199, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts83, BakeryDonuts137).

1759. Mas a participação da Bimbo Donuts vai além da sua contribuição para a definição concertada de PVP entre as insígnias.

1760. Em primeiro lugar, a prova demonstra que a Bimbo Donuts monitoriza os PVP de mercado, com a finalidade de controlar o cumprimento dos PVP previamente

concertados (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão), recorrendo aos resultados das suas ações de monitorização de PVP para atestar perante as insígnias que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido (cf. documentos BakeryDonuts1159, BakeryDonuts674, BakeryDonuts654, BakeryDonuts614, BakeryDonuts749, BakeryDonuts633, BakeryDonuts737, BakeryDonuts738, BakeryDonuts719, BakeryDonuts749, BakeryDonuts594, BakeryDonuts957, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts828, BakeryDonuts744, BakeryDonuts1632, BakeryDonuts1156, BakeryDonuts1138, BakeryDonuts1096, BakeryDonuts1009, MCH1132, MCH1133).

1761. Neste sentido e conforme a AdC conclui no capítulo III.3.1.4.2 da presente Decisão, é falso que a finalidade das ações de monitorização de PVP realizadas pelo fornecedor tenham apenas a finalidade de verificar a adesão a uma determinada recomendação.

1762. Conforme explicado no referido capítulo III.3.1.4.2 da presente Decisão, embora não se exclua que a Bimbo Donuts pudesse (e possa) monitorizar os PVP de mercado também com outras finalidades, a AdC identifica na prova evidências claras de que essas finalidades, a existirem, coexistem efetivamente com o objetivo de verificar o cumprimento dos PVP previamente concertados.

1763. Também relativamente a este tipo de conduta a prova demonstra que a Bimbo Donuts atua por sua livre iniciativa, na prossecução do objetivo comum, mas também por solicitação e por efeito de pressão exercida pelas insígnias, que atribuem ao fornecedor a responsabilidade de garantir o alinhamento do mercado em função do posicionamento concertado, prevenindo eventuais reações adversas (cf. documentos BakeryDonuts614, BakeryDonuts797, BakeryDonuts798, BakeryDonuts769, BakeryDonuts765, BakeryDonuts832, BakeryDonuts828, BakeryDonuts711, BakeryDonuts923, BakeryDonuts924, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts965, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1091, BakeryDonuts1100, BakeryDonuts1158, BakeryDonuts1103, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts229, BakeryDonuts188, BakeryDonuts957, BakeryDonuts83, BakeryDonuts41, BakeryDonuts837, BakeryDonuts900, BakeryDonuts637, BakeryDonuts638, BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts755, BakeryDonuts753, BakeryDonuts756, BakeryDonuts757, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts974,

BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts733, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts85, BakeryDonuts221, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, BakeryDonuts1435, BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts10 e MCH1133).

1764. Pela força da sua evidência, não pode deixar de recordar-se o teor do documento BakeryDonuts834, nos termos do qual, a MCH envia à Bimbo Donuts uma tabela comparativa de *shopping*, solicitando expressamente “*Agradeço que dê uma vista de olhos e que me diga quando é que a situação vai estar resolvida e quais são as medidas já tomadas e as que vão ser tomadas para contornar esta situação*”.

1765. Pedido este, prontamente respondido pelo diretor comercial da Bimbo Donuts:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:
Sent: 19 de janeiro de 2006 12:27
To:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaboradores da Panrico:
Subject: RE: Shopping_18Janeiro

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico: está hoje fora o dia inteiro. De qualquer modo estamos muito atentos a esta situação dos preços e pode ter a certeza que os vamos controlar. Estou neste momento a tomar medidas junto ao grupo Jerónimo Martins e Dia-Minipreço que vão ter que subir estes preços correndo o risco de corte de fornecimento se não o fizerem.

Existem no seu shopping algumas situações anormais, caso de sem codea 450 em alguns FN que só podem ser erro. Já pedimos talões.

Amanhã enviamos-lhe o feed back completo.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico: |

1766. Recorde-se, também, o teor do documento BakeryDonuts10, que consiste numa troca de *emails* que ocorreu entre 21 de maio e 3 de junho de 2013, sobre o assunto “*FW: Leclerc: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae*”, no qual se pode ler a seguinte mensagem interna (Bimbo Donuts), após a receção de mais uma tabela comparativa de *shopping*, enviada pela MCH:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

1767. Em segundo lugar, a prova demonstra que a Bimbo Donuts adota comportamentos com o intuito de corrigir desvios face aos PVP previamente concertados (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão), reportando às insígnias que sinalizaram desvios o resultado das suas diligências com vista à correção, informando-as sobre o motivo do desvio e/ou a data para a correção, utilizando os resultados da monitorização de PVP, incluindo talões, para atestar às insígnias que reportaram os desvios que a correção foi (ou será) feita (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts739, BakeryDonuts796, BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts85, BakeryDonuts754, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts907, BakeryDonuts121, BakeryDonuts719, BakeryDonuts181, BakeryDonuts670, BakeryDonuts154, BakeryDonuts793, MCH1133), solicitando às insígnias que reportaram o desvio que (re)alinhem elas também de acordo com o posicionamento de PVP concertado (cf. documentos BakeryDonuts674, BakeryDonuts739, BakeryDonuts796, BakeryDonuts728, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts617, BakeryDonuts633, BakeryDonuts719, BakeryDonuts907, BakeryDonuts181, BakeryDonuts793, BakeryDonuts168, BakeryDonuts121).

1768. Mais uma vez, também nesta fase a conduta da Bimbo Donuts é impulsionada por sua própria iniciativa (cf. documentos BakeryDonuts41, BakeryDonuts674, BakeryDonuts796, BakeryDonuts828, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1199, BakeryDonuts293, BakeryDonuts711, BakeryDonuts266, BakeryDonuts654, BakeryDonuts900, BakeryDonuts228, BakeryDonuts785, BakeryDonuts717), mas também por solicitação e por efeito de pressão exercida pelas insígnias (cf. documentos BakeryDonuts85, BakeryDonuts637, BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts733, BakeryDonuts757, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts91, BakeryDonuts221, BakeryDonuts617, BakeryDonuts756, BakeryDonuts226, BakeryDonuts121, MCH1133).
1769. Recorde-se, neste sentido, o teor do documento BakeryDonuts900, no qual se evidencia a pressão exercida pela Bimbo Donuts sobre o Leclerc, no sentido de promover o (re)posicionamento do PVP para o nível concertado:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 6 de fevereiro de 2007 18:08
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: FW: Panrico - PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Serve este mail apenas para reforçar o pedido feito pelo [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:].
 Temos o mercado alinhado. O esforço que estamos a fazer é dantesco e todos temos a ganhar com isto.

Peço mais uma vez a sua colaboração já que toda a sua concorrência já alinhou!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
 Panrico - Produtos Alimentares
 Dept Comercial

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: segunda-feira, 5 de Fevereiro de 2007 21:51
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: Panrico - PVP

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Estive hoje na loja e verifiquei que continua com os preços errados. Volto a pedir que para amanhã já tenha os preços correctos. **É muito importante pois está a prejudicar muito o alinhamento.** A loja não está sequer a responder a shopping já que tem vários artigos com preços mais baixos do que as outras lojas, e outros mais altos. Amanhã volto a ligar-lhe. Boa noite e seja bonzinho no espaço que nos dá na feira, se tiver algum espaço a mais do que o que combinamos nós agradecemos.

referência	PVP	EAN
DONUTS GLACE 4	1,89	5601027000049
DONUTS CREAM CHOC 2	0,99	8410022008137
DONUTS AMER.CHOC 2	0,99	8410022001125
MINI DONUTS 5	1,89	8410022105805
DONUTS BERLIM 4	1,99	5601027004245
DONUTS BERLIM CREME 4	2,09	5601027004283
DONUTS 4 LINEA	1,99	5601027006044
DONETTE CHOC.(6)	1,19	5601027000162
BOLLYCAO BALANCE 1	0,89	8410022013445
BOLLYCAO (4)	2,59	5601027000216
BOLLYCAO LEITE 4	2,59	8410022011540
MINIBOLLYCAO	0,99	8410022010888
MANHÁZITOS PACK 8	2,99	8410022013339
TRAVES.CHOC PACK 3	1,39	5601027000384
MINIBOLLYCAO CROISS.	0,99	8410022013155
FRANKFURTS (6)	1,39	5601027000605
BURGUERS SESAMO (4)	1,29	5601027000643
PAO PEQUENO	1,29	5601027000728
PAO SANDWICH	1,49	5601027000704
PAO INTEGRAL 360 G	1,49	5601027000766

1

P BRANCO C/FIB SICÓD-	2,49	5601027000957
PANRICO SICOD ENRIQ.-	2,49	8410022013292
PANR LINEA SICOD 450-	2,49	5601027003620
PÃO LINEA INT 520G	2,29	5601027003637
PANRI S/CODEA BRANCO	1,89	5601027001213

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

1770. Por último, a prova demonstra que a Bimbo Donuts adota comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação contra as insígnias desviantes com vista a induzir o cumprimento dos PVP previamente concertados e o alinhamento do mercado (cf. capítulo III.3.1.6 da presente Decisão).
1771. A prova demonstra que estes comportamentos em que a Bimbo Donuts ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de reposicionar os PVP de acordo com o nível pretendido, eram expressamente dirigidos às insígnias (cf. documentos BakeryDonuts609, BakeryDonuts664, BakeryDonuts685, BakeryDonuts739, BakeryDonuts780, BakeryDonuts822, BakeryDonuts757, BakeryDonuts689, BakeryDonuts808, BakeryDonuts837, BakeryDonuts839, BakeryDonuts882, BakeryDonuts883, BakeryDonuts1121, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts1222, BakeryDonuts791, BakeryDonuts923, BakeryDonuts204).
1772. A este respeito, recorde-se a pronúncia da visada Auchan, a qual afirma que “*existe também evidência de coação do fornecedor sobre a Auchan*”⁵⁸³.
1773. Não obstante, também neste tipo de conduta, os comportamentos adotados pela Bimbo Donuts não resultaram apenas da sua própria iniciativa, mas também surgem em consequência de ações de pressão e/ou coação exercidas pelas insígnias sobre si, face à sua incapacidade de assegurar o alinhamento de mercado, procurando obter a sua cooperação para a subida de PVP pelas insígnias concorrentes e o (re)posicionamento do mercado conforme previamente concertado (cf. documentos BakeryDonuts834, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts753, MCH1151, MCH1134, MCH1120).
1774. Recorde-se também o teor da prova que demonstra, de forma evidente, o papel da Bimbo Donuts na prática *sub judice* e, em concreto, nas ações de pressão, coação e retaliação que adota, única e exclusivamente devido ao incumprimento do posicionamento de PVP previamente concertado.
1775. Neste sentido, veja-se o documento BakeryDonuts822, que consiste num *email* interno (Bimbo Donuts) nos termos do qual se constata que o desvio do PVP previamente concertado pode espoletar reações por parte da Bimbo Donuts (no caso, corte de fornecimento temporário) que, por sua vez, visa que as insígnias desviantes

⁵⁸³ Cf. §972 da PNI Auchan.

(re)posicionem o PVP desviado, com o intuito de promover o nivelamento previamente concertado entre as partes:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 24 de fevereiro de 2006 19:19
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Carrefour - Folheto Bollycao 4

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:],

no dia 27/Fev o Carrefour vai sair em folheto com Bollycao Clássico 4 com PVP 2,39€.
O PVP sugerido foi 2,49€, mínimo para este produto! Apesar de todos os avisos, de que este produto é extremamente sensível a preço e está nivelado à quase 1 ano, o Carrefour marcou 2,39€!

Em situações semelhantes já ocorridas, nomeadamente com o Feira Nova em Janeiro, que marcou um PVP de Manhãzitos para folheto de 2,79€ (quando o mínimo eram 2,99€) fomos forçados a cortar fornecimento temporariamente.

Neste momento, com este PVP, colocamos em causa todo o mercado que no dia seguinte vai garantidamente reagir!

Sugeri ao Carrefour, alinhar a 2,49€ e colocar uma errata nas lojas. A sugestão não foi aceite! O Carrefour alega que são apenas 0,10€ e que um folheto tem que marcar a diferença face ao PVP normal!

Esta diferença estava à partida marcada já que na compra do Bollycao estaremos a oferecer um Manhãzitos Choco 2!

Para além disso, ontem o Carrefour bloqueou-nos o Burguer, alegando que a Dia tem marcado 0,79€. O PVP actual da Dia é 1,03€

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

1776.No documento BakeryDonuts753, de 15 de fevereiro de 2006, pode verificar-se que a insígnia Dia estaria a monitorizar os PVP praticados pelo Feira Nova, o qual se conclui serem PVP previamente concertados entre fornecedores e insígnias, na medida em que o colaborador da Dia alerta a KAM da Bimbo Donuts para a seguinte situação:

“Bom dia,

Junto informo que o Feira Nova de Telheiras tem o pao a 600 a 1.58€ e com 40% de oferta”.

1777.Através da resposta da KAM da Bimbo Donuts constata-se que não está em causa qualquer reação normal de mercado, mas, sim, uma verdadeira ação de retaliação contra a insígnia desviante (Feira Nova), por parte da Bimbo Donuts:

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

Acabei de dar agora indicações para retirar o produto da loja, até que o PVP esteja correcto!”

1778. O documento BakeryDonuts689, de 8 de agosto de 2006, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts informa a sua equipa de que o Feira Nova iria, através de um folheto a vigorar entre 10 e 27 de agosto, praticar um PVP abaixo do “*PVP mínimo de mercado de 2,49€*”, motivo pelo qual “*durante este período teremos que suspender as entregas deste código ao Feira Nova. Assim, a partir de dia 10 não quero entregas de Bollycso Clássico 4 no feira Nova. O Código vai manter-se aberto para poderem ser feitas trocas físicas, mas apenas para isto. Só desta forma podemos fazer com que o resto do mercado se mantenha estável e não reaja*”.

1779. Também o documento BakeryDonuts808, de 24 de agosto de 2006, revela, expressa e textualmente, que o propósito da ação exercida pela Bimbo Donuts sobre as insígnias é obter a sua cooperação no (re)posicionamento do mercado conforme previamente concertado. Neste sentido, a Bimbo Donuts informa o seu ponto de contacto no Leclerc⁵⁸⁴ que irá proceder a uma suspensão de fornecimento dos seus produtos, suspensão esta motivada por um folheto adotado à revelia do fornecedor, podendo ler-se:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Saiu ontem um Folheto E.Leclerc com Bollycao 4 (5 ref^{as}) com [50-60]% Talão E. Leclerc.

Quando acordei este folheto frizei o facto de o PVP de Bollycao clássico 4 estar nivelado no mercado a 2,49€ (PVP minimo), pelo que este PVP teria de ser cumprido.

O PVP marcado foi 2,08.

Perante isto não me resta outra alternativa senão suspender o fornecimento de Bollycao às lojas. Esta foi também a medida que tomámos junto do Feira Nova. Para ter uma noção do que se passa, o Feira Nova saiu também com um folheto de Bollycao a 1,98, e o fornecimento foi cortado à lojas”.

1780. Perante uma situação similar, o documento BakeryDonuts883 utiliza uma linguagem muito clara:

⁵⁸⁴ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:]
Sent: 5 de fevereiro de 2007 11:41
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: J[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:]
Subject: Panrico - Folheto Novas Lojas

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Tal como falámos ao telefone, na passada 6ªfeira fomos forçados a retirar de venda, das lojas de Paços Ferreira, Portimão e Coimbra, os 3 SKU que estão em folheto Nacional,

Os PVP que acordámos foram:
Pão S/Codea Familiar – 1,89€
Pão 850gr – 1,49€
Manhãzitos Leite 4 – 2,39€

Contudo, nestas 3 lojas os PVP marcados no folheto estão 0,20€ abaixo do acordado:
Pão S/Codea Familiar – 1,69
Pão 850gr – 1,29€
Manhãzitos Leite 4 – 2,19€

Por este motivo fomos forçados a retirar estes 3 SKU de venda destas 3 lojas, dado que os PVP foram marcados à revelia e colocavam em causa todo um mercado!

Nos últimos meses, os esforços por parte da Panrico para subir PVP têm sido imensos e todos os folhetos marcados com os nossos clientes têm sido pensados ao pormenor de forma a não pôr em causa o mercado em geral. Quando temos lojas que marcam PVP à nossa revelia e à revelia da própria Sede fica difícil controlar o mercado e assegurar margens minimamente aceitáveis.

Esta não é a primeira vez que esta situação ocorre. O mesmo se passou em Janeiro com o folheto de 17 – 28.01 com Donuts Berlim com Creme. Nesta situação conseguimos de alguma forma manter o mercado apesar dos problemas posteriores que tivemos.

Adianto ainda que são já recorrentes os problemas de preços com a loja de Coimbra. Todos os alinhamentos que temos tentado levar a cabo são desrespeitados pela loja.

Esta não é obviamente a melhor solução, nem é nossa vontade criar problemas com um parceiro de negócio, mas também não podemos colocar em risco todo um mercado.

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Identidade de Colaborador da Panrico:]
Panrico - Produtos Alimentares
Dept Comercial

1781.No documento BakeryDonuts1192, de 18 de março de 2009, pode verificar-se que a Bimbo Donuts está a monitorizar subida de PVP concertada, constatando que a loja de Alfragide da Auchan teria, num primeiro momento, cumprido o alinhamento, encontrando-se, contudo, à data da mensagem, desviada do nivelamento pretendido:

“J. Alfragide – a loja subiu todos os preços na 6ªfeira, mas na 2ª feira voltou a baixar. Estamos sem fornecer”.

1782.O documento BakeryDonuts1222, de 19 de março de 2009, que, de forma irrefutável, demonstra que a Bimbo Donuts adota comportamentos que configuram verdadeiras ação de retaliação, em reação à manutenção de desvios face ao posicionamento de PVP concertado, com o objetivo de (re)alinhar ou (re)posicionar o alinhamento, podendo ler-se a seguinte indicação interna (Bimbo Donuts):

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Enquanto os PVP's não estiverem alinhados pela listagem que vos enviei, não entregar no Jumbo as seguintes referências: (...)"

1783. Recordem-se, por fim, os documentos BakeryDonuts66, MCH1119 e MCH1120, já analisados nos parágrafos 1581 a 1583 *supra*, nos termos do qual se constata que face ao desvio de uma loja Auchan, desvio este sinalizado pela MCH através do envio de uma tabela comparativa de *shopping*, a KAM da Bimbo Donuts urge a sua equipa para garantir a respetiva correção (cf. documento BakeryDonuts66):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 3 de junho de 2016 15:44
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Auchan - PSC 450+20% - 3 Jun 2016

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
É **urgentíssimo** corrigir JB Arrábida Shopping.

Aos restantes, semana após semana, o cenário mantém-se.

JUMBO-AMADORA	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO-ALMADA	JUMBO-ALVERCA	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	JUMBO-CASTELO BRANCO	JUMBO-FARO	JUMBO-SETUBAL	PÃO AÇUCAR GUARDA	PÃO AÇUCAR ST.TIRSO	JUMBO-SINTRA
1,79	1,79	1,91	1,78	1,39	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79	1,79

1784. Ora, o que da análise da prova resulta é que a correção se traduziu numa verdadeira ação de retaliação contra a visada Auchan, na medida em que o referido produto foi retirado dos lineares (prateleiras) da loja, interrompendo-se a sua venda ao público, tendo ainda a Bimbo Donuts enviado o respetivo comprovativo à MCH (cf. documento MCH1120):

From:
Sent: segunda-feira, 6 de junho de 2016 13:44
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Olé

Na passada sexta-feira, foram retiradas da loja Arrábida Shop todas as unidades deste artigo, o fornecedor enviou comprovativo (fotografia com o linear vazio), enviámos para o Shopping, e o Shopping cadastrou o PVP médio nesta loja.

Com isto, no fim-de-semana o artigo esteve a 1,78€ nas lojas do Porto e 1,85€ nas restantes lojas a nível nacional.

██████████

1785. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que a Bimbo Donuts participava ativamente na prática descrita na presente Decisão, adotando comportamentos que se traduzem em (i) disseminar junto das insígnias um determinado PVP para o alinhamento

concertado no mercado; (ii) obter de cada insígnia informação quanto à sua estratégia futura em matéria de definição de PVP e respetiva calendarização; (iii) disseminar pelas insígnias informação obtida junto das respetivas concorrentes; (iv) monitorizar a implementação dos PVP previamente concertados no calendário definido; (v) identificar e sinalizar desvios ao posicionamento concertado, diligenciando pela sua correção; (vi) receber o reporte de insígnias que identificam desvios ao posicionamento concertado e direcioná-las para as insígnias desviantes; (vii) pressionar as insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados, incluindo mediante ações de retaliação; (viii) reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios sinalizados.

1786. Neste sentido, a prova sustenta a conclusão de que fornecedor e insígnias estão igualmente comprometidos com o objetivo comum, adotando, de forma livre, espontânea e esclarecida, comportamentos que contribuem para a sua consumação.

1787. Sucede, no entanto e conforme tem vindo a demonstrar-se, que também não é verdade que a Bimbo Donuts se limite a implementar uma política de recomendação de PVP.

1788. A Bimbo Donuts, em concreto, contribui com o seu próprio comportamento e com essa mesma intenção, para a formação de um *iter* cognoscitivo que está na base da formação da vontade das insígnias quanto à definição concertada dos PVP de mercado e, posteriormente, para o cumprimento dos PVP previamente concertados e para o alinhamento do mercado, na prossecução do objetivo comum.

1789. Para além de assumir um papel de agente decisor na prossecução do seu próprio interesse na manutenção de determinados níveis de PVP para os respetivos produtos, a Bimbo Donuts atua também como um veículo de transmissão de informação, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre as insígnias.

1790. Ao longo de todo o processo, a Bimbo Donuts atua de forma livre, espontânea e esclarecida no sentido de viabilizar a concertação entre insígnias, veiculando a informação entre elas sobre a intenção futura de cada uma em matéria de *pricing*, coordenando o alinhamento no mercado e os movimentos conjuntos e simultâneos de subida de PVP (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts614, BakeryDonuts637, BakeryDonuts657, BakeryDonuts633, BakeryDonuts605, BakeryDonuts619, BakeryDonuts602, BakeryDonuts831, BakeryDonuts737,

BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts712, BakeryDonuts648,
BakeryDonuts594, BakeryDonuts743, BakeryDonuts767, BakeryDonuts749,
BakeryDonuts753, BakeryDonuts733, BakeryDonuts717, BakeryDonuts792,
BakeryDonuts752, BakeryDonuts845, BakeryDonuts711, BakeryDonuts1532,
BakeryDonuts900, BakeryDonuts924, BakeryDonuts908, BakeryDonuts907,
BakeryDonuts910, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1086,
BakeryDonuts1105, BakeryDonuts964, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1085,
BakeryDonuts1198, BakeryDonuts973, BakeryDonuts967, BakeryDonuts1155,
BakeryDonuts1138, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1070,
BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1151, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1103,
BakeryDonuts1173, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts137, BakeryDonuts85,
BakeryDonuts142, BakeryDonuts91, BakeryDonuts165, BakeryDonuts167,
BakeryDonuts181, BakeryDonuts78, BakeryDonuts168, BakeryDonuts228,
BakeryDonuts163, BakeryDonuts229, BakeryDonuts222, BakeryDonuts14,
BakeryDonuts10, BakeryDonuts41, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, MCH1133,
BakeryDonuts293, MCH1120, MCH1154).

1791. Independentemente de a Bimbo Donuts não atuar no mercado de retalho alimentar, mas apenas a montante deste mercado, a prova revela que a Bimbo Donuts atua munida de uma força incitadora (mais do que uma verdadeira força impositiva que, atenta a confluência de interesses entre as empresas de distribuição visadas, também seria desnecessária).

1792. A AdC conclui, assim, que a Bimbo Donuts está diretamente envolvida na prática investigada na qualidade de coautor, assumindo, também, um papel facilitador da mesma.

1793. Com efeito, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Bimbo Donuts participa ativamente na prática investigada, definindo, com a adesão concertada das empresas de distribuição visadas, o PVP a praticar, recolhendo e fornecendo às empresas de distribuição visadas informação sobre o posicionamento futuro de PVP e o respetivo calendário de implementação, veiculando entre as empresas de distribuição visadas pedidos de correção de desvios e a confirmação do alinhamento, monitorizando ela própria a implementação dos PVP concertados no calendário definido, incentivando

as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP no mercado.

1794. A Bimbo Donuts partilha, assim, do objetivo comum de alinhamento e subida de PVP de mercado, prosseguido pelo conjunto das visadas, com intenção expressa de contribuir, e contribuindo, através do seu próprio comportamento, para esse objetivo comum e tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.
1795. Quanto à alegação da Bimbo Donuts de que a Autoridade, pelo menos desde o ano de 2010, não fez prova de uma prática concertada de “*hub and spoke*”, ou seja, de uma troca indireta de informações entre insígnias através do fornecedor comum (troca de informações comerciais sensíveis do tipo A-B-C entre retalhistas) com o objetivo de alinhar preços de revenda de determinados produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, cumpre esclarecer que a mesma não pode vingar, conforme se demonstrará de seguida.
1796. Ora, primeiramente e tal como referido no capítulo III.3.1.2 da presente Decisão, a qualificação da prática como “*hub and spoke*” não tem assento na lei, mas na doutrina (consistindo numa qualificação doutrinária de um tipo de acordo ou prática concertada restritivos da concorrência), pelo que os critérios seguidos pela Autoridade na Nota de Ilícitude e na presente Decisão baseiam-se na jurisprudência relevante, designadamente no que se refere a ações ilícitas pelas quais as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais. Isto independentemente da designação que a doutrina atribui aos comportamentos em causa.
1797. Assim, a AdC, aquando da análise do acervo probatório do presente processo, constatou que os comportamentos em causa, ocorridos no contexto da relação triangular entre Bimbo Donuts e empresas de distribuição, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts, consubstanciando, por essa via e nos termos que se qualificarão *infra*, uma prática restritiva da concorrência.
1798. A forma como a prática foi arquitetada (e, em consequência, a forma como foi descrita na Nota de Ilícitude e na presente Decisão), revestindo as características de um “*hub*

and spoke”, apenas ajuda a caracterizar a globalidade dos comportamentos, evidenciando, por um lado, que inexistem comunicações trocadas diretamente entre as empresas de distribuição visadas – os *spokes*, mas também que as mesmas ocorriam, indiretamente, através da Bimbo Donuts – o *hub*, sendo que o objetivo e resultado finais eram os mesmos: o alinhamento horizontal de PVP no mercado retalhista.

1799. Assim, e contrariamente ao alegado pela Bimbo Donuts, deverá recordar-se o teor dos seguintes documentos, todos posteriores a 2010 e particularmente impressionantes do envolvimento da Bimbo Donuts na prática *sub judice* e da relação triangular mantida entre as partes envolvidas:

1800. Do leitura do documento BakeryDonuts85, que consiste numa cadeia de *emails* de 28 e 29 de julho de 2010, analisado nos parágrafos 1432 a 1433, resulta a postura interventiva da Bimbo Donuts, no sentido de promover o alinhamento no mercado e os movimentos conjuntos de subida de PVP, após o envio de uma tabela comparativa de *shopping* pela MCH, que sinaliza alguns desvios ao nivelamento pretendido.

1801. Relativamente aos desvios, a Bimbo Donuts garante que dois dos desvios não estariam a ocorrer, tendo, relativamente aos desvios assinalados na Auchan e Leclerc, solicitado à colaboradora da MCH: “*Em relação aos Auchan’s e aos Leclerc’s os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp’s. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido*”.

1802. Ora, a expressão “*amanhã está tudo resolvido*” permite concluir que, após o envio da informação pela MCH, a Bimbo Donuts, na sua qualidade de *hub*, irá promover contactos com as insígnias desviantes no sentido de reposicionar os PVP no nível previamente concertado. Esta conclusão resulta expressamente da mensagem, uma vez que internamente (Bimbo Donuts) é dada a seguinte indicação aos respetivos colaboradores:

“Estes preços têm de estar corrigidos até à próxima segunda-feira. Vamos ter um folheto na sonae com este artigo e qual não é o espanto, aparecerem todos os Jumbos e Leclerc’s. Mais uma vez um excelente seguimento de Pvp’s”.

1803. Também os documentos BakeryDonuts137, BakeryDonuts136, BakeryDonuts135, BakeryDonuts142, BakeryDonuts149, BakeryDonuts148, BakeryDonuts147, BakeryDonuts165, de 2010, e BakeryDonuts140 e BakeryDonuts166, de 2011,

demonstram a utilização, pela Bimbo Donuts relativamente a mensagens trocadas com colaboradores da Auchan, de expressões como “*alinhamento geral*”, “*alinhamento do pvp*”, “*alinhamento de preços em todas as cadeias*” e “*na próxima segunda-feira vamos estar com estes pvps em todas as cadeias*”, referindo, ainda a Bimbo Donuts “*desde já agradeço a sua colaboração*”, as quais não são geradoras de quaisquer dúvidas interpretativas e permitem concretizar a prática imputada.

1804. Demonstram, desde logo, que a Bimbo Donuts, de facto, dissemina junto das insígnias determinados PVP para um alinhamento de mercado, veiculando entre elas, neste caso a Auchan, informação sobre intenções futura de concorrentes em matéria de *pricing* a vigorar no mercado. Assim, a Auchan não comunica diretamente com as suas concorrentes, nem estas com aquela, mas a informação comercial (extremamente) sensível é, na mesma, disseminada, no caso, através do fornecedor, a Bimbo Donuts.

1805. Neste contexto, cumpre, adicionalmente, referir que o argumento da Bimbo Donuts sobre a insusceptibilidade dos referidos documentos em demonstrar uma prática concertada de “*hub and spoke*”, pois ao fazerem referência a um “*alinhamento de PVP em todas as cadeias*”, “*não são referidas as empresas de distribuição que, juntamente com o fornecedor, estariam alegadamente a participar em tal prática, nem há prova nos autos relativa a pedidos semelhantes feitos a outras insígnias, nem tampouco que essas demais empresas de distribuição tivessem ou pudessem estar cientes que a Bimbo Donuts iria comunicar ao Auchan o preço a que iriam vender os produtos*”, não se poderá considerar procedente, pelos motivos que se passarão a expor.

1806. O que o cotejo desta alegação da visada com a matéria de facto permite constatar é que o argumento da Bimbo Donuts consiste numa asserção puramente teórica e especulativa e, na verdade, sem adesão ao conteúdo da prova documental que consta do processo.

1807. Na realidade, face à globalidade da prova e à inexistência de elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado, é razoável concluir que, naquela situação, semelhantes pedidos foram, de facto, enviados a empresas de distribuição concorrentes, promovendo-se, assim, o movimento conjunto de concertação de PVP.

1808. Esta conclusão é ainda mais corroborada pela própria prova junto aos autos:

1809. Vejam-se, ilustrativamente, os documentos BakeryDonuts166, de 25 de janeiro de 2011, e BakeryDonuts140 e BakeryDonuts139, de 30 de março de 2011, nos termos dos quais se constata que o colaborador da Bimbo Donuts enviou, em março de 2011, um *email* a três colaboradores da Auchan com a seguinte mensagem (cf. documento BakeryDonuts166):

“Bom dia,

Estamos a alinhar em todas as cadeias o pvp do Bollycao 4 para 3,15€.

Desde já agradeço a sua colaboração.”

1810. Em março de 2011, o mesmo colaborador da Bimbo Donuts, enviou para dois colaboradores do Leclerc⁵⁸⁵ a mesma informação referente ao alinhamento concertado para o PVP do mesmo produto (cf. documento BakeryDonuts140):

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Hoje fizemos um alinhamento em todas as cadeias do pvp do bollycao4, peço-lhe que corrija o pvp da sua loja:

Artigo: Bollycao 4

(...)

PVPr: 3,15€

Desde já agradeço a sua colaboração”

1811. Recorde-se, também, o documento BakeryDonuts163, de 24 de maio de 2012, nos termos do qual, mesmo colaborador da Bimbo Donuts envia, neste caso concreto, um *email*, em simultâneo, e ainda que em *BCC*, à Auchan e Leclerc, informando-as de um alinhamento de PVP: “[t]emos todo o mercado a alinha[r] o pvp para 2,59€”.

1812. Quanto ao documento BakeryDonuts125, de 22 de janeiro de 2013 (cf. parágrafos 1009 e 1010 *supra*), a AdC constata que não obstante a respetiva conversação versar sobre informação pública (i.e. PVP atuais), a sua leitura permite razoavelmente concluir que

⁵⁸⁵ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

está em causa uma ação de monitorização dos PVP de mercado levada a cabo pelo Leclerc e/ou pela Bimbo Donuts, com base na qual o fornecedor sinaliza ao seu ponto de contacto na insígnia Leclerc⁵⁸⁶ que “[h]oje dia 22 de Janeiro o Jumbo já alinhou os pvps dos meus produtos. Peça-lhe o favor de também fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo”, sendo razoável concluir que esse posicionamento corresponde ao posicionamento definido nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão para determinados produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.

1813. Na resposta do colaborador do Leclerc, pode ler-se:

“Venho informar que hoje já alinhei os preços conforme solicitado, venho informar que amanhã no máximo 5 feira vamos ver o shopping da nossa concorrência”.

1814. É, assim, razoável concluir que a Bimbo Donuts partilha com as insígnias um interesse comum na erradicação de guerras constantes de preços baixos, e que a Bimbo Donuts assumiu, no caso concreto, um papel de facilitadora da prática *sub judice*, constatando-se que Auchan e Leclerc (pelo menos) reposicionaram os PVP em causa nesta situação concreta, aos quais subjaz, de facto, uma concertação entre fornecedor e insígnias.

1815. Também o documento BakeryDonuts121, de 5 de novembro de 2014, já referido nos parágrafos 1457 a 1459 *supra*, evidencia que a Auchan procedeu a uma ação de monitorização dos PVP de mercado, tendo detetado um desvio no PVP praticado por uma loja da Pingo Doce, tendo alertado a Bimbo Donuts para tal desvio. Da leitura do referido documento fica demonstrado que existiu, de facto, uma comunicação entre as empresas de distribuição (Auchan e Pingo Doce) sobre o posicionamento dos respetivos PVP, não obstante essa comunicação ter sido feita de forma indireta, i.e. por via da Bimbo Donuts e de contactos estabelecidos diretamente entre esta e cada uma dessas empresas de distribuição visadas.

1816. Na realidade, fica demonstrado que a Bimbo Donuts, após ter sido avisada do PVP em vigor na referida loja da Pingo Doce, terá intercedido junto desta insígnia no sentido de promover a sua correção, exercício este que é bem sucedido, reportando (e

⁵⁸⁶ Sem prejuízo de a insígnia Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. parágrafos 847 a 849), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do carácter transversal da atuação entre a Bimbo Donuts e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

demonstrando) a Bimbo Donuts à Auchan que o referido desvio fora corrigido e, conseqüentemente, solicitando à Auchan que (re)alinhe ela também de acordo com o posicionamento de PVP concertado, a qual assente ao pedido:

From:
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

1817. Fica, deste modo, demonstrado que a Bimbo Donuts recebe informação referente a um desvio pela Auchan, intercede junto da insígnia desviada (Pingo Doce) e reporta a correção do desvio novamente à Auchan, constatando-se, mais uma vez, que Auchan e Pingo Doce (pelo menos) alinharam no reposicionamento do PVP em causa, ao qual subjaz uma concertação entre fornecedor e insígnias.

1818. Em 2015, recorde-se o teor da conversação n.º 8, que corresponde a uma cadeia de *emails* que ocorreu entre 13 de julho e 1 de outubro do referido ano, no âmbito da qual a Bimbo Donuts partilha as condições de lançamento de um novo produto com um colaborador do Leclerc (cf. parágrafos 1112 a 1114 *supra* da presente Decisão). Tendo a Bimbo Donuts fornecido, entre outros elementos, o PVP recomendado, e face à volta

de resposta do Leclerc, o colaborador da Bimbo Donuts informa expressamente “*temos todos os pvp’s alinhados em todas as cadeias. Faltando apenas o Eleclerc*”.

1819. Ora, não se ignora que inicialmente o preço é comunicado como sendo um PVP recomendado quando transmitido às empresas de distribuição, no entanto, o que as interações concretas posteriores evidenciam é que se tratam de verdadeiros preços fixados/alinhados e que todo o mercado (incluindo as empresas de distribuição visadas – “*todas as cadeias*”) estariam a acompanhar o movimento pretendido.

1820. Deste modo, os PVP recomendados enviados pela Bimbo Donuts às insígnias eram, na realidade, entendidos pelas empresas de distribuição como verdadeiros PVP a praticar no mercado de distribuição retalhista.

1821. Veja-se o documento MCH1133, de 15 de março de 2016, nos termos do qual após a MCH ter enviado uma tabela comparativa de *shopping* relativa ao PVP do produto pão sem còdea Panrico 450grs+20%, praticado pelas insígnias concorrentes Pingo Doce (0,99€) e Auchan (entre 1,92€ e 1,79€), a Bimbo Donuts, em resposta, no dia seguinte, informa: “*PD está alterado hoje*”.

1822. Da referida leitura e face à globalidade da prova junto aos autos, evidencia-se que, uma vez mais, a Bimbo Donuts, encontrando-se no nível superior da cadeia de distribuição, através de um conjunto de feixes verticais, facilita e/ou promove a colusão ilícita entre empresas de distribuição.

1823. Na realidade, o documento ora em análise demonstra que tais feixes verticais se concretizam em contactos diretos entre a Bimbo Donuts e cada uma das empresas de distribuição visadas (neste caso MCH e Pingo Doce), através dos quais se acordam os PVP que devem vigorar no mercado, num determinado momento, para um conjunto de produtos, garantindo-se, assim, o nivelamento de PVP pretendido (e concertado).

1824. Também do documento MCH1136, de 28 de junho de 2016, sobre o assunto “*RE: Recolhas de Shopping*”, se percebe que a conversação em causa se reporta a mais do que uma ação de monitorização de PVP no mercado. Na realidade, da sua leitura constata-se que a *KAM* da Bimbo Donuts solicita a uma analista de preços da MCH que esta última envie os mais recentes dados de *shopping*:

“*Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],*

Assim que tiver os dados de hoje do Pão em Còdea 450gr envie-me.

Os dados de ontem tinham 3 incidências que ao dia de hoje devem estar corrigidas.”

1825. Em resposta, a MCH envia dados de *shopping* relativos aos PVP praticados pelas lojas da Auchan de Viseu (1,79€), Almada (1,91€) e Aveiro (1,79€), esclarecendo a KAM da Bimbo Donuts que o desvio identificado no Jumbo de Aveiro não se verificaria “[*Confidencial – Dados Pessoais*], [e]m anexo Aveiro. A 1,79€ está o Especial Torradas sem Còdea. Não há PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20% à venda”.
1826. A colaboradora da MCH, em resposta, questiona ainda qual o ponto de situação em relação às lojas de Viseu e Almada, ao que a KAM da Bimbo Donuts envia uma fotografia de um linear vazio.
1827. Ora, a AdC considera, com base no que a globalidade da prova permite demonstrar, que a insígnia utiliza ferramentas de monitorização de PVP e os respetivos resultados com o propósito de identificar as insígnias que não reposicionaram o PVP conforme concertado e qual o desvio, identificando os PVP que precisam de ser corrigidos.
1828. No caso em concreto, este propósito fora alcançado, referindo a Bimbo Donuts que “[o]s dados de ontem tinham 3 incidências que ao dia de hoje devem estar corrigidas”.
1829. Na verdade, este documento demonstra mais uma das (inúmeras) situações de reporte de desvios pela MCH à Bimbo Donuts, tendo, neste caso concreto, a Bimbo Donuts atuado no sentido da promoção do (re)alinhamento de PVP no mercado.
1830. É, assim, que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação ou concertação prática entre si, com implicação direta no mecanismo de formação dos PVP de cada empresa de distribuição visada. Tal conduta desenvolve-se ao longo de todo o período que foi imputado às visadas, não existindo, com base na prova, ao contrário do que alega a Bimbo Donuts, qualquer alteração do seu comportamento no período subsequente a 2010.
1831. Improcede, portanto, este argumento de defesa.
1832. Refere também a visada que “*para fazer prova da implementação coordenada de uma prática que teria por objetivo o alinhamento de preços de revenda no mercado, a AdC teria forçosamente de fazer prova de uma multiplicidade de contactos entre a Bimbo*

*Donuts e cada uma das visadas cobrindo as quatro fases típicas de um cartel*⁵⁸⁷. “Ou seja, para fazer prova bastante de um *hub and spoke* através do critério das quatro fases, a que recorre a Autoridade, é necessário demonstrar que existem elementos probatórios abundantes que permitam fazer a prova da existência desta prática e isto de uma forma lógica e encadeada”⁵⁸⁸. Afirma ainda a visada que a AdC “teria de fazer prova da constante presença destas quatro fases, e isto para cada alinhamento de preços no mercado, e sempre no pressuposto de que o critério utilizado pela AdC serviria para fazer a prova de uma prática do tipo *hub and spoke*”⁵⁸⁹.

1833. Ora, quanto à alegada inexistência de prova para demonstrar a prática de uma infração do tipo “*hub and spoke*”, a AdC esclarece, como melhor se explicará adiante nos capítulos IV.1.3 e IV.1.4 da presente Decisão, que, por um lado, os elementos de que depende a verificação da infração e a sua imputação às visadas são os elementos que constituem o tipo objetivo e subjetivo da infração, e não o conjunto de sub-comportamentos identificados (os quais permitem compreender, no caso concreto, o funcionamento específico do *hub-and-spoke*, mas não se substituem à subsunção dos factos aos elementos do tipo de ilícito).

1834. Não é de acolher, pois, o argumento invocado pela Bimbo Donuts.

1835. Acresce que este tipo de prática é, por natureza, secreta e muito difícil de detetar. Pelo que seria impossível (sendo também desnecessário para efeitos de qualificação como infração, como se analisará *infra*) dispor de prova de todas as componentes dos sub-comportamentos objeto de análise para todos os alinhamentos de preço, até porque algumas condutas se sucedem no tempo, com hiatos de permeio.

1836. Mas tal não significa que não seja possível descortinar um lastro probatório coerente, que demonstre a prática e a manutenção dos comportamentos que a AdC qualifica como infração.

1837. Neste sentido, e ainda que não haja prova que demonstre a existência dos quatro sub-comportamentos para cada alinhamento de preços constante do acervo probatório do

⁵⁸⁷ Cf. §201 da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁸⁸ Cf. §207 da PNI Bimbo Donuts.

⁵⁸⁹ Cf. §212 da PNI Bimbo Donuts.

processo, tal circunstância não afasta a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, pelo que improcede a alegação suscitada pela Bimbo Donuts. A este respeito, remete-se para os capítulos III.3.1.3 a III.3.1.6, *supra*, para demonstração exaustiva do lastro probatório que permite qualificar os comportamentos em análise.

1838. Relativamente aos argumentos da insusceptibilidade dos “*emails esporádicos*” enviados entre 2010 e 2011 às insígnias Auchan e Leclerc em evidenciar uma prática restritiva da concorrência, a Autoridade entende que as alegações trazidas à colação não poderão colher, pelos motivos que de seguida se explanam.

1839. Em primeiro lugar, cumpre referir que, no contexto da globalidade da prova, nada permite qualificar os referidos *emails* como “*esporádicos*” ou “*pontuais*”. Na verdade, o teor das mensagens encontra-se em consonância com a globalidade dos elementos probatórios constante dos autos até à data em análise, inexistindo, assim, elementos de prova que demonstrem que a Bimbo Donuts tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado, muito pelo contrário.

1840. Quanto ao argumento relativo à circunstância de Auchan e Leclerc, destinatárias das mensagens da Bimbo Donuts, representarem cerca de 10% de quota de mercado no mercado de retalho, cumpre referir que da leitura dos referidos documentos resulta, várias vezes, a referência a expressões tais como “*vamos ter um alinhamento deste pvp em todas as cadeias*”.

1841. Destarte, o que os documentos em causa revelam são solicitações expressas do fornecedor, dirigidas às insígnias, no sentido de reposicionar os PVP de acordo com um determinado *price point*, transmitindo às insígnias a informação necessária para que estas possam definir e posicionar os seus PVP de forma alinhada e simultânea, informando a Auchan e Leclerc sobre a anuência ou adesão de “*todas as cadeias*” aos referidos movimentos conjuntos de concertação de PVP, o que demonstra que a percentagem do mercado retalhista envolvida na referida prática seria transversal, e, conseqüentemente, muito superior a 10%.

1842. No mesmo sentido, recorde-se o teor do documento BakeryDonuts85, de 29 de julho de 2010, o qual evidencia a transversalidade da prática *sub judice*. A respetiva leitura evidencia que está em causa uma ação de monitorização do PVP de mercado de um

produto do *portfolio* da Bimbo Donuts levada a cabo pela MCH, com base na qual se sinaliza o respetivo desvio:

“Estou-vos a oferecer um folheto nos Frescos 24 com o produto abaixo mencionado, que deveria estar a um PVP de €2,39, mas no entanto, toda a concorrência, desde Jumbos a Leclerc’s a Mini-preços, parece estar a €1,99!!! É só uma diferença de 17%!!!”

1843. Na mesma mensagem enviada pela MCH, pode ler-se que a empresa de distribuição solicita ao fornecedor condições comerciais que lhe permita alinhar o PVP com a concorrência, sob pena de suspender as suas encomendas.

1844. Não obstante, a Bimbo Donuts desmonstra-se bastante diligente e proativa, tendo em vista a correção dos desvios assinados, promovendo, assim, o reposicionamento do PVP para o nível acordado. Nessa linha, informa a colaboradora da MCH que o desvio não seria tão transversal como pensado, uma vez que Pingo Doce e Lidl estariam a cumprir o PVP previamente concertado. Relativamente aos restantes desvios, garante à MCH a respetiva resolução, podendo ler-se:

“Estive a confirmar os preços nas lojas e tive oportunidade de verificar:

Minipreço »» 2,34€

Lidl »» 2,39

PD »» 2,39

Em relação aos Auchan’s e aos Leclerc’s os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp’s. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido.”

1845. Em resposta, a colaboradora da MCH tabela com lojas Auchan e Leclerc desviadas, sendo, internamente, dada a seguinte nota aos colaboradores da Bimbo Donuts:

“Estes preços têm de estar corrigidos até à próxima segunda-feira. Vamos ter um folheto na sonae com este artigo e qual não é o espanto, aparece todos os Jumbos e Leclerc’s. Mais uma vez um excelente seguimento de pvp’s.”

1846. Quanto à alegação de os referidos documentos não serem do conhecimento dos membros da direção da empresa, conforme se demonstrará no capítulo IV.4.5 *infra*, a referida circunstância, mesmo a ser verdade, não implica a desresponsabilização da Bimbo Donuts, pelo que improcede, também, este argumento.

1847. Não obstante não constar dos autos a resposta da insígnias em causa aos pedidos que lhes são dirigidos, a leitura dos referidos documentos permite razoavelmente concluir pela existência de comportamentos imputáveis à Bimbo Donuts⁵⁹⁰ que contribuem para a caracterização da prática de fixação de PVP, sendo razoável concluir que esse posicionamento corresponde ao posicionamento definido nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão para determinados produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.
1848. No que à linguagem diz respeito, esta é também consentânea com a linguagem constante do acervo probatório, linguagem, que como se viu e verá também em detalhe *infra*, é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas ou erros de interpretação, permitindo caracterizar a prática imputada.
1849. Adicionalmente, e ao contrário do que alega a Bimbo Donuts, é muito evidente que o que a informação que está a ser transmitida às insígnias é referente ao posicionamento de PVP de loja dos seus produtos e não quaisquer discussões relativas a condições comerciais de *sell-in*.
1850. Quanto à duração do envolvimento da Bimbo Donuts e, em concreto, quanto à alegada prescrição do procedimento contraordenacional, remete-se para as considerações vertidas no capítulo II.14.2 da presente Decisão⁵⁹¹, tendo-se por improcedente a referida arguição.
1851. Sem prejuízo do exposto, e por uma questão de completude, cumpre lembrar que eventuais períodos de intermitência entre os *emails* utilizados não serão suscetíveis de afastar o envolvimento da Bimbo Donuts (ou de determinar a prescrição da prática) se a matéria de facto provada demonstrar que a prática ocorreu de forma ininterrupta, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenham distanciado.
1852. Quanto à duração do envolvimento da Bimbo Donuts na prática investigada, com base na matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a AdC forma a sua convicção de que a visada Bimbo Donuts iniciou a sua participação na prática descrita,

⁵⁹⁰ E, bem assim, sempre que aplicável e nos termos detalhados a propósito do envolvimento de cada uma (cf. *infra*, no respetivo capítulo), às empresas de distribuição visadas.

⁵⁹¹ Igualmente retomadas, em parte, *infra* no capítulo IV.1.5, relativo à execução temporal e natureza permanente da infração.

pelo menos, em 28 de outubro de 2004 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo – cf. documento BakeryDonuts662), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 9 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente – cf. documento BakeryDonuts120).

1853. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação do período em que a Bimbo Donuts terá estado envolvida na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à visada, a AdC limitará a duração da prática imputável à Bimbo Donuts ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor.

1854. Neste sentido, a AdC considerará que a Bimbo Donuts esteve envolvida na prática investigada entre 23 de março de 2005 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento das visadas MCH e Pingo Doce – cf. documento BakeryDonuts667) e 28 de junho 2016 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1136).

1855. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.1 da presente Decisão, imputáveis à Bimbo Donuts, pelo seu envolvimento direto na prática investigada.

III.3.3.2 MCH

1856. Sobre o envolvimento concreto da MCH⁵⁹² na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a visada:

- (i) Acordava com a Bimbo Donuts e, indiretamente, através da Bimbo Donuts, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. documentos BakeryDonuts667, BakeryDonuts726, BakeryDonuts595, BakeryDonuts623, BakeryDonuts650, BakeryDonuts657, BakeryDonuts658, BakeryDonuts596, BakeryDonuts611,

⁵⁹² Relembra-se que para efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, e por virtude da aquisição do controlo exclusivo da Carrefour (Portugal) pela Sonae MC SGPS, em 2007, toda a atividade no âmbito do retalho alimentar do Grupo Carrefour em Portugal (sob a insígnia “Carrefour”), foi incorporada no negócio do Grupo Sonae, pelo que a visada MCH responde diretamente pela factualidade imputada ao Carrefour no caso *sub judice*.

- BakeryDonuts638, BakeryDonuts776, BakeryDonuts767, BakeryDonuts639, BakeryDonuts651, BakeryDonuts652, BakeryDonuts772, BakeryDonuts630, BakeryDonuts610, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts702, BakeryDonuts632, BakeryDonuts910, BakeryDonuts624, BakeryDonuts789, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 104 e n.º 154);
- (ii) Implementava efetivamente o posicionamento de PVP acordado (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts612, BakeryDonuts654, BakeryDonuts719, BakeryDonuts714, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts739, BakeryDonuts188, BakeryDonuts118, BakeryDonuts839, BakeryDonuts728, BakeryDonuts710, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts754, MCH1140 e ainda os documentos que integram a conversação n.º 365, e n.º 122);
- (iii) Informava a Bimbo Donuts sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. documentos BakeryDonuts796, BakeryDonuts632, BakeryDonuts852, BakeryDonuts907, BakeryDonuts594, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts744, BakeryDonuts648, BakeryDonuts1767, BakeryDonuts711, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 104);
- (iv) Era informada pela Bimbo Donuts sobre o posicionamento futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts726, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts727, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts663, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1402, BakeryDonuts1403, BakeryDonuts712, BakeryDonuts670, MCH1133, MCH1120, MCH1154, MCH1136, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 270);
- (v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Bimbo Donuts para o efeito, reportando à Bimbo Donuts comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts226, BakeryDonuts77, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1154, Bakery1085, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1768, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1746, BakeryDonuts733, BakeryDonuts734 BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1449, BakeryDonuts91,

BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1745, BakeryDonuts85, BakeryDonuts1767, BakeryDonuts1770, BakeryDonuts1771, BakeryDonuts1425, MCH1132, MCH1150, MCH1133, MCH1134, MCH1119, MCH1120, MCH1121, MCH1122, MCH1154, MCH1137, MCH1139, MCH1144, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 318);

(vi) Pressionava a Bimbo Donuts para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado (cf. documentos BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts91, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts77, BakeryDonuts85, MCH1142, MCH1150, MCH1134, MCH1120, MCH1144, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 318 e n.º 80); e

(vii) Ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar a Bimbo Donuts e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente acordado (cf. documentos BakeryDonuts852, BakeryDonuts1068).

1857. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos BakeryDonuts1008, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1012, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts1019, BakeryDonuts1020, BakeryDonuts1029, BakeryDonuts1030, BakeryDonuts1040, BakeryDonuts1075, BakeryDonuts1581, BakeryDonuts1051, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1073, BakeryDonuts1080, BakeryDonuts1081, BakeryDonuts1084, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts1187, BakeryDonuts1188, BakeryDonuts1189, BakeryDonuts1205, BakeryDonuts1243, BakeryDonuts1388, BakeryDonuts1416, BakeryDonuts1420, BakeryDonuts1421, BakeryDonuts1427, BakeryDonuts1428, BakeryDonuts1431, BakeryDonuts1432, BakeryDonuts1433, BakeryDonuts1434, BakeryDonuts1435, BakeryDonuts1477, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1567, BakeryDonuts1597, BakeryDonuts1598, BakeryDonuts1653, BakeryDonuts1773, BakeryDonuts179, BakeryDonuts186, BakeryDonuts221, BakeryDonuts721, BakeryDonuts722, BakeryDonuts723, BakeryDonuts886, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1010.

- 1858.É particularmente revelador do envolvimento concreto da MCH o conteúdo da conversa n n.º 290, em que uma colaboradora da referida ins gnia envia uma tabela comparativa de *shopping* identificando desvios de empresas de distribui n concorrentes e escreve ao seu interlocutor na Bimbo Donuts, *“Agrade o que d  uma vista de olhos e que me diga quando   que a situa n vai estar resolvida e quais s o as medidas j  tomadas e as que v o ser tomadas para contornar esta situa n”*.
- 1859.Ou o cont do da conversa n n.º 176, em que um colaborador da MCH, discutindo condi n a aplicar em folheto promocional, escreve ao seu interlocutor na Bimbo Donuts, *“O desconto que devemos ter   em cart o. N o queria estar a partir pre os no mercado”*.
- 1860.Ou o cont do do documento MCH1151, em que um colaborador da MCH escreve   sua interlocutora na Bimbo Donuts, ap s envio de tabela comparativa de *shopping* de lojas da empresa de distribui n concorrente, Auchan, *“Pelos vistos as lojas continuam a ter stock..... aguardo os seus coment rios.....”*.
- 1861.Ou ainda o cont do do documento MCH1134, em que uma colaboradora da MCH, perante uma situa n de desvio que o fornecedor se comprometera a resolver e que *“permanece sem resolu n, semana ap s semana”*, escreve   sua interlocutora na Bimbo Donuts, *“Mais uma vez estamos a reagir e a Panrico nada faz para evitar esta situa n. N o iremos n s, certamente, manter este  nus do nosso lado. Necessito de uma posi n objetiva da vossa parte face a esta situa n”*.

III.3.3.2.1 Pron ncia da Visada

- 1862.Para al m dos argumentos que foram sendo apresentados e apreciados nos cap tulos anteriores da presente Decis o a respeito de cada comportamento espec fico, a MCH contesta o seu envolvimento na pr tica investigada e alicer a a sua defesa no argumento de que as conclus es da AdC s o desajustadas face   realidade e que a prova utilizada revela apenas uma negocia n intensa, em permanente ebuli n, t pica da rela n comercial entre fornecedor e retalhistas, no decorrer da qual as partes

defendem interesses ambivalentes (comuns e conflitantes), reagindo às adversidades de forma normal, racional e competitiva, no contexto específico deste mercado⁵⁹³.

1863. De forma perentória, a MCH assegura que os PVP praticados variam constantemente e escassas vezes correspondem aos PVPRs, o que sucede apenas quando os interesses comerciais próprios da MCH coincidem com a recomendação do fornecedor⁵⁹⁴, esclarecendo a visada que *“decide autonomamente o preço efectivo dos produtos fornecidos pela Bimbo Donuts nos termos e condições (...) que, em cada momento e em cada loja, entende serem os mais convenientes, em função e vários factores”*, sendo o PVPR somente um desses fatores⁵⁹⁵.

1864. A MCH alega que não existe troca de comunicações diretas entre retalhistas ou qualquer plano comum destinado a substituir a autonomia das insígnias na definição dos PVP, e que a AdC desvirtua o contexto em que as comunicações descritas na Nota de Ilícitude ocorrem⁵⁹⁶.

1865. Para além dos argumentos elencados nos capítulos precedentes da presente Decisão, a MCH abstém-se de contestar a análise e conclusões da AdC sobre factos e elementos de prova concretos, em particular aqueles que na Nota de Ilícitude estabelecem a conexão entre a infração e a visada, recorrendo às suas considerações gerais sobre os comportamentos investigados para refutar a acusação de que é alvo e afastar qualquer participação na prática que lhe é imputada.

III.3.3.2.2 *Apreciação da Autoridade*

1866. Como nota prévia, constata-se que, para justificar a estratégia de defesa adotada, a visada refere que *“[n]ão cabe à MCH impugnar especificadamente cada um dos segmentos, dado que tal significaria uma inversão inadmissível do ónus da prova”*, *“[a]penas se espera que a AdC reconsidere os factos e evite dar-lhes uma roupagem jurídica completamente desajustada à realidade”*⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Cf. também capítulo III.2.5 da presente Decisão.

⁵⁹⁴ Cf. § 417 e ss. da PNI MCH.

⁵⁹⁵ Cf. § 444 e 445 da PNI MCH.

⁵⁹⁶ Cf. § 8, 9, 12, 13, 28, 36, 37, 48 e 51 da PNI MCH.

⁵⁹⁷ Cf. § 303 e 304 da PNI MCH.

1867. A este respeito, cumpre à AdC recordar que em processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência a prova é valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC, inexistindo um verdadeiro padrão ou *standard* probatório em sentido formal (cf. artigo 31.º da Lei n.º 19/2012).
1868. De acordo com o princípio da investigação, à AdC cabe carrear prova para o processo e esclarecer todos os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência ou inexistência de uma infração, a punibilidade das visadas, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima (cf. n.º 1 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012), com respeito pelos demais princípios de Direito, designadamente o princípio da presunção de inocência.
1869. Às visadas caberá, se assim o entenderem, pronunciar-se sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, incluindo sobre as provas produzidas (cf. n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012).
1870. Trata-se de conceder às visadas uma oportunidade para exercerem o direito de defesa e o contraditório, procurando infirmar o juízo formulado pela Autoridade, contribuindo para a descoberta da verdade material e para a boa decisão da causa.
1871. Efetivamente, as visadas, de forma casuística e recorrendo ao seu conhecimento dos factos e às regras da experiência, estão em posição de melhor contestar a posição da Autoridade, demonstrando, no caso concreto, se o acervo probatório recolhido no âmbito da atividade investigatória levada a cabo pela Autoridade não permite corroborar a existência de uma infração jusconcorrencial.
1872. Trata-se, pois, de reconhecer que a factualidade apontada pela Autoridade na Nota de Ilícitude não comporta um juízo de culpabilidade definitivo e irreversível, reservando às visadas espaços de contraditório e de produção de prova no âmbito dos quais podem reverter e elidir as conclusões formuladas pela Autoridade na Nota de Ilícitude.
1873. Tendo a Autoridade recolhido, segundo entendeu, indícios suficientes da prática da infração por parte das visadas, elencando os indícios que concorrem para tal conclusão e, ainda, procedido à narração concreta e precisa dos factos, de forma a garantir a plena observância das prerrogativas de defesa, o ónus de alegação que decorre do exercício do direito de defesa e do contraditório e que passa a impender sobre as visadas não é confundível com (nem implica) a inversão do ónus da prova.

1874. Inexiste, portanto, qualquer alegada inversão do ónus da prova, improcedendo este argumento de defesa.
1875. Sucede que, no presente caso, perante a notificação da Nota de Ilícitude, em que a AdC conclui pela existência de uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória com base em determinada apreciação dos factos e da prova que lhe subjaz, a MCH opta por não impugnar os elementos que fundamentam a teoria do dano apresentada pela AdC, limitando-se a alegar que essa teoria não é consentânea com um determinado contexto de mercado.
1876. A MCH não oferece, portanto, uma visão alternativa quanto à interpretação dos factos, eximindo-se de tentar demonstrar que, no caso concreto, o acervo probatório recolhido no âmbito da atividade investigatória levada a cabo pela Autoridade não permite corroborar a existência de uma infração jusconcorrencial e da respetiva punibilidade.
1877. Conforme referido anteriormente, a caracterização, em termos genéricos, do mercado no presente caso não é incompatível com os factos investigados na Nota de Ilícitude e demonstrados na presente Decisão (muito pelo contrário, no entendimento da AdC, consentâneo com alguns aspetos da defesa das visadas, até os promove) e, por outro lado, ainda que o fosse, o conteúdo da prova (essencialmente prova documental) que se encontra no processo e que vem descrito na presente Decisão é muito claro e tem, necessariamente, de relevar mais do que essa caracterização geral do (suposto funcionamento do) mercado.
1878. Destarte, analisada a Pronúncia da MCH em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar os comportamentos que lhe são imputados, a AdC concluiu pela improcedência da defesa e pela manutenção do juízo formulado na Nota de Ilícitude quanto ao envolvimento da visada MCH pelas razões a seguir indicadas.
1879. Em que se traduzem, então, os comportamentos da MCH e qual é, afinal, o seu grau de participação na prática investigada?
1880. Nos termos melhor desenvolvidos nos capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.3.5, III.3.1.3.8, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2, III.3.1.6.2 e III.3.2.2 da presente Decisão, a AdC conclui que os documentos descritos na presente Decisão evidenciam comportamentos que traduzem uma prática concertada de fixação de preços entre as empresas de distribuição visadas,

alcançado por via do fornecedor, bem como pela existência de um objetivo comum que consiste no alinhamento de PVP no mercado.

1881. No que respeita ao envolvimento das insígnias, a prova revela que estas empresas adotam comportamentos concretos, expressamente direcionados à prossecução da prática de fixação de PVP, revelando a sua intenção expressa de contribuir para a realização do objetivo comum, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados pelas suas concorrentes em matéria de *pricing*, utilizando ferramentas de controlo e monitorização para sinalizar e corrigir desvios ao posicionamento e calendário previamente concertados, adotando comportamentos que se traduzem em ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

1882. Através do fornecedor, as insígnias tomam conhecimento de que os PVP comunicados são o ponto focal para a convergência no retalho e quais as intenções futuras das suas concorrentes relativamente a esses PVP e respetiva calendarização (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts726, BakeryDonuts663, BakeryDonuts670, BakeryDonuts727, BakeryDonuts728, BakeryDonuts714, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts657, BakeryDonuts749, BakeryDonuts602, BakeryDonuts713, BakeryDonuts963, BakeryDonuts614, BakeryDonuts772, BakeryDonuts142, BakeryDonuts744, BakeryDonuts648, BakeryDonuts663, BakeryDonuts754).

1883. Com efeito, a prova junta ao processo revela que as empresas de distribuição visadas manifestam o seu consentimento com determinado posicionamento de PVP de forma livre, espontânea e esclarecida, no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor (no que à MCH diz, especificamente, respeito vejam-se os documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts910, BakeryDonuts728, BakeryDonuts711, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts726, BakeryDonuts1581, BakeryDonuts1078, BakeryDonuts907 e ainda os documentos que integram as conversações n.º 104).

1884. A prova sustenta, portanto, a conclusão de que as insígnias participam, revelando a intenção expressa de o fazer, para a formação do *iter* cognoscitivo que está na base da definição de PVP, colocando a sua autonomia e liberdade de decisão ao serviço da prossecução do objetivo comum e da prática de fixação e alinhamento de PVP descrita na presente Decisão.

1885.A implementação dos PVP é posteriormente objeto de monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário combinados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6acima da presente Decisão).

1886.No que respeita à participação das insígnias e, em concreto, da MCH a prova demonstra que esta utiliza ferramentas de monitorização de PVP e os respetivos resultados com o propósito de: (i) confirmar se todas as insígnias estão a implementar o posicionamento de PVP previamente concertado, na data fixada, (ii) verificar se o mercado está alinhado; (iii) identificar as insígnias que não posicionaram os PVP conforme concertado e qual o desvio, e (iv) identificar os PVP que precisam de ser corrigidos (cf. documentos, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1080, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts91, BakeryDonuts226, BakeryDonuts221, MCH1132, MCH1133, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1746, MCH1137, MCH1120, MCH1154, MCH1122, MCH1136, BakeryDonuts1767).

1887.A prova demonstra, aliás, várias situações de reporte de desvios pela MCH à Bimbo Donuts, algumas acompanhadas de solicitação expressa para que a Bimbo Donuts explique o desvio ou interceda junto da insígnia desviante, garantindo o (re)alinhamento do mercado (cf. documentos BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts733, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts77, BakeryDonuts1018).

1888.A prova demonstra assim, igualmente, que a MCH pressiona o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão desviados face ao posicionamento previamente concertado (cf. documentos BakeryDonuts733, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts1008, BakeryDonuts85, MCH1150, MCH1151, BakeryDonuts1421, MCH1134, MCH1144), bem como que adota comportamentos que constituem verdadeiras ações de retaliação contra o fornecedor, quando este se revela incapaz de assegurar o alinhamento do mercado (cf. BakeryDonuts852, BakeryDonuts1068).

1889.Não obstante, a prova também demonstra que as insígnias implementam os PVP concertados, sendo o plano comum de alinhamento de mercado alcançado, encontrando-se as insígnias alinhadas entre si (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts658, BakeryDonuts746,

BakeryDonuts714, BakeryDonuts600, BakeryDonuts606, BakeryDonuts717, BakeryDonuts167, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661 e BakeryDonuts118).

1890. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a prova junta ao processo revela não só uma “negociação intensa” entre fornecedor e retalhistas, mas também um conjunto de evidências muito claras que contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de comportamentos qualificáveis como uma prática restritiva da concorrência, imputável às empresas de distribuição visadas, nos termos que têm vindo a descrever-se e analisar-se.

1891. Independentemente de fornecedor e insígnias prosseguirem interesses próprios, a prova é muito clara sobre a existência de um objetivo comum, expressamente identificado nos elementos de prova, traduzindo-se num plano estratégico partilhado por todas as visadas, no sentido de fixar, estabilizar, alinhar ou nivelar os PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal, essencialmente no sentido de subida.

1892. Ademais, a linguagem utilizada nos documentos apreendidos é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas ou erros de interpretação e, ainda que o fosse, o contexto associado a cada elemento de prova (por exemplo, desde as circunstâncias em que as mensagens são trocadas, ao seguimento que lhes é dado pelo recetor) é suficientemente esclarecedor.

1893. De facto, o uso de expressões como “*alinhamento geral de PVP*”, “*preço normal de alinhamento*”, “*nivelar o mercado*”, “*preço normal de alinhamento*”, “*PVP correto*”, “*estará tudo resolvido*”, “*situação estará normalizada*”, “*estará corrigido*”, “*está alterado*”, “*resolvido*”, “*vamos controlar*”, “*talões das correções*”, etc., que aparecem com frequência ao longo das comunicações (cf. BakeryDonuts665, BakeryDonuts726, BakeryDonuts728, BakeryDonuts713, BakeryDonuts876, BakeryDonuts670, BakeryDonuts957, BakeryDonuts882, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts711, BakeryDonuts712, BakeryDonuts85, BakeryDonuts719, BakeryDonuts733, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1653, BakeryDonuts1388, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1059, MCH1140, MCH1133, MCH1134, MCH1136 e ainda os documentos que integram a conversaç o n.º 80, n.º 110, n.º 270, n.º 290 e n.º

318), não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

1894. Assim, o confronto com a globalidade da prova, demonstra que a prática imputada à MCH ocorreu nos termos descritos pela Autoridade na Nota de Ilícitude e ora retomados na presente Decisão, sendo de referir o impressionante volume de prova que demonstra o envolvimento desta visada na prática *sub judice*.

1895. Com efeito, é muitas vezes a MCH a impulsora das ações de monitorização do mercado, da deteção e solicitação de correção dos desvios perante a Bimbo Donuts e da iniciativa de ações de coação e retaliação, existindo muitos elementos de prova, ao longo de todo o período temporal considerado, que a envolvem diretamente em todos os sub-tipos de comportamentos descritos e imputados.

1896. Refere a, a este propósito, a Auchan na sua pronúncia escrita:

“De facto, como daremos conta ao longo da NI, a AdC carregou para os autos diversos e-mails que têm como origem/destinatário a MCH, ou nos quais a insígnia intervém, onde é possível constatar o papel ativo, reiterado e determinante desta insígnia na articulação com o fornecedor, na indicação do nível de preços, na pressão deste sobre a Bimbo Donuts para alcançar a prática de determinados preços por parte das outras insígnias, bem como em ações de shopping constantes e reporte junto da Bimbo Donuts de insígnias com PVP's posicionados de forma diferente do acordado entre MCH e a Bimbo Donuts”⁵⁹⁸

1897. No mesmo sentido, não pode deixar de recordar-se o teor dos seguintes documentos:

1898. O documento BakeryDonuts852, nos termos do qual a direção comercial da MCH envia à Bimbo Donuts uma tabela comparativa de *shopping*, informando que “*será efectuado reacção aos concorrentes abaixo do PVP alinhado*” (no caso, 2,56€ - cf., também, o documento BakeryDonuts772), demonstrando, assim, não só o conhecimento do alinhamento de PVP e o seu acompanhamento até ao momento, como, no caso concreto, a reação aos desvios de insígnias concorrentes, através de uma descida de preços.

⁵⁹⁸ Cf. §139 da PNI Auchan.

1899. O documento BakeryDonuts1059, que ilustra que a MCH (i) solicita condições financeiras para acompanhar o PVP praticado pela sua concorrente Lidl, ao invés de solicitar condições comerciais que lhe permitam praticar um PVP mais competitivo (e sob pena de corte de compra do produto), e (ii) solicita o envio de talões de compra em insígnias concorrentes, de forma a comprovar as “*situações corrigidas*”, que permitem que a MCH posteriormente altere os seus PVP, reposicionando-os ao nível definido.

1900. O referido documento apresenta-se consentâneo com a apreciação da prova que tem vindo a ser desenvolvida na presente Decisão e que revela que existe, de facto, um objetivo comum no sentido de subir PVP de mercado nos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts. O documento BakeryDonuts1059 revela ainda que a MCH exerce, de facto, pressão sobre o fornecedor, para que este garanta o alinhamento concertado e a subida de PVP pretendida. Perante a incapacidade do fornecedor em manter o mercado alinhado, a insígnia exerce coação, mediante a exigência de condições financeiras que permitam à MCH realinhar pelo preço desviado, garantindo simultaneamente a manutenção da sua margem, forçando, por esta via, o fornecedor a garantir o rápido reposicionamento do mercado.

1901. No mesmo sentido, e ilustrativo da pressão que a MCH exerce sobre a Bimbo Donuts, assim como o papel dinamizador da prática que a empresa de distribuição assume, veja-se o documento BakeryDonuts1011.

1902. Da respetiva leitura é razoável concluir que, relativamente ao PVP do produto “pão 9 cereais” algumas insígnias concorrentes da MCH estariam a praticar PVP desviados do PVP pretendido, tendo, em todo o caso, o fornecedor garantido à MCH (no dia 12 de setembro de 2008, sexta-feira):

“Relativamente ao 9 Cereais as lojas de C Branco, Alverca e F Nova Sintra estão com os preços a 1,79 e vamos mandar talões ainda de manhã...

Almada e Entroncamento estão fora de linha!”

1903. Envio este que não terá ocorrido, visto que a MCH, na segunda-feira seguinte, adverte o NAM da Bimbo Donuts: “*Continuamos a aguardar talões de Castelo Branco e Alverca*”.

1904. Ao final do dia, a Bimbo Donuts continuava sem enviar os referidos talões, motivo pelo qual o colaborador da MCH informa:

“Estamos a pôr em risco a acção da próxima 4ª feira

Confiei na v/ palavra e o talão ainda não chegou. Se amanhã não enviarem nada, não contem mais com a Sonae, passamos só a subir depois do mercado subir

1905. Perante tal ameaça, a KAM da Bimbo Donuts responde, no dia seguinte, informando que o NAM não estaria no escritório e esclarecendo que:

“Ontem este pão estava em rotura nas 2 lojas e por isso não lhe pude enviar os talões. Estou a tratar destes talões hoje de manhã e assim que os tiver envio-lhe”.

1906. Minutos passados, a MCH responde ao seu fornecedor:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: 16 de setembro de 2008 10:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: 1
Cc: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Identidade de colaborador da Panrico:]>
Subject: RE: 9 cereais
Importance: High

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:],

O que me está a dizer é completamente inadmissível e quebra todos os laços de confiança com a Panrico em termos de implantação de preços.

Relembro que na 6ª feira Panrico garantiu-nos de boca que em Castelo Branco estava tudo OK, fiquei a aguardar o talão e agora vêm-me dizer que está em ruptura? Porque é que não disseram logo na 6ª feira, como o fizeram para Alverca?

Se a Panrico não cumprir com o envio que se comprometeu no mail em anexo, a partir de hoje só iremos mexer em pvp's depois dos nossos shoppings comprovarem como está a concorrência

Aguardo notícias

Com os melhores cumprimentos

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
D.C. Alimentar - U.N. Mercearia
G.C. Temperos / Pão e Afins
Telf.: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
E-mail: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Ext:

1907. Ao pressionar a Bimbo Donuts a garantir o reposicionamento do PVP através do envio de talões, sob pena de a MCH só “*mexer em pvp's depois dos (...) shoppings comprovarem como está a concorrência*”, constata-se (i) o papel impulsionador que a MCH tem na prática *sub judice* e (ii) a existência da mesma *qua tale*.

1908. Na verdade, e *a contrario*, o que a MCH admite não fazer é seguir e adotar (bem como deixar que outras insígnias sigam e adotem) uma política de *pricing* autónoma.

1909. Não se excluindo que possam existir, em abstrato, também objetivos lícitos por detrás do controlo e monitorização dos PVP levada a cabo pela MCH, os mesmos coexistem,

no caso concreto, com outros explicitamente orientados à verificação do cumprimento dos PVP previamente concertados e do alinhamento do mercado.

1910. A prova é muito esclarecedora a este respeito, utilizando uma linguagem muito clara.

1911. A prova evidencia que as ações de controlo e monitorização dos PVP levadas a cabo pela MCH têm por finalidade verificar o cumprimento dos PVP definidos nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão.

1912. Recorde-se, neste sentido, os documentos BakeryDonuts91, BakeryDonuts226 e BakeryDonuts10 (referidos nos parágrafos 1259, 1434 e 1333 *supra*), os quais evidenciam que a MCH reporta à Bimbo Donuts alguns desvios face aos PVP acordados, de modo a que o fornecedor atue junto das insígnias desviantes, pressionando-as a corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir por essa via o reposicionamento horizontal dos PVP.

1913. Nos termos do documento BakeryDonuts91, após o envio, por parte da MCH, de uma tabela comparativa de *shopping*, o KA da Bimbo Donuts alerta internamente a sua equipa, podendo ler-se:

“Vejam pf estas situações para não estarmos todas as semanas a analisar shopping e sempre a apagar fogos. Vocês quando vão às lojas vêem que os preços não estão correctos alterem proactivamente e se precisarem da minha ajuda eu tento na central. O shopping é um vírus que se vai alastrando... acho que já tinha dito isto”.

1914. O documento BakeryDonuts226, sobre o assunto “*Shoppin: Urgente (SONAE)*”, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts reencaminha à sua equipa uma tabela comparativa de PVP enviada pela MCH, dando as seguintes indicações:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Sent: 30 de outubro de 2012 18:38

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Subject: Shopping: Urgente (SONAE)

Importance: High

Boa tarde a todos,

Preciso da vossa ajuda para conseguirmos rectificar algumas situações em anexo (Leclerc e Auchan).

Este shopping tem data de 22/10. À medida que vão resolvendo estas questões preciso também que me informem...

		PVP Rec
70	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,45
902	Pão de Forma 600g	1,59
76	Pão de Forma Hotelaria (1Kg)	2,99
74	Pão de Forma Integral (360g)	1,95
904	Pão de Forma sem Còdea 450g	1,99
347	Pão de Forma sem Còdea Integral (450g)	2,99
124	Pão de Forma sem Còdea Familiar (650g)	3,4
550	Pão de Forma 9 Cereais (360g)	1,95
930	Pão de Forma 0% Açucars (520g)	2,49
64	Burguer Sésamo (4)	1,39
60	Hot Dogs (6)	1,45

Obrigada,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1915. Da leitura do documento BakeryDonuts10 resulta que a MCH, mais uma vez, envia uma tabela comparativa de PVP praticados por insígnias concorrentes, sendo a mesma reencaminhada internamente aos colaboradores da Bimbo Donuts, podendo ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

1916. Constata-se, assim, sem qualquer dúvida ou ambiguidade, que o resultado do controlo e monitorização de PVP levado a cabo pela MCH e comunicado ao fornecedor, desencadeou a necessidade da sua atuação junto das empresas desviantes para corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir, por essa via, um realinhamento horizontal dos PVP: “*Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar estas questões nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre*”.

1917. Recorde-se, também, o teor da mensagem enviada pela MCH à Bimbo Donuts, após o envio de uma tabela comparativa de *shopping*, relativamente à qual não fora obtida resposta (leia-se, correção do desvio ou retaliação, caso esta não tivesse sucesso), (cf. documento MCH1151):

“Pelos vistos as lojas continuam a ter stock.....”

Aguardo os seus comentários”

1918. No documento MCH1134, após mais um envio de uma tabela comparativa de preços, a MCH manifesta o seu desagrado com a situação constatada (“*variação de mercado*”):

De: [E-MAIL SONAE]
Data: 05/05/2016 23:40 (GMT+00:00)
Para: [E-MAIL PANRICO]
Cc: [E-MAIL SONAE], [E-MAIL PANRICO]
Assunto: FW: Recolhas de Shopping

Olá [,

Segundo a v/ informação, com exceção da loja Sintra, existia possibilidade de resolução imediata desta variação de mercado nesta insignia. Continuo sem perceber esta situação que permanece sem resolução, semana após semana.

Mais uma vez estamos a reagir e a Panrico nada faz para evitar esta situação. Não iremos nós, certamente, manter este ónus do nosso lado. Necessito de uma posição objetiva da vossa parte face a esta situação.

Cumprimentos,

Padaria/Pastelaria
[ASSINATURA FRESCOS]

1919. A prova também não deixa margem para dúvidas sobre o facto de os talões de compra serem utilizados pelas empresas participantes, em concreto pela MCH e pela Bimbo Donuts, com o intuito de atestar um determinado o cumprimento do posicionamento (ou reposicionamento) de PVP pretendido.

1920. Neste sentido, recorde-se o teor do documento BakeryDonuts1082:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 4 de novembro de 2008 14:24
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Shopping

Jumbo Coimbra-1.99€ - já pedi para confirmar

Pão açúcar STRiso-2.74€ - estava errado, mas foi corrigido na 5ªfeira. O talão foi enviado para a Sonae.

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 4 de Novembro de 2008 12:45
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Shopping

Olá [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O Lidl está a 2,69, isso só pode ser um erro.

Vou ver oi que se passa com os outros 2.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: terça-feira, 4 de Novembro de 2008 12:44
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Shopping

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Donuts 6Unid

Jumbo Coimbra-1.99€

Pão açúcar STRiso-2.74€

Lidl- BOLLYCAO DOKYO PANRICO EMB 4X45GR-2.47€?

Cptos

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

1921. Da leitura do documento BakeryDonuts77 resulta igualmente que, após o envio de uma tabela comparativa de *shopping* pela MCH, internamente (Bimbo Donuts) são dadas as seguintes instruções:

“Verifica pf o que se está a passar no formato 310 grs principalmente nas lojas Leclerc. Se esta situação não estiver de acordo com o shopping enviado abaixo pede os talões pf.”

(...)

“Conforme SMS enviado preciso que verifiquem todos os PVP’s do código 70 (Pão 310gr) nas lojas E Leclerc bem como nas lojas assinaladas do Auchan.

Verifiquem qual a última data apresentada no Shopping (envio ficheiro em anexo).

Já sabem que o PVP recomendado/sugerido é 1,35€. Vou precisar dos talões de todas as lojas que estão no shopping e que estejam com o PVP correcto.”

1922. A conversação n.º 110, que tem origem no reporte da MCH à Bimbo Donuts dos PVP dos seus produtos praticados por insígnias concorrentes, nos termos da qual a Bimbo Donuts, além de fornecer informação específica sobre alguns dos desvios identificados comenta, internamente: *“[n]as lojas onde temos Dokyo abaixo, se tirarmos a Sonae consegue alinhar para 3ªfeira?”*.

1923. Esta mensagem é reencaminhada para a MCH, juntamente com a seguinte proposta:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 6 de novembro de 2008 16:06
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc:
Subject: FW: Shopping Panrico 5/11/2008

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Junto segue a nossa resposta.

Vou retirar o Dokyo de linha de todas as lojas, peço-lhe sem falta que na 3ª feira o Dokyo esteja a 2,69 tal como o resto do mercado onde permanecerá à venda.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: quinta-feira, 6 de Novembro de 2008 12:48
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: FW: Shopping Panrico 5/11/2008

Nas lojas onde temos Dokyo abaixo, se tirarmos a Sonae consegue alinhar para 3ªfeira?

1924. Na conversação n.º 290 pode ler-se a seguinte mensagem da MCH para a Bimbo Donuts aquando de um envio de uma tabela comparativa de *shopping* identificando desvios de empresas de distribuição concorrentes:

“Agradeço que dê uma vista de olhos e que me diga quando é que a situação vai estar resolvida e quais são as medidas já tomadas e as que vão ser tomadas para contornar esta situação.”

1925. Solicitação que foi respondida pelo diretor comercial da Bimbo Donuts:

“Estamos muito atentos a esta situação dos preços e pode ter a certeza que os vamos controlar. Estou neste momento a tomar medidas junto ao grupo Jerónimo Martins e Dia-Minipreço que vão ter que subir estes preços correndo o risco de corte de fornecimento se não o fizerem.”

1926. A conversação n.º 80, que tem origem na comunicação da MCH à Bimbo Donuts de uma ação comercial a implementar, constatando-se a pressão exercida pelo colaborador da MCH ao condicionar o respetivo desconto ao alinhamento do PVP no mercado, face a uma subida do respetivo preço de tabela: *“[s]ó poderei aceitar este desconto se o mercado alinhar o preço, conforme o incremento do PT...Falaremos mais ao pormenor na data de definição do preço”*.

1927. Percebe-se, assim, que a MCH sabe e tem a consciência de que o fornecedor atuará no mercado, junto das empresas de distribuição suas concorrentes, no sentido de promover o alinhamento do respetivo PVP, condicionando o desconto a aplicar ao seu folheto promocional a esse mesmo alinhamento.

1928. Ou o conteúdo da conversação n.º 176, nos termos do qual, em discussões referentes a condições relativas a um folheto promocional, um colaborador da MCH escreve ao NAM da Bimbo Donuts: *“[o] desconto que devemos ter é em cartão. Não queria estar a partir preços no mercado”*.

1929. Da leitura integrada do capítulo III.3.3.2, em conformidade com a matéria de facto considerada provada nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6, e com as conversações e documentos *supra* referidos é possível concluir que:

- (i) A MCH implementa os PVP concertados (cf. BakeryDonuts667, BakeryDonuts665, BakeryDonuts612, BakeryDonuts654, BakeryDonuts796, BakeryDonuts719, BakeryDonuts710, BakeryDonuts714, BakeryDonuts839,

BakeryDonuts754, BakeryDonuts711, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1012, BakeryDonuts1653, BakeryDonuts188);

(ii) A MCH monitoriza os PVP de mercado, identifica desvios, sinaliza-os ao fornecedor; abstendo-se de, num exercício puramente concorrencial, reposicionar imediatamente os seus PVP face à concorrência, aguardando que o fornecedor pressione as insígnias desviantes a corrigir os desvios e a reposicionar-se de acordo com o previamente concertado (cf. BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts733, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts85, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1080, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts226, BakeryDonuts221, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1403, MCH1132, MCH1150, MCH1133, MCH1137, MCH1120, MCH1154, MCH1222, MCH1136);

(iii) A MCH exerce pressão sobre a Bimbo Donuts para que esta garanta o alinhamento do mercado, ameaçando o fornecedor, nomeadamente, com a exigência de condições especiais e com a descida dos seus PVP (cf. BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1403, BakeryDonuts1012, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1059, BakeryDonuts85, BakeryDonuts1083, MCH1150, MCH1151, MCH1134, MCH1144);

(iv) A MCH reposiciona quando obtém garantia por parte do fornecedor de que o mercado está (ou estará, em determinada data) alinhado (cf. BakeryDonuts907).

1930. A prova demonstra, portanto, que é falso que os PVP praticados pela MCH coincidam com os PVP recomendados apenas quando estes estejam de acordo com os seus interesses comerciais (exceto se nos interesses comerciais desta insígnia se inserir o próprio objetivo de alinhamento horizontal de PVP no mercado retalhista).

1931. Para além disso, a prova é abundante ao longo de todo o período de tempo considerado e o teor de cada elemento mais explícito relativamente à MCH (por confronto com as demais empresas de distribuição visadas), revelando que é a MCH que, muitas vezes, solicita à Bimbo Donuts que obtenha informação junto de insígnias concorrentes, que

garanta o alinhamento para um determinado movimento de PVP, que averigue determinado desvio, que diligencie no sentido da sua correção e que reporte o alinhamento, pressionando, coagindo e exercendo ações repressivas sobre a Bimbo Donuts.

1932. A AdC forma, portanto, a sua convicção de que a MCH participa ativamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, de forma preponderante, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de fixação de PVP de mercado.

1933. Finalmente, a argumentação da MCH demonstra, na verdade, a motivação das visadas na prática desta infração.

1934. Por um lado, a Bimbo Donuts tenta estabilizar os PVP dos seus produtos num patamar artificialmente mais elevado, para que não seja alvo de eventuais exigências de comparticipação por parte das empresas de distribuição visadas e possa manter a margem que idealizou na venda dos seus produtos.

1935. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas eliminam a incerteza associada a uma “guerra de preços”, garantem a expectativa do recebimento de uma determinada margem na venda ao público dos produtos da Bimbo Donuts e ludibriam o consumidor com a afirmação de que estão a praticar o “preço mais baixo” do mercado, já que todas efetivamente estão a praticar aquele PVP que foi pré-definido entre elas e o fornecedor, mas que não se sabe se seria o mais baixo se as normas jusconcorrenciais não estivessem a ser infringidas.

1936. Na verdade, resulta dos elementos probatórios que, com o mercado a funcionar em plena concorrência, o PVP dos produtos seria mais baixo que o concertado, já que os desvios detetados eram, na maioria dos casos, inferiores ao preço definido pelas visadas.

1937. Quanto à duração do envolvimento da MCH na prática investigada, a Nota de Ilícitude estabelecia que, de acordo com os elementos analisados, a MCH iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 23 de março de 2005 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo – cf. documento BakeryDonuts667), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 4

de agosto de 2016 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente constante do processo – cf. documento MCH1144).

1938. Na sua defesa, a MCH nada alega quanto às datas indicadas na Nota de Ilícitude para determinar o início e o fim do seu envolvimento na prática investigada, tão pouco impugna especificamente a utilização dos documentos BakeryDonuts667 e MCH1144 para este (ou qualquer outro) efeito.

1939. Sucede que, em virtude da reapreciação do acervo probatório à luz do conjunto de defesas escritas apresentadas, a Autoridade constatou que o teor do documento MCH1144 poderá não ser conclusivo quanto aos termos concretos do envolvimento da MCH nestas circunstâncias específicas.

1940. Destarte, a Autoridade decide adotar a perspetiva mais favorável à visada e considerar o documento MCH1136 para efeitos da determinação do fim da participação da MCH na prática investigada.

1941. Quanto ao documento MCH1136 de 28 de junho de 2016, sobre o assunto “*RE: Recolhas de Shopping*”, percebe-se que a conversação em causa se reporta a mais do que uma ação de monitorização de PVP no mercado. Na realidade, da sua leitura constata-se que a *KAM* da Bimbo Donuts solicita a uma analista de preços da MCH que esta última envie os mais recentes dados de *shopping*:

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

Assim que tiver os dados de hoje do Pão em Còdea 450gr envie-me.

Os dados de ontem tinham 3 incidências que ao dia de hoje devem estar corrigidas.”

1942. Em resposta, a MCH envia dados de *shopping* relativos aos PVP praticados pelas lojas da Auchan de Viseu (1,79€), Almada (1,91€) e Aveiro (1,79€), esclarecendo a *KAM* da Bimbo Donuts que o desvio identificado no Jumbo de Aveiro não se verificaria “[*Confidencial – Dados Pessoais*], [e]m anexo Aveiro. A 1,79€ está o Especial Torradas sem Còdea. Não há PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20% à venda”.

1943. A colaboradora da MCH, em resposta, questiona ainda qual o ponto de situação em relação às lojas de Viseu e Almada, ao que a *KAM* da Bimbo Donuts envia uma fotografia de um linear vazio.

1944. Ora, relativamente à visada MCH, a AdC entende, com base no que a globalidade da prova permite demonstrar, que a insígnia utiliza ferramentas de monitorização de PVP e os respetivos resultados com o propósito de identificar as insígnias que não reposicionaram o PVP conforme concertado e qual o desvio, identificando os PVP que precisam de ser corrigidos.
1945. No caso em concreto, este propósito fora alcançado, referindo o fornecedor que “[o]s dados de ontem tinham 3 incidências que ao dia de hoje devem estar corrigidas”.
1946. Na verdade, este documento demonstra mais uma das (inúmeras) situações de reporte de desvios pela MCH à Bimbo Donuts.
1947. Quanto à duração do envolvimento da MCH na prática investigada, com base na matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a AdC forma a sua convicção de que a visada MCH iniciou a sua participação na prática descrita, pelo menos, em 23 de março de 2005 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo – cf. documento BakeryDonuts667), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 28 de junho de 2016 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente constante do processo – cf. documento MCH1136).
1948. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.2 da presente Decisão, imputáveis à MCH, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, com um grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas.

III.3.3.3 Pingo Doce

1949. Sobre o envolvimento concreto da Pingo Doce⁵⁹⁹ na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a visada:
- (i) Acordava com a Bimbo Donuts e, indiretamente, através da Bimbo Donuts, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias

⁵⁹⁹ Recordar-se que para efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, e por virtude do facto do Grupo Jerónimo Martins ter operado, até 2010, um *portfolio* de lojas sob a insígnia “Feira Nova”, tendo depois procedido à extinção dessa insígnia que foi integrada, por sua vez, na insígnia “Pingo Doce”, a visada Pingo Doce responde diretamente pela factualidade imputada ao Feira Nova no caso *sub judice*.

implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. documentos BakeryDonuts624, BakeryDonuts667, BakeryDonuts595, BakeryDonuts623, BakeryDonuts650, BakeryDonuts657, BakeryDonuts702, BakeryDonuts658, BakeryDonuts596, BakeryDonuts770, BakeryDonuts776, BakeryDonuts611, BakeryDonuts632, BakeryDonuts638, BakeryDonuts639, BakeryDonuts651, BakeryDonuts652, BakeryDonuts630, BakeryDonuts775, BakeryDonuts610, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts726, BakeryDonuts767, BakeryDonuts782, BakeryDonuts727, BakeryDonuts797, BakeryDonuts594, BakeryDonuts712, e ainda os documentos que integram a conversa o n.º 181);

(ii) Implementava efetivamente o posicionamento de PVP acordado (cf. documentos BakeryDonuts709, BakeryDonuts637, BakeryDonuts1768, BakeryDonuts674, BakeryDonuts642, BakeryDonuts800, BakeryDonuts787, BakeryDonuts648, BakeryDonuts791, BakeryDonuts714, BakeryDonuts792, BakeryDonuts788, BakeryDonuts1435, BakeryDonuts790, BakeryDonuts796, BakeryDonuts799, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts1567, BakeryDonuts633, BakeryDonuts181, BakeryDonuts746, BakeryDonuts907, BakeryDonuts996, BakeryDonuts768, BakeryDonuts1151 BakeryDonuts908, BakeryDonuts665, BakeryDonuts196, BakeryDonuts121, BakeryDonuts169, BakeryDonuts631, BakeryDonuts169, MCH1132, MCH1154 e MCH1133, e ainda os documentos que integram a conversa o n.º 104);

(iii) Informava a Bimbo Donuts sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. documentos BakeryDonuts832, BakeryDonuts833, BakeryDonuts1150, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts793, BakeryDonuts744, BakeryDonuts670, e BakeryDonuts809);

(iv) Era informada pela Bimbo Donuts sobre o posicionamento futuro, o reposicionamento, e a corre o de desvios de PVP de ins gnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts793, BakeryDonuts777, BakeryDonuts828, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts772, BakeryDonuts228);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas v rias ins gnias, por sua pr pria conta e atrav s de informa o que solicitava expressamente   Bimbo Donuts para o efeito, reportando   Bimbo Donuts comportamentos desviantes de

insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts1065, BakeryDonuts789, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159); e

(vi) Pressionava a Bimbo Donuts para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado (cf. documentos BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1158).

1950. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos BakeryDonuts1104, BakeryDonuts1119, BakeryDonuts1120, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts11223, BakeryDonuts794, BakeryDonuts997, BakeryDonuts1580 e BakeryDonuts742.

1951. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Pingo Doce o conteúdo do documento BakeryDonuts1065, em que minutos após uma colaboradora da Pingo Doce ter enviado diretamente ao diretor comercial da Bimbo Donuts uma tabela de *shopping* de PVP praticados por insígnias concorrentes, referindo “*Aguardo os seus comentários*”, o referido diretor da Bimbo Donuts reencaminha internamente a tabela enviada, com conhecimento para a colaboradora da Pingo Doce, dando a seguinte instrução interna: “*Correcção imediata destes PVP’s. Amanhã feed-back a [Confidencial – Dados Pessoais] com as respetivas correcções*”.

1952. Ou ainda o conteúdo do documento BakeryDonuts800, em que uma colaboradora do Feira Nova dá a seguinte nota às suas lojas: “*acabei de receber um telefonema da [Confidencial – Dados Pessoais] da Panrico, diz que conseguiu que o Pingo Doce, o Minipreço e o Dia colocassem este artigo a 1,59. Coloquem s.f.f. também este preço até shopping em contrário*”.

III.3.3.3.1 Pronúncia da Visada

1953. A pronúncia da Pingo Doce sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o que ressalta como o principal argumento da sua PNI: que, ao contrário do descrito pela AdC, inexistia uma prática concertada de “*hub and spoke*”, mas sim um “*dinamismo feroz*”

*no mercado e nas negociações bilaterais e verticais entre o fornecedor e cada um dos retalhistas*⁶⁰⁰.

1954. De forma genérica, a visada rejeita que a prova demonstre a existência de uma prática concertada, considerando evidente a ausência de qualquer convergência de interesses entre a Pingo Doce e demais retalhistas⁶⁰¹.

1955. Segundo a Pingo Doce, o seu objetivo é aumentar o volume de negócios e a quota de mercado, tendo interesse em reduzir os preços de aquisição dos produtos, aumentar os descontos e negociar contrapartidas económicas para que o fornecedor o ajude a financiar campanhas promocionais⁶⁰².

1956. Assim, entende a Pingo Doce que os elementos probatórios demonstram a existência de um ambiente altamente concorrencial, onde se evidenciam os interesses antagónicos da Bimbo Donuts e das empresas de distribuição visadas, que discutem entre si apenas legítimas recomendações de preços e que as características do mercado (v.g. intensa atividade promocional) impossibilitam a prática de qualquer cartelização.

1957. Afirma a Pingo Doce que *“os interesses, muitas vezes contraditórios, tornam impossível e inviável qualquer coordenação, ainda para mais generalizada, a médio e longo prazo nos mercados em causa, entre Pingo Doce e a Bimbo”*⁶⁰³.

1958. Reiterando a licitude do recurso ao *shopping* e sinalização ao fornecedor de preços praticados por concorrentes com vista à obtenção de melhores condições comerciais, a visada refere ainda que *“nenhuma ilegitimidade pode ser atribuída a Pingo Doce nos casos, muito limitados num tão largo espectro temporal, em que se queixa ao fornecedor, para obter no futuro melhores termos e condições”*⁶⁰⁴.

1959. A Pingo Doce apresenta ainda alguns argumentos de defesa adicionais, de índole geral:

- (i) Para além da intensa negociação com o fornecedor, a Pingo Doce luta na arena competitiva com outras armas (por exemplo, qualidade, localização, cabaz de

⁶⁰⁰ Cf. §219 e pág. 99 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁶⁰¹ Cf. §220 e 227 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰² Cf. §225 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰³ Cf. §226 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰⁴ Cf. §628 da PNI Pingo Doce.

produtos), pelo que necessita de fazer um permanente *benchmarking* da concorrência, utilizando o *shopping* como ferramenta negocial⁶⁰⁵;

(ii) Com a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, a Jerónimo Martins realizou uma extensa ação de *compliance*, incluindo a administração de ações de formação aos colaboradores da Pingo Doce, circunstância que a AdC devia valorar positivamente⁶⁰⁶;

(iii) O facto de o Relatório AdC 2010 não fazer referência a práticas de “*hub and spoke*” devia levar a AdC a concluir que essas práticas não existiram, pelo menos entre 2004 e 2010⁶⁰⁷.

1960. Ademais, sobre o seu envolvimento na alegada infração, a Pingo Doce argui que a AdC apreendeu 969 documentos, desentranhou 890 e utilizou 12 documentos na Nota de Ilicitude em que a visada surge como remetente/destinatário dos *emails*, existindo, em média, menos de 1 documento por ano, sendo a Pingo Doce a visada com menor número de *emails* utilizados como prova alegadamente incriminatória⁶⁰⁸.

1961. A visada impugna ainda as conclusões da AdC quanto à duração da infração que lhe é imputada, alegando que “*não se compreende como é que os 12 (doze) emails trocados entre a Bimbo e o Pingo Doce são aptos a provar uma «manutenção ininterrupta» das alegadas práticas concertadas*”⁶⁰⁹, contestando a utilização de prova indireta para fundamentar a imputação de uma infração tão gravosa⁶¹⁰.

1962. Segundo a Pingo Doce, “*os alegados elementos “probatórios” (i.e., as 12 trocas de e-mails entre Pingo Doce e Bimbo revelam que o Pingo Doce só muito raramente é que “participava” em tais práticas (e até 2008!). Sublinhando-se ainda que não existem e-mails internos do Pingo Doce*”⁶¹¹, destacando a imensidão dos saltos temporais quanto

⁶⁰⁵ Cf. §544 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰⁶ Cf. §245 e 246 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰⁷ Cf. §247 a 250 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰⁸ Cf. pág. 66 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁶⁰⁹ Cf. §294 da PNI Pingo Doce.

⁶¹⁰ Cf. §297 da PNI Pingo Doce.

⁶¹¹ Cf. §299 da PNI Pingo Doce.

à prova alegadamente incriminatória e a falta de conexão merceológica entre si, quanto a produtos, preços, regiões, assim como a falta de continuidade⁶¹².

1963. Refere também que entre o período referente aos anos de 2004 a 2005 e de 2009 a 2017, “*não existe sequer qualquer evidência de eventuais trocas de informação entre as visadas Pingo Doce e Bimbo, pelo que não subsiste qualquer tipo de permanência ao longo do tempo, ou a sua periodicidade*”⁶¹³.

1964. Segundo a visada, a AdC não pode afirmar que a Pingo Doce participou na prática durante os períodos de intermitência⁶¹⁴.

III.3.3.3.2 *Apreciação da Autoridade*

1965. Como nota prévia, a AdC não pode deixar de constatar que, à semelhança da MCH, a Pingo Doce refere que, “[*n*]ão será feita [...] *uma análise concreta e detalhada dos e-mails e elementos de prova que foram apreendidos e utilizados pela AdC na sua NI*”⁶¹⁵.

1966. Para justificar a estratégia de defesa adotada, a visada refere que, (*i*) o ónus da prova recai sobre a AdC, pelo que a análise dos elementos de prova não incumbe às co-visadas, (*ii*) à data da apresentação da pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude neste processo, estava a correr, em simultâneo, prazo para apresentação de defesa noutros processos em curso na AdC (designadamente, PRC/2017/4, PRC/2017/8 e PRC/2017/13), e (*iii*) dado que a visada já demonstrou, na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude que apresentou nos processos PRC/2017/1 e PRC/2017/7, a insubsistência da acusação, sem que a AdC tenha arquivado os processos, deduz-se que não existe uma disponibilidade séria da AdC para compreender o contexto e a realidade do mercado⁶¹⁶.

1967. Mais uma vez, a AdC recorda que em processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência a prova é valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção

⁶¹² Cf. §300 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁶¹³ Cf. §314 da PNI Pingo Doce.

⁶¹⁴ Cf. §321 da PNI Pingo Doce.

⁶¹⁵ Cf. §274 da PNI Pingo Doce.

⁶¹⁶ Cf. §274 a 278 da PNI Pingo Doce.

da AdC, inexistindo exigências legais específicas a respeito do nível ou *standard* da prova que deve estar reunida em cada caso (cf. artigo 31.º da Lei n.º 19/2012)⁶¹⁷.

1968. Improcede, portanto, este argumento de defesa, conforme melhor desenvolvido nos parágrafos 1867 a 1877 da presente Decisão.

1969. Relativamente ao argumento dos prazos simultâneos, cumpre à AdC recordar que as visadas dispõem, nos termos da lei (cf. artigo 14.º e n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012), de um determinado prazo para apresentar a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, o qual é prorrogável sob determinadas condições.

1970. No presente caso, o prazo fixado em 24 de junho de 2020 para a referida pronúncia foi de 30 (trinta) dias úteis.

1971. Conforme referido *supra*, em 29 de julho de 2020 e 15 de setembro de 2020, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude foi prorrogado pela AdC por períodos adicionais de 30 (trinta) dias úteis e de 15 (quinze) dias úteis, respetivamente, com término a 14 de outubro de 2020, aproveitando a todas as visadas, com o intuito de disponibilizar o tempo e os recursos necessários ao exercício pleno dos direitos de defesa.

1972. Neste contexto, cabe à AdC evidenciar que o prazo concedido, e por duas vezes prorrogado, equivale a um total de cerca de três meses e meio, revelando-se manifestamente adequado ao objetivo de garantir o cabal exercício dos direitos de audição e defesa, permitindo a cabal pronúncia sobre todas as questões relevantes e sobre as provas produzidas.

1973. Não que isso releve no contexto do presente processo, atento o que acaba de referir-se, não deixa de se evidenciar que também os prazos de pronúncia às Notas de Ilícitude adotadas nos processos PRC/2017/4, PRC/2017/8 e PRC/2017/13 foram objeto de prorrogação, exatamente com o mesmo objetivo.

1974. Relativamente ao argumento de que a insubsistência da acusação ficou demonstrada na defesa apresentada pela visada nos processos n.º PRC/2017/1 e n.º PRC/2017/7, a AdC salienta que cada processo tem subjacente determinados factos, um universo de entidades envolvidas e uma determinada duração, bem como um acervo probatório

⁶¹⁷ Cf. acórdão do STJ proferido em 13.05.1998 no processo n.º 212/98, 3ª secção.

próprio, motivos pelos quais inexitem relações entre os processos em causa que determinem (automática ou necessariamente) o aproveitamento recíproco de argumentos e peças processuais, apesar de tratar, em todos os casos, de práticas da mesma tipologia (cf. capítulo I.1 da presente Decisão).

1975. Inexiste, portanto, motivo atendível para que a AdC valore, no contexto do presente processo, as defesas apresentadas pela visada nos processos n.º PRC/2017/1 e n.º PRC/2017/7, nem isso é expressamente pedido pela Pingo Doce.
1976. Improcedem, portanto, os argumentos relacionados com a estratégia de defesa adotada pela Pingo Doce, inexistindo, também, motivo atendível (para além de uma opção estratégica própria) para que a visada se tenha escusado de se pronunciar sobre os elementos de prova utilizados na Nota de Ilícitude, que subjazem à apreciação dos factos e à teoria do dano formulada pela AdC, renunciando ao exercício do direito de defesa e do contraditório.
1977. Quanto ao argumento de que a AdC utilizou apenas 12 documentos em que a Pingo Doce surge como remetente/destinatário de *emails*, a AdC recorda que a investigação e a análise vertidas na Nota de Ilícitude (e na presente Decisão) alicerçam-se na totalidade dos ficheiros que formam o acervo probatório do processo, designadamente todos os identificados na Nota de Ilícitude (*mutatis mutandis*, na presente Decisão) e nos respetivos Anexos 1 e 2 (cf. parágrafos 851 a 853 da presente Decisão).
1978. Todos os ficheiros eletrónicos ou *emails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilícitude (e na presente Decisão) e nos respetivos Anexos 1 e 2, tendo a AdC utilizado uma parte para caracterizar e ilustrar na Nota de Ilícitude (e na presente Decisão) os comportamentos ocorridos, e identificado outra parte no respetivo Anexo 1, que lista os *emails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilícitude (e na presente Decisão), consoante o comportamento em causa, além disso dos capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 consta a associação a cada uma das visadas da totalidade da prova descrita.
1979. Assim, e no que se refere à visada Pingo Doce, relevam, portanto, todos os documentos identificados nos capítulos II.3.1., II.3.1.2 e II.3.1.3. da Nota de Ilícitude (ou nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão) e nos respetivos Anexos 1 e 2, que lhe

fazem referência direta ou indireta, e em especial, no que se refere ao seu envolvimento concreto, os documentos identificados no capítulo II.3.3.3 da Nota de Ilícitude (ou no capítulo III.3.3.3 da presente Decisão).

1980. Conforme decorre expressamente da Nota de Ilícitude notificada às visadas, este documento contém todos os elementos de facto e de direito que permitem, com base na prova elencada (e subjetivamente imputada a cada visada), sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.
1981. A Nota de Ilícitude notificada no processo contém a identificação das visadas, a descrição dos factos imputados, a indicação das provas que constam dos autos, a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e a moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.
1982. Analisada a Nota de Ilícitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente sérios, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.
1983. Depois fez, nos termos acima descritos, essa mesma apreciação por referência a cada visada, para efeitos de imputação específica dos comportamentos objeto do processo.
1984. Conforme referido anteriormente, o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, estabelece que a prova será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC e que, em processo contraordenacional da concorrência, as provas produzidas serão suficientes quando, consideradas à luz das regras estabelecidas naquela disposição legal, a AdC entenda que delas resulta uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.
1985. No presente processo a Nota de Ilícitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza, com base em prova direta, indireta, indiciária ou mesmo circunstancial.
1986. Inexiste, portanto, qualquer violação dos direitos de defesa da visada a esse propósito.
1987. Quanto ao argumento associado à ausência de convergência de interesses entre insígnias, a AdC recorda as suas conclusões sobre o impacto do contexto jurídico-

económico na prática investigada, designadamente a conclusão de que os *players* neste mercado se encontram na posição de defender, simultaneamente, interesses próprios e um interesse comum a todos, e a conclusão de que esse interesse comum é defendido mediante a implementação de uma estratégia conjunta de alinhamento e reposicionamentos conjuntos e simultâneos no sentido da subida dos PVP de mercado⁶¹⁸.

1988. Para além disso, a AdC conclui que esta “ambivalência genética” de interesses prosseguidos não elimina a materialidade dos comportamentos descritos na presente Decisão, tão-pouco contraria as conclusões que a prova permite formar a seu respeito.

1989. A prática existe. Os interesses próprios das empresas visadas, se e quando conflitantes com o objetivo comum, não foram suficientemente persistentes ou relevantes para eliminar a existência desse objetivo comum, o respetivo compromisso das insígnias com o mesmo e os comportamentos adotados para concretizá-lo.

1990. Estas conclusões são suportadas pela prova, que é muito clara sobre a existência do referido objetivo comum, nomeadamente nas solicitações que a Bimbo Donuts dirige às insígnias no sentido de *posicionarem, reposicionarem, nivelarem* ou *subirem* os PVP de acordo com o *price point* concertado ou PVP mínimo, prosseguindo assim o plano de concertação e alinhamento dos PVP no mercado, visando garantir a *rentabilidade* das insígnias (a par da do próprio fornecedor), motivo pelo qual o referido objetivo está também na base do processo decisório que leva as insígnias a adotar os PVP concertados (cf. III.3.1.3 da presente decisão e documentos BakeryDonuts741, BakeryDonuts1580, BakeryDonuts964, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts966, BakeryDonuts623, BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts637, BakeryDonuts845, BakeryDonuts657, BakeryDonuts714, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1069, BakeryDonuts642, BakeryDonuts684, BakeryDonuts612, BakeryDonuts768, BakeryDonuts742, BakeryDonuts772, BakeryDonuts785, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts883, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts1161, BakeryDonuts1151, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts605, BakeryDonuts726, BakeryDonuts792,

⁶¹⁸ Cf. capítulos III.2.6, III.3.1.2, III.3.1.3.2, III.3.1.3.5, III.3.1.3.8, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.1.6.2 da presente Decisão.

BakeryDonuts293, BakeryDonuts142, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts163, BakeryDonuts789).

1991. Relembre-se, assim, o teor do documento BakeryDonuts1159, que consiste numa troca de *emails* em que, após o envio de um *shopping* por parte de uma colaboradora da Pingo Doce ao fornecedor Bimbo Donuts, o respetivo *NAM* envia àquela última um ponto de situação referente ao alinhamento dos PVP nas várias insígnias concorrentes, referindo expressamente: *“Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais). O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objetivo”*:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de outubro de 2008 22:36
To:
Subject: RE: Shopping Semana 43.2008

Em relação ao seu shopping

Sonae: tudo ok . Em relação a bollycao de 1 o preço correcto é 0,79€

Jumbo: os dados actuais de shopping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de alguma informação adicional por favor diga-me

Lidl: Minibollycao e Minidonuts vai seguir a indicação esta semana. Depois de ter subido a Lidl baixou em algumas tarifas devido a shoppings incorrectos mas ja esta resolvido

Mpreço: O preço de Bollycao de 4 não está correcto no seu shopping. O preço actual é 2,89€. Subiram no mesmo timing (setembro) do Pingo Doce

Em relação a Minidonuts, bollycao balance e minibollycao envio-lhe o comprovativo na quinta feira (ou eu ou alguém da minha equipa vai fazer chegar-lhe o documento)

Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objetivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

1992. O compromisso das insígnias com o objetivo comum é revelado em vários aspetos que se sucedem à definição conjunta dos PVP, designadamente no facto de as insígnias se comprometerem a alinhar em determinada data ou verificada determinada condição, no facto de as insígnias solicitarem ao fornecedor a garantia de que o resto do mercado vai alinhar, no facto de as insígnias controlarem (monitorizarem) os PVP de mercado e sinalizarem desvios ao fornecedor, exigindo-lhe que garanta a sua correção e o realinhamento, no facto de as insígnias corrigirem o seu posicionamento de PVP para os níveis concertados e no facto de as insígnias retaliarem contra o fornecedor quando

este se revela incapaz de garantir o alinhamento do mercado (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 e III.3.1.6 da presente Decisão).

1993. Recorda-se, ainda, que o plano comum de alinhamento de mercado é, assim, muitas vezes alcançado, encontrando-se as insígnias alinhadas entre si (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts658, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts600, BakeryDonuts606, BakeryDonuts717, Bakerydonuts167, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661 e BakeryDonuts118)).

1994. Improcede, pois, este argumento de defesa da Pingo Doce.

1995. Quanto ao argumento da utilização de ferramentas de controlo e monitorização de mercado como forma de desenvolver ações de *benchmarking*, a AdC remete para a apreciação melhor desenvolvida no capítulo III.3.1.4.2 da presente Decisão, recordando que é falso que as insígnias utilizem estas ferramentas (apenas) com intuítos puramente lícitos, tendo ficado provado que as insígnias utilizam estas ferramentas para verificar o cumprimento dos PVP definidos, nas datas acordadas com as várias insígnias e o alinhamento do mercado em função do posicionamento pretendido.

1996. Não se exclui que, em teoria, as ferramentas de controlo e monitorização de mercado possam ser utilizadas com fins lícitos, mas resulta demonstrado no caso concreto que tal utilização, a ter existido nos casos descritos na presente Decisão (e na Nota de Ilícitude), coincidia com a mobilização dos mesmos instrumentos e ferramentas para garantia do controlo do alinhamento de PVP pré-definido entre as visadas.

1997. Improcede, também, portanto, este argumento de defesa.

1998. Quanto ao argumento sobre a realização de ação de *compliance* no ano de 2012, embora esse facto pudesse sempre, em teoria, e possa, em concreto, vir a ser valorado positivamente e a favor da visada Pingo Doce para efeitos de determinação da coima aplicável⁶¹⁹, a AdC constata, com base no acervo probatório junto aos autos, que essa ação não foi suficiente para eliminar os comportamentos anticoncorrenciais identificados na presente Decisão, tão-pouco para sustentar uma tomada de posição da visada Pingo

⁶¹⁹ A este respeito, a AdC remete para o capítulo IV.2 da presente Decisão.

Doce no sentido seu distanciamento relativamente à prática investigada ou no sentido da sua deteção e reporte à AdC, mormente ao abrigo do programa de clemência (cf. alínea *f*) do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012).

1999. Não pode, portanto, nesta sede, proceder o argumento de defesa nos termos pretendidos por esta.

2000. Por fim, quanto ao argumento de que o Relatório AdC 2010 não identifica a existência de práticas de “*hub and spoke*”, a AdC recorda que essa análise foi realizada no âmbito dos poderes de supervisão da AdC, na sequência de exposições por parte de diversos operadores do setor, relativas a um alegado desequilíbrio negocial entre as partes, que acabou por confirmar-se, em desfavor dos fornecedores, destinando-se a análise realizada a proporcionar uma caracterização dos mercados envolvidos, baseando-se em contratos celebrados entre distribuidores e fornecedores e em informação recolhida pela AdC, nomeadamente, valores de vendas e de compras (em valor e em volume) e elementos remetidos pelo INE e pelo Banco de Portugal.

2001. As exposições apresentadas à AdC não continham, portanto, quaisquer elementos que determinassem a investigação do tipo de indícios que constituíram notícia da infração neste processo, pelo que a prática aqui em causa não foi investigada nessa ocasião.

2002. A não investigação da prática em causa no passado, assente no desconhecimento, à data, de indícios de infração, não determina – nem poderia de algum modo determinar, ao contrário do que esta visada parece querer sustentar – a impossibilidade da respetiva investigação quando tais indícios foram efetivamente identificados e recolhidos.

2003. A AdC conclui, assim, pela improcedência de todos os argumentos apresentados pela defesa e pela manutenção do juízo acusatório formulado na Nota de Ilícitude quanto ao envolvimento da visada Pingo Doce.

2004. Veja-se, pois e em síntese, em que se traduzem os comportamentos concretos da Pingo Doce e qual é o seu grau de participação na prática investigada.

2005. Recorde-se que, nos termos da apreciação melhor desenvolvida nos capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.3.5, III.3.1.3.8, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.1.6.2 da presente Decisão, a AdC conclui pela existência de comportamentos que traduzem uma fixação de PVP entre as empresas de distribuição visadas, concertada de forma indireta, por via de contactos estabelecidos por estas com o fornecedor.

2006. No que respeita ao envolvimento das insígnias, a prova revela que estas empresas adotam comportamentos concretos, expressamente direcionados à prossecução da prática de fixação de PVP, revelando a sua intenção expressa de contribuir para a realização do objetivo comum, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados pelas suas concorrentes em matéria de *pricing*, utilizando ferramentas de controlo e monitorização para sinalizar e corrigir desvios ao posicionamento e calendário previamente concertados, adotando comportamentos que se traduzem em ações de retaliação quando o alinhamento não acontece.
2007. Nos termos descritos no III.3.3.3 da presente Decisão, em conformidade com a matéria de facto considerada provada nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6, a Pingo Doce adotou os seguintes comportamentos: (i) acordava com a Bimbo Donuts e, indiretamente, através da Bimbo Donuts, com as insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo posicionamento; (ii) implementava efetivamente o posicionamento de PVP acordado; (iii) informava a Bimbo Donuts sobre o seu posicionamento futuro; (iv) era informada pela Bimbo Donuts sobre o posicionamento futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes; (v) monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Bimbo Donuts para o efeito, reportando ao fornecedor comportamentos desviantes de insígnias concorrentes; e (vi) pressionava a Bimbo Donuts para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado.
2008. No que se refere à Pingo Doce, a AdC concluía no parágrafo 411 da Nota de Ilícitude que os factos descritos nos capítulos precedentes e a prova que lhe subjaz revelam indícios relevantes de que a Pingo Doce estaria envolvida na prática descrita, suficientemente graves para sustentar uma possibilidade razoável de vir a ser dirigida uma decisão condenatória.
2009. Sem prejuízo do exposto, na realidade, a Nota de Ilícitude antecipava já que não seriam imputáveis à visada todos os sub-tipos de comportamentos nela caracterizados, mas esta circunstância, tal como a Autoridade terá a oportunidade de explicar e desenvolver

adiante, não é suscetível de, por si só, afastar a participação das visadas (e da Pingo Doce em particular) na respetiva infração.

2010. Na realidade, a análise global dos elementos probatórios que dizem respeito à visada Pingo Doce permitem perceber que todas as suas ações – que *supra* se descreveram como comportamentos – visavam o propósito conjunto do alinhamento do mercado e da fixação coordenada (ainda que por intermédio do fornecedor) de PVP.

2011. Ademais, a linguagem utilizada nos documentos apreendidos é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas ou erros de interpretação e, ainda que o fosse, o contexto associado a cada elemento de prova (por exemplo, desde as circunstâncias em que as mensagens são trocadas, ao seguimento que lhes é dado pelo recetor) é suficientemente esclarecedor.

2012. De facto, o uso de expressões como “*alinhamento geral de PVP*”, “*nivelar o mercado*”, “*PVP mínimo*”, “*situações problemáticas que temos que demonstrar a resolução o quanto antes*”, “*datas para as devidas correções de preços*”, “*PVP já corrigido*” etc., que aparecem com frequência ao longo das comunicações (cf. BakeryDonuts667, BakeryDonuts775, BakeryDonuts797, BakeryDonuts712, BakeryDonuts772, BakeryDonuts726, BakeryDonuts594, BakeryDonuts776, BakeryDonuts765, BakeryDonuts768, BakeryDonuts787, BakeryDonuts791, BakeryDonuts828, BakeryDonuts782, BakeryDonuts714, BakeryDonuts793, BakeryDonuts785, BakeryDonuts746, BakeryDonuts908, BakeryDonuts767, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1580, BakeryDonuts1155), não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

2013. Em todo o caso, não obstante ser verdade que a Pingo Doce não é diretamente envolvida em alguns dos elementos probatórios *supra* referidos (isto é, por exemplo, não é remetente ou destinatária das mensagens), esta é expressamente mencionada e o conteúdo das conversações, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladoras do envolvimento da visada na infração.

2014. Recorde-se, assim, o teor da prova, incluindo documentos com estas características:

2015. Da leitura do documento BakeryDonuts637 conclui-se que, no seguimento do envio de um *email* da Bimbo Donuts, nos termos do qual o fornecedor comunicou, ao seu ponto de contacto na insígnia Auchan, PVP mínimos que deveriam ser implementados, este

último envia ao seu fornecedor um *shopping* dos PVP de Donuts 4 (cujo PVP mínimo era 1,69€), informando:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

no shopping de hoje foi detectado o Donuts de 4 a 1,49€ - Pingo Doce.

Agradeço comentário.”

2016. Ao que a KAM da Bimbo Donuts responde:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Enviada: 6 de abril de 2005 09:08

Para: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento PVP

Bom Dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

o Pingo Doce garantiu que hoje já tem o Donuts a 1,69€.

Obrigado pela informação!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

2017. É, assim, razoável concluir que a Pingo Doce interagiu com o fornecedor e lhe garantiu que reposicionaria o seu PVP em determinado dia, aderindo ao movimento conjunto de subida de PVP, ao qual subjaz, de facto, uma concertação entre fornecedores e insígnias.

2018. Na verdade, não obstante a alegação da visada Pingo Doce relativa à legalidade do comportamento do fornecedor em recomendar preços, que aqui não se contesta, o que resulta, de facto, dos elementos probatórios é que os contactos estabelecidos entre as visadas seguiam uma linha de ação previamente estabelecida e automaticamente entendida pelas partes, com a indicação da Bimbo Donuts dos PVP (configurados como verdadeiros PVP fixos), a monitorização entre as visadas da prática dos mesmos, a identificação e correção de desvios detetados e a aplicação de sanções/retaliações.

2019. Neste sentido, recorde-se o teor dos documentos BakeryDonuts800, BakeryDonuts796 e BakeryDonuts799.

2020. Nos termos do documento BakeryDonuts800, a KAM da Bimbo Donuts solicita expressamente ao seu ponto de contacto na insígnia Feira Nova:

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

preciso da sua ajuda para alinhar os PVP do Pão 600gr nas lojas!

Como sabe este é um dos artigos que temos nivelado em todas as cadeias com PVP 1,49€.

Neste momento temos a maioria das lojas com PVP abaixo deste valor!

Temos indicações da nossa Direcção Comercial para suspender o fornecimento às lojas onde os PVP não estejam alinhados!

Solicito que, mais uma vez dê indicações às lojas da gravidade da situação! A suspensão pode trazer graves problemas para as vendas! Não vale a pena andarmos com guerras de 1 ou 2 centimos quando todo o mercado está alinhado!"

2021. Confrontada com esta informação, a colaboradora do Feira Nova dá a seguinte nota às suas lojas: "acabei de receber um telefonema da [Confidencial – Dados Pessoais] da Panrico, diz que conseguiu que o Pingo Doce, o Minipreço e o Dia colocassem este artigo a 1,59€. Coloquem s.f.f. também este preço até shopping em contrário".

2022. A verdade é que essa atividade de *shopping* ocorreu, tendo a colaboradora do Feira Nova, nos termos do documento BakeryDonuts796, sem mais, remetido resultados referentes à comparação de preços com a insígnia Modelo do Barreiro, tendo a KAM da Bimbo Donuts respondido nos seguintes termos:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 31 de Janeiro de 2006 13:03
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: RE: Urgente - Panrico Shopping 600gr

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Esta situação do Barreiro é natural e pode estar a passar-se em mais zonas de influencia Feira Nova/Modelo! Quando algumas lojas Feira Nova têm como politica baixar 1 cêntimo, e a politica da Sonae é alinhar preços, é natural que esta situação aconteça, tal como lhe falei ontem ao telefone!

De qualquer forma a Sonae tambem vai alinhar este preço para 1,59€ a 2/Fev, pelo que mais uma vez peço que passe esta informação às lojas e as sensibilize para esta situação!

Cumprimentos
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

-----Original Message-----

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
[mailto:]
Sent: segunda-feira, 30 de Janeiro de 2006 19:16
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Urgente - Panrico Shopping 600gr

----- Forwarded by [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
19:15 -----

Reaprovisionador Alimentar FN Barreiro
30-01-2006 18:58

To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

cc:

Subject: Urgente - Panrico Shopping 600gr

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Em anexo junto envio comparação de shopping efectuado hoje ao n/conc. alvo

Modelo:
O preço deste artigo está nivelado com o conc.
(Embedded image moved to file: pic15006.pcx)

Atent.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

2023. Este documento demonstra que não existiam negociações, discussões e/ou exigências relacionadas com a melhoria de condições comerciais, antes sim, a prossecução de contactos com o objetivo comum de definição e cumprimento de um determinado PVP para um determinado produto, em alinhamento coordenado no mercado.

2024. Finalmente, veja-se igualmente o documento BakeryDonuts799, nos termos do qual a colaboradora do Feira Nova remete mais um resultado de *shopping*, agora referente à loja do Modelo de Águeda, solicitando à KAM da Bimbo Donuts:

*“[Confidencial – Dados Pessoais],
veja este assunto, por favor.”*

2025. Recorde-se também o documento BakeryDonuts727, nos termos do qual se constata que, a 30 de janeiro de 2006, a KAM da Bimbo Donuts informa o seu ponto de contacto no Carrefour que *“finalmente conseguimos chegar a acordo com Dia Minipreço e Pingo Doce para um alinhamento de PVP em 3 SKU!”*, solicitando que a Carrefour acompanhasse o referido alinhamento.

2026. No dia seguinte, a KAM confirma o acompanhamento do alinhamento pelo Pingo Doce (cf. documento BakeryDonuts709):

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: 1 de fevereiro de 2006 15:37
To: Carrefour Sede - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: Alinhamento PVP

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

acabei de lhe enviar um fax com o talão do Pingo Doce confirmando o alinhamento do preço!
Amanhã envio talões de Dia%, Sonae e Auchan!

Cumprimentos
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

2027. Dois dias passados, a KAM refere, assim, que a primeira fase de alinhamento teria contado *“com a colaboração de todas as cadeias e foi bem sucedido! Depois disto propusemos a subida de mais 12 SKU ao Pingo Doce e a Dia Minipreço, de modo a estabelecer preços mínimos a praticar! As 2 insignias concordaram e peço a vossa colaboração no sentido de no dia 8/Fev termos como PVP fixados no mercado os preços que constam do ficheiro anexo!”* (cf. documento BakeryDonuts727).

2028. Ficheiro anexo que contém o seguinte conteúdo:

PVP Mínimos Panrico a vigorar a partir de 8/Fev		
COD Carrefour	Preços Mínimos Fevereiro	
241582	Pão 310	1,14
240290	Pão 600	1,59
240291	Integral 360	1,29
246955	Branco SC	1,99
247927	Enriquecido SC	1,95
249805	Fibras SC	1,99
240288	Hot Dog's	1,09
241579	Burguers	1,09
240961	Bollycao 1	0,69
241592	Donuts Glace 4	1,74
249733	Donuts Light 4	1,89
245804	D. American	0,99
244795	MiniBollycao	0,99
247642	Manhãzitos 8	2,99
248634	Manhãzitos Leite 8	2,99
248571	Balance 1	0,59

2029. Por sua vez, da leitura do documento BakeryDonuts652, constata-se, que a Pingo Doce terá, de facto, seguido o alinhamento pretendido, uma vez que essa mesma informação é passada ao ponto de contacto da loja da Auchan em Cascais, pela KAM da Bimbo Donuts:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Enviada: 9 de fevereiro de 2006 10:09
Para: Auchan Cascais - [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]
Assunto: Panrico - Alinhamento

[CONFIDENCIAL - Dados pessoais]

aqui vai de novo o alinhamento de preços! Ontem Pingo Doce subiu para estes Preços.
Manhãzitos 8 não estão em linha no Pingo Doce!

Sobe isto para amanhã, sfff!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

-----Original Message-----
From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: segunda-feira, 6 de Fevereiro de 2006 19:02
To: Auchan Cascais -
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Subject: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados pessoais]

O Continente Cascais tem já os preços de que falámos alinhados! Amanhã o entrega-te um talão, de hoje, com os preços!!!

Para a próxima 4ªfeira temos mais um alinhamento confirmado com Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce.

Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo de Cascais para que o dia **8/Fev** os preços dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod SRIUS	Designação	PVP
1870	Donuts Glace (4)	1,74
647845	Donuts Light (4)	1,99
594112	Bollycao Balance (1)	0,74
1860	Bollycao Clássico (1)	0,69
1850	Bollycao Clássico (4)	2,49
361034	Mini Bollycao	0,99
550964	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 8)	2,99
601028	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	2,99
1815	Burger Sésamo (4)	1,09
19054	Hot Dogs (6)	1,09
1824	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,19
1827	Pão de Forma Sandwich (600g)	1,59
1831	Pão de Forma Integral (360g)	1,49
653417	Pão de Forma Branco Fibras sem Códex	2,09
512493	Pão de Forma sem Códex Branco (450g)	1,99
561352	Pão de Forma s/ Códex Enriquecido	1,95

Posteriormente se tiveres que responder algum shopping responde apenas se o shopping tiver data posterior a 8/Fev, certo?

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

2030. Resulta, assim, demonstrado que a Pingo Doce, à semelhança das restantes empresas de distribuição visadas, estabelecia com a Bimbo Donuts as datas de implementação de determinados PVP previamente concertados, não estabelecendo de forma autónoma a sua política de preços.

2031. Destarte, não obstante a Pingo Doce não ser diretamente parte nestas mensagens, não deixa de aí ser expressamente mencionada no sentido de ter adotado determinado comportamento. O conteúdo aí plasmado, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladores do envolvimento desta visada na prática em causa, pelo que os referidos documentos são considerados também como demonstrativos do seu envolvimento.

2032. Recorde-se, também, o documento BakeryDonuts828, nos termos do qual é diretamente reencaminhado a um colaborador da Pingo Doce, pelo diretor comercial da Bimbo Donuts, os resultados de *shopping* dos PVP em vigor na concorrente Dia, a qual não deveria estar alinhada com o PVP fixado. Da leitura do *email* o colaborador da Pingo Doce fica, então, a saber qual o posicionamento futuro do seu concorrente:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 8 de agosto de 2006 16:42
To: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Preços Dia/PD

Sr. [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Junto envio *shopping* ao dia de hoje e as datas para as devidas cooreções de preços. Ainda hoje vamos fazer chegar-lhe os talões.

1 Abraço

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

---Original Message----

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 8 de Agosto de 2006 16:29
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Preços Dia/PD

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

De acordo com o *shopping* de hoje, nas lojas Dia de Poveiros (Porto) e Alvalade (Lisboa) são, respectivamente:

Pão 600gr – 1,49€ / 1,59€
Pão 310gr – 0,83€ / 0,84€
Pão S/Codea 450gr – 1,69€ / 1,74€

Para o próximo dia 10/08 (5ªfeira) está acordada, com a Dia, a subida do Pão 310gr para 0,99€. O acordado foi a Dia subir a 10/08 mediante a subida do Pingo Doce a 9/08.

Quanto ao Pão S/Codea solicitei o alinhamento para 1,79€ - preço actual em praticamente todo o mercado. Estou à espera que a Dia me indique a data de alinhamento, que há partida será ainda esta semana.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2033. Da leitura do documento BakeryDonuts792 compreende-se que também em setembro de 2006 foi acordado um alinhamento de PVP, não tendo a Feira Nova acompanhado o mesmo relativamente a um produto (Pão 310gr), “*por estar em folheto na altura*”, justificando-se, assim, o desvio. Neste sentido, e terminada a vigência do folheto a KAM da Bimbo Donuts solicita que o PVP seja então alinhado “*para o que está no resto do mercado*”. Informando ainda:

“Para além disso estamos a marcar também o alinhamento de Pão Enriquecido sem Codea com todo o mercado.

Peço também a sua colaboração no sentido de alinhar o cód: 425003 – Enriquecido sem Codea – 1,99€”

2034. Respondendo a colaboradora da Feira Nova: “[*r*]elativamente ao enriquecido sem codea vamos alinhar”.

2035. Ora, na realidade, este documento deverá ser lido em conjunto com o documento BakeryDonuts789, nos termos do qual se constata que, relativamente ao produto Pão 310gr, um *shopping* realizado pela Feira Nova detetou o PVP mínimo de 0,84€ na loja de Aveiro do Jumbo, “*estando a maioria das insígnias a 0.89*”.

2036. Questão prontamente respondida pela KAM da Bimbo Donuts, que esclarece:

“Do alinhamento que foi feito na semana passada, todas as insígnias subiram o PVP do pão 310 para 1,09, à exceção de algumas lojas Carrefour.

Hoje é possível que hajam já algumas lojas que tenham desalinhado o preço para o PVP da Feira Nova, dado que não alinhámos no dia certo!

Por isto peço a sua colaboração no alinhamento desde PVP.

(A Sonae tem o PVP alinhado)”

2037. Particularmente revelador do envolvimento da Pingo Doce e do seu interesse em que o PVP concertado fosse o PVP a vigorar no mercado, incentivando uma ação proactiva do fornecedor nesse sentido, resulta da leitura do documento BakeryDonuts1065:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de janeiro de 2008 17:29
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Subject: FW: Nets MDD Fev PD+FN.xls

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Correcção imediata destes PVP's.

Amanhã feed-back a con as respectivas correcções.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: segunda-feira, 28 de Janeiro de 2008 17:12

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Subject: Re: Nets MDD Fev PD+FN.xls

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Conforme combinado junto envio o shopping do pão Panrico no Minipreço (Alverca) e Jumbo (Alfragide).

Aguardo os seus comentários.

Obrigada

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

2038.O documento BakeryDonuts1155, no qual se pode ler:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 30 de setembro de 2008 10:35
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: Shopping Semana 39.2008 - URGENTE

Shooping Pingo Doce

Envio-vos o Shooping Panrico feito pelo Pingo Doce com algumas das situações problemáticas que temos que demonstrar a resolução o quanto antes:

Como a Sonae hoje já esta com as indicações correctas vamos enviar talões:

Fernanda: preciso hoje de talões de :

Cont Colombo: Donuts 4, Bollycao 4, bollycao 1

Jumbo Alfragide: Madalenas, Bollycao 1 , Mini Bollycao , Mini Donuts (bom bom e glace) , Donuts Berlim 4 – Por favor coordene com a Raquel para saber se os preços estão correctos

Mod Rio tinto: Madalenas, Donuts Choc 4, Mini Bollycao, Bollycao leite 4, Bollycao Balance 4, Donuts Berlim 4, Mini Donuts (bombom e glace)

Por favor, com urgencia

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: : Mantém-se os outros pedidos de taloes para hoje que ja lhe tinha feito

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Sent: terça-feira, 30 de Setembro de 2008 10:18

To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

Subject: Shopping Semana 39.2008

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

Tal como lhe disse ao telefone, envio o shopping efectuado na semana passada:

Cumprimentos.

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

2039. O documento transcrito corrobora a tese da AdC, evidenciando que as empresas visadas, em concreto, a Pingo Doce, utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP para confirmar a implementação dos PVP definidos nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, identificando eventuais desvios.
2040. Resulta, assim, com muita clareza, que o que está verdadeiramente em causa é identificar e corrigir, reposicionando PVP que estão desviados do posicionamento previamente concertado, evitando reações adversas das insígnias concorrentes (“*[e]nvio-vos o Shooping Panrico feito pelo Pingo Doce com algumas das situações problemáticas que temos que demonstrar a resolução o quanto antes*”) e a consequente destabilização do mercado.
2041. Da leitura do documento BakeryDonuts228, que consiste num *email* interno da Bimbo Donuts, de 11 de janeiro de 2012, no qual é partilhada uma tabela de *shopping*, enviada pela MCH⁶²⁰, referente aos PVP de Bollycao, Donuts Glacé e Donuts Bola de Berlim à venda em algumas lojas Auchan, Leclerc e Minipreço, constata-se a intenção do fornecedor em retificar e confirmar os desvios identificados, referindo, expressamente: “*[o]s que estiverem fora dos PVP recomendados da Panrico devem ser alterados o quanto antes*”.
2042. Adicionalmente, a KAM solicita ainda ao colaborador “[*Confidencial – Dados Pessoais*] = *preciso que me confirmes o quanto antes qual o PVP do Bollycao Clássico de 1 e de 4 no Jumbo de Alfragide. Vou precisar de talão para o PD*”, demonstrando, assim, a prova que os talões de compra são utilizados pelas empresas participantes com o intuito de atestar um determinado cumprimento do posicionamento do PVP pretendido ou a sua correção.
2043. No caso em concreto, essa demonstração ou atestado de cumprimento é direcionado para a Pingo Doce, sendo, assim, razoável concluir que o envio desta informação, no contexto da globalidade dos elementos probatórios, traduz a implementação e continuidade do sistema de monitorização, tendo em vista proceder à correção de eventuais desvios que se verifiquem em determinado momento numa certa empresa de distribuição e à comprovação dessa correção junto das insígnias não desviantes.

⁶²⁰ Cf. §303 da PNI Bimbo Donuts.

2044. Destarte, a leitura do referido documento permite razoavelmente concluir que (i) existe uma concertação de PVP do produto Bollycao e que (ii) após solicitar a correção de desvios identificados, a manifestação de uma necessidade de envio de um talão de compra do referido produto à Pingo Doce, demonstra que o fornecedor tem como intuito garantir e promover o alinhamento, visando demonstrar à visada Pingo Doce o resultado das diligências que tem efetivamente levado a cabo nesse sentido.

2045. O documento BakeryDonuts121, podendo ler-se:

From:
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

2046. Quanto ao documento transcrito, a AdC considera que a leitura da referida conversação permite razoavelmente concluir que:

- (i) a Auchan realizou uma ação de *shopping* na loja da Pingo Doce de Coimbrões, onde detetou um desvio face ao PVP pretendido do produto Donuts Glace 4;
- (ii) esse desvio foi comunicado pela Auchan à Bimbo Donuts;
- (iii) a Bimbo Donuts, por sua vez, munida dessa informação terá, assim, confrontado a Pingo Doce com o referido desvio, com vista a que esta insígnia procedesse ao reposicionamento e ao alinhamento do PVP pretendido;

(iv) a constatação do desvio e a pressão para correção do fornecedor deu, de facto, frutos, uma vez que a insígnia desviante, Pingo Doce, corrige o desvio, tendo o KA da Bimbo Donuts enviado um talão comprovativo da respetiva correção, informado o seu ponto de contacto na Auchan que “[n]esse talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€”, solicitando que também a Auchan corrija o seu PVP;

(v) face a esta informação do reposicionamento do PVP pretendido, a Auchan anui também no respetivo reposicionamento, promovendo-se, assim, o alinhamento do PVP no mercado.

2047. Neste sentido, constata-se, assim, que está em causa uma ação de monitorização dos PVP de mercado levada a cabo pela Auchan, com base na qual se sinaliza o desvio da Pingo Doce face a um determinado posicionamento de PVP, sendo razoável concluir que esse posicionamento corresponde ao posicionamento definido nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão para um determinado produto do *portfolio* da Bimbo Donuts.

2048. Conforme resulta da Nota de Ilícitude, o documento traduz-se numa desmonstração do comportamento associado à correção de desvios.

2049. Relativamente à visada Pingo Doce e não obstante verificar-se o desvio assinalado, também resulta do documento que “*nesse talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€*”, o que permite razoavelmente concluir que a insígnia Pingo Doce, ao corrigir os seus PVP para o nível pretendido, mantinha, à data do documento, o seu envolvimento na prática investigada.

2050. Também o documento MCH1133, lido em conjunto com os documentos BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1746 e MCH1154, não obstante a visada Pingo Doce não ter intervenção direta nessas conversações, revelam evidências da participação desta visada na prática.

2051. Da leitura do documento MCH1133, constata-se que a MCH, a 14 de março de 2016, envia à Bimbo Donuts uma tabela comparativa de *shopping* relativa ao PVP do produto pão sem cêdea Panrico 450grs+20%, praticado pelas insígnias concorrentes Pingo Doce (0,99€) e Auchan (entre 1,92€ e 1,79€), tendo a Bimbo Donuts, em resposta, no dia seguinte, informado “*PD está alterado hoje*”.

2052. Analisando-se, de seguida, o documento BakeryDonuts1425, fica demonstrado que, a 15 de março de 2016, a MCH volta a enviar uma tabela comparativa de *shopping* referente ao mesmo produto, mas já não identificando os PVP praticados pela Pingo Doce como problemáticos.

2053. Destarte, da leitura do documento BakeryDonuts1746, constata-se que a Pingo Doce alterou o PVP do referido produto para 1,99€, resultando o referido valor de outra tabela comparativa de *shopping* enviada pela MCH à Bimbo Donuts, a qual demonstra que o PVP de 1,99€, para o produto pão sem còdea Panrico 450grs+20% é, pelo menos, praticado pela MCH, Pingo Doce e Lidl:

From: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Sent: quinta-feira, 28 de Abril de 2016 18:34
To: Panrico: **FOUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:**]
Cc:
Subject: Recolhas de Shopping

Bom dia [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Partilho recolhas de shopping do dia de ontem.

SKU	Artigo	SONAE	PINGO DOCE	LIDL	INTERMARCHÉ	JUMBO	JUMBO-SINTRA
5263628	PAO FORMA C/C ESP TORR. PANRICO 850GR	1,99	1,99	1,99	2,59	1,83	1,74
5088192	PAO FORMA C/C PANRICO 500GR+20%	1,59	1,59	1,59	1,59	1,00	1,00
5362791	PAO FORMA INTEG./C/CODE RECEITA ECO 630GR	1,49	1,49	1,49	1,49	0,99	0,99
5125419	PAO FORMA S/C ESP TORRADAS PANRICO 510GR	2,39	1,19	2,39	-	2,23	1,99

2

3900325	PÃO SEM CÔDEA PANRICO 450GRS+20%	1,99	1,99	1,99	1,80	1,84	-
3060166	PAO DE FORMA INT./S/CÔDEA PANRICO450GR	2,99	1,49	-	3,89	2,88	2,79
4487091	PAO FORMA 0% ACUCARES PANRICO 520 GR	2,59	2,59	-	2,89	2,51	2,44
5362772	PAO FORMA 9 CEREAIS 580GR	1,99	1,99	1,99	-	1,93	1,89
4999416	PÃO FORMA RECEITA ECO.PANRICO 470G	1,29	1,29	-	-	1,24	-
5117048	PAO HAMBURGUESER PANRICO 220GR PR.ESPECIAL	0,99	0,99	0,79	1,09	0,96	0,94
5117058	PAO HOT DOG 6 UN 330GR PR.ESPECIAL	0,99	0,99	0,85	1,45	0,96	0,94
5547623	PAO DE FORMA S/C 9 CEREAIS 480G PANRICO	2,29	2,29	2,29	-	2,21	2,19
2062230	PAO FORMA PANRICO 850GR	1,99	1,99	-	1,99	1,86	1,89

Melhores cumprimentos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Analista de Preço

Unidade de Negócio Padaria e Pastelaria

Mail [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]



2054. Por fim, o documento MCH1154, de 15 de junho de 2016, inicialmente, aparenta um eventual desvio ao PVP pretendido pela Pingo Doce, estando a insígnia novamente incluída numa tabela comparativa de *shopping* enviada pela MCH à Bimbo Donuts.

2055. No entanto, a KAM da Bimbo Donuts esclarece a colaboradora da MCH, informando que “[e]ste preço é de MDD já pedi um talão a confirmar esta situação”.

2056. Poucas horas depois, a KAM da Bimbo Donuts envia o seguinte talão de compra da Pingo Doce com o referido produto a 1,99€:



2057. É, assim, razoável concluir que a Pingo Doce alinhou desde o início no posicionamento de PVP em causa, ao qual subjaz, de facto, uma concertação e insígnias, devendo-se o aparente desvio detetado pela MCH a um erro de *shopping*.

2058. Face ao exposto, não obstante ser verdade que a Pingo Doce não é diretamente parte nalgumas das mensagens de correio eletrónico *supra* referidas (no sentido de que não é remetente ou destinatário das mesmas), não deixa de ser expressamente mencionada nessas mensagens. E o conteúdo das conversações aí plasmadas, bem como o seu contexto são suficientemente reveladoras do envolvimento desta visada na prática em causa.

2059. Sem prejuízo do exposto, cumpre à AdC sinalizar que há especificidades a considerar relativamente ao envolvimento da Pingo Doce na prática investigada, cumprindo salientar um menor grau de participação desta visada nos comportamentos em causa, relativamente a outras empresas, a ponderar na determinação da medida concreta da coima, uma vez que a prova junta aos autos não é tão abundante como no caso de outras visadas.

2060. Relativamente à duração do envolvimento da Pingo Doce na prática investigada, e, em concreto, ao argumento da inexistência de um lastro probatório coerente que demonstre

o envolvimento da visada de forma ininterrupta, incluindo os períodos de intermitência, a AdC esclarece que as suas conclusões nesta matéria têm em consideração o conjunto e a globalidade de elementos de prova utilizados para demonstrar a infração e o envolvimento das visadas na Nota de Ilícitude e na presente Decisão.

2061. Na verdade, ainda que se verifiquem períodos de intermitência (os quais, no entanto, não têm a amplitude que a Pingo Doce lhes atribui⁶²¹), a AdC não poderá também ignorar a existência nos autos de prova de um conjunto de circunstâncias que revelam um secretismo associado à prática investigada, como referido no capítulo III.3.2.2 da presente Decisão, para o qual se remete.

2062. A AdC fundamenta, assim, as suas conclusões a respeito da duração de cada visada num conjunto de elementos de prova que constitui um lastro probatório coerente e consistente que comprova a manutenção ininterrupta da infração, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a Pingo Doce tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.

2063. A saber, a imputação da infração a cada visada é sustentada pelos meios de prova identificada no respetivo subcapítulo do envolvimento, bem como pela prova identificada em cada subcapítulo do capítulo em que se descreve a prática (cf. toda a prova citada nos capítulos III.3 e III.3.3.3 da presente Decisão e no Anexo 1 à Decisão).

2064. De todo o modo, cumpre referir que, no caso da visada Pingo Doce, verifica-se a existência de, pelo menos, um elemento probatório por cada ano do período de infração considerado, que comprova o envolvimento na prática. Em concreto, entre outros, já referidos ao longo da presente Decisão, BakeryDonuts667 de 2005, BakeryDonuts800 de 2006, BakeryDonuts908 de 2007, BakeryDonuts1065 de 2008, BakeryDonuts1173 de 2009, BakeryDonuts85 de 2010, BakeryDonuts181 de 2011, BakeryDonuts228 de 2012, BakeryDonuts169 de 2013, BakeryDonuts121 de 2014, BakeryDonuts264⁶²² de 2015 e MCH1154 de 2016. Acresce que ao longo de todo o período considerado não

⁶²¹ Simplesmente porque esta visada desconsidera prova que, nos termos que se demonstraram nos parágrafos precedentes, lhe pode e deve ser imputada.

⁶²² Não obstante, a visada não ser expressamente referida no documento mencionado, este demonstra que a prática *sub judice* se mantinha no mercado, referindo o fornecedor “*Temos os pvp’s alinhados em todas as cadeias. Faltando apenas o Eleclerc*”.

existem evidências de que a Pingo Doce se haja externamente distanciado, junto do fornecedor ou demais insígnias, da prática em curso.

2065. Em virtude do exposto, a AdC forma a sua convicção de que a Pingo Doce participou na prática investigada, pelo menos, entre 23 de março de 2005 e 15 de junho de 2016, de forma ininterrupta.

2066. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.3 da presente Decisão, imputáveis à Pingo Doce, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, ainda que com grau menor de participação relativamente a outras visadas (designadamente a MCH, Auchan e a Bimbo Donuts).

III.3.3.4 Auchan

2067. Sobre o envolvimento concreto da Auchan na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a visada:

- (i) Acordava com a Bimbo Donuts e, indiretamente, através da Bimbo Donuts, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts657, BakeryDonuts702, BakeryDonuts767, BakeryDonuts726, BakeryDonuts776, BakeryDonuts910, e ainda os documentos que integram a conversaçãõ n.º 152);
- (ii) Implementava efetivamente o posicionamento de PVP acordado (cf. documentos BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1632, BakeryDonuts125, BakeryDonuts738, BakeryDonuts118, BakeryDonuts618, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1159, e ainda os documentos que integram a conversaçãõ n.º 155, n.º 273, n.º 365);
- (iii) Informava a Bimbo Donuts sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. documentos BakeryDonuts642, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts744, BakeryDonuts605, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts122, BakeryDonuts203, BakeryDonuts121 e BakeryDonuts910);
- (iv) Era informada pela Bimbo Donuts sobre o posicionamento futuro, o reposicionamento, e a correçãõ de desvios de PVP de insígnias concorrentes

(cf. documentos BakeryDonuts649, BakeryDonuts631, BakeryDonuts625, BakeryDonuts654, BakeryDonuts602, BakeryDonuts603, BakeryDonuts612, BakeryDonuts1138, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts147, BakeryDonuts181, BakeryDonuts168, BakeryDonuts163, BakeryDonuts651, BakeryDonuts652, BakeryDonuts610, BakeryDonuts633, BakeryDonuts630, BakeryDonuts169, BakeryDonuts648, BakeryDonuts14, BakeryDonuts121, BakeryDonuts637, e ainda os documentos que integram a conversação n.º257, n.º 155);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Bimbo Donuts para o efeito, reportando à Bimbo Donuts comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts613, BakeryDonuts636, BakeryDonuts606, BakeryDonuts638, BakeryDonuts639, BakeryDonuts642, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts975, BakeryDonuts1170, BakeryDonuts617, BakeryDonuts614, BakeryDonuts181, BakeryDonuts120, BakeryDonuts168, BakeryDonuts169, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1103 e ainda os documentos que integram a conversação n.º33);

(vi) Pressionava a Bimbo Donuts para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado (cf. documentos BakeryDonuts634, BakeryDonuts628, BakeryDonuts975); e

(vii) Ameaçava exercer ou exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar a Bimbo Donuts e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente acordado (cf. documento BakeryDonuts628).

2068. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos BakeryDonuts973, BakeryDonuts974, BakeryDonuts1069, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1169, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts1195, BakeryDonuts120, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1611, BakeryDonuts1641, BakeryDonuts1649, BakeryDonuts293, BakeryDonuts41, BakeryDonuts660, BakeryDonuts967, BakeryDonuts972, BakeryDonuts1096 e BakeryDonuts1124.

2069. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Auchan o conteúdo do documento BakeryDonuts613, em que um colaborador da referida insígnia escreve ao seu interlocutor na Bimbo Donuts, *“Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado. [...] Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento”*.

III.3.3.4.1 Pronúncia da Visada

2070. Para além dos argumentos apresentados nos capítulos precedentes⁶²³ e sem prescindir, sobre o seu envolvimento na alegada infração a Auchan alega que⁶²⁴:

- i)* A redação da Nota de Ilícitude obsta ao normal exercício do direito de defesa, pois não apresenta uma leitura concreta da prova que imputa à visada, limitando-se a remeter para um conjunto de documentos que não coincidem com os documentos utilizados para ilustrar os comportamentos que consubstanciam a infração;
- ii)* Para efeitos de prova da infração, a AdC utiliza apenas 5 documentos apreendidos nas instalações da Auchan, de um universo de 988 documentos;
- iii)* Na Nota de Ilícitude não existe prova que sustente o envolvimento da visada na prática de cada sub-comportamento identificado pela AdC como elemento obrigatório do tipo de infração:
 - a) Não existe documento em que o fornecedor e a Auchan acordem determinados PVP;
 - b) Não existe documento em que a Auchan se queixe e reporte ao fornecedor desvios de co-visadas face a um alegado PVP previamente acordado;
 - c) Não existe documento dirigido pelo fornecedor à Auchan, ou pelo fornecedor a outra co-visada por indicação da Auchan, para corrigir um desvio face a um PVP previamente acordado;

⁶²³ Cf. capítulos III.2.5, III.3.1.1.1, III.3.1.2.1, III.3.1.3.1, III.3.1.4.1 e III.3.1.5.1 da presente Decisão.

⁶²⁴ Cf. capítulos I. e II.1.5. da PNI Auchan.

- d) Não existe documento em que a Auchan esteja a retaliar contra o fornecedor ou contra uma insígnia por não correção de preços;
 - e) Não existe documento da Auchan a transmitir ao fornecedor ou a qualquer co-visada informação sobre o alinhamento dos PVP de acordo e na sequência de instruções recebidas ou acordadas nesse sentido.
- iv) Na Nota de Ilicitude não existe prova que sustente o envolvimento da visada em cada sub-comportamento e para cada ano a que respeita a alegada infração;
 - v) Decorre da Nota de Ilicitude que a visada nunca teve contactos diretos bilaterais ou multilaterais com as co-visadas no processo;
 - vi) Decorre da Nota de Ilicitude que a política comercial da visada é definida de forma independente, em cada loja, e visa a manutenção de um nível de preços 3% abaixo dos preços de mercado;
 - vii) Os documentos referidos na alínea (i) do parágrafo 416 da Nota de Ilicitude são insuscetíveis de demonstrar aquiescência e/ou implementação das recomendações pela Auchan⁶²⁵;
 - viii) Os documentos referidos na alínea (ii) do parágrafo 416 da Nota de Ilicitude são insuscetíveis de demonstrar a implementação de PVP previamente concertados pela Auchan⁶²⁶;
 - ix) Os documentos referidos na alínea (iii) do parágrafo 416 da Nota de Ilicitude são insuscetíveis de demonstrar que a Auchan informava a Bimbo Donuts sobre o seu posicionamento de PVP futuro⁶²⁷;
 - x) Quanto ao documento referido na alínea (iv) do parágrafo 416 da Nota de Ilicitude, a Auchan afirma que a AdC não apresenta elementos de prova para quase metade dos anos em que a infração alegadamente se poderia verificar, para além de se trata de informação referente a preços históricos, já praticados no mercado⁶²⁸;

⁶²⁵ Cf. capítulo II.1.5. da PNI Auchan.

⁶²⁶ *Idem.*

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ *Idem.*

- xi) Quanto aos documentos referidos nas alíneas (v), (vi) e (vii) do parágrafo 416 da Nota de Ilícitude, a visada alega, quanto ao primeiro, que só é apresentada prova para metades dos anos em questão e, relativamente ao segundo e terceiro, que a AdC só apresenta três e um documentos, respetivamente, para além de dizerem respeito a situações em que a Auchan solicita à Bimbo Donuts melhores condições de *sell-in*, sendo insuscetíveis de demonstrar sinalizações de comportamentos desviantes⁶²⁹;
- xii) Decorre da Nota de Ilícitude que a visada recusou expressamente quaisquer recomendações, pedidos ou instruções do fornecedor no sentido de praticar determinado nível de PVP⁶³⁰;
- xiii) Os preços de venda das lojas Auchan não são definidos de forma centralizada, nem automaticamente comunicados e implementados de forma transversal em todas as lojas;
- xiv) Decorre da Nota de Ilícitude que a Auchan se desvia sistematicamente dos PVP recomendados ou dos PVP praticados por concorrentes;
- xv) Decorre da Nota de Ilícitude que a Auchan é alvo de pressões e retaliações reiteradas por parte da Bimbo Donuts e insígnias concorrentes⁶³¹.

⁶²⁹ *Idem*.

⁶³⁰ Cf. documentos BakeryDonuts777, BakeryDonuts789, BakeryDonuts1074, BakeryDonuts1033, BakeryDonuts630, BakeryDonuts637, BakeryDonuts755, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts1199, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts78, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts85, BakeryDonuts226, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1767, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1120, BakeryDonuts1222, MCH1133, MCH1150, MC1151 e MCH1120 que, de acordo com a visada, demonstram a conduta autónoma e desviante da Auchan; os documentos BakeryDonuts91, BakeryDonuts77, BakeryDonuts221, BakeryDonuts226, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1222, MCH133, MCH1150, MCH1151 e MCH1120, demonstrativos, segundo a visada, do reporte sistemático, fruto de ações de *shopping*, dos desvios da Auchan e documentos BakeryDonuts209, BakeryDonuts630, BakeryDonuts636, BakeryDonuts637, BakeryDonuts266, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1222, BakeryDonuts631, MCH1150, MCH1151 e MCH1120 que demonstram que a Auchan era ameaçada de cortes de fornecimento ou alvo de pressão de forma reiterada por parte da Bimbo Donuts.

⁶³¹ Cf. §814 da PNI Auchan A este propósito, a visada sustenta as suas alegações nos documentos BakeryDonuts630, BakeryDonuts363, BakeryDonuts637, BakeryDonuts266, BakeryDonuts631, BakeryDonuts1425, BakeryDonuts1222, MCH1150, MCH1151 e MCH1120.

2071. Finalmente, a Auchan enuncia uma lista de documentos que considera exculpatórios, contestando o facto de a AdC não os ter considerado como tal⁶³², a saber, os documentos BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts1195, BakeryDonuts1208, BakeryDonuts41⁶³³.

2072. Segundo a visada, estes documentos identificam a Auchan a prosseguir uma política comercial autónoma de PVP 3% inferiores ao mercado, que se desvia permanentemente dos PVPR, e a não aceitar instruções da Bimbo Donuts com vista à correção dos preços desviados, “apesar de ser recorrentemente assediada para o efeito”⁶³⁴.

2073. Em benefício da sua defesa, a Auchan alega ainda que o seu posicionamento de mercado não se coaduna com nenhum tipo de prática anticoncorrencial, na medida em que prossegue uma política de “*melhores produtos e serviços, sempre ao melhor preço*”, em benefício da qual implementou um conjunto de procedimentos aplicáveis, de forma transversal, a todas as lojas, que consiste em:

- i) Política de *pricing*: 3% abaixo do preço de mercado para a maior parte dos artigos;
- ii) Estrutura orgânica e distribuição de competências: a Auchan emite procurações a favor dos responsáveis de mercado (i.e. responsáveis de loja), com competência decisória/autonomia para definir PVP em função da concorrência na área de influência;
- iii) Regras e limites gerais: a Auchan emite linhas de orientação e regras transversais cuja implementação é obrigatória para todas as lojas, por exemplo sobre margens máximas fixadas em [CONFIDENCIAL – Informação relativa a estratégia comercial futura da Visada no que respeita a promoções, margens e reação a concorrentes], consoante a gama de produtos;
- iv) Objetivos de PVP: a Auchan fixa uma percentagem mínima de verificação da regra “preço mais baixo” para cada produto, em cada loja;

⁶³² Cf. capítulo II.1.7. da PNI Auchan.

⁶³³ Cf. capítulo II.1.6. da PNI Auchan.

⁶³⁴ Cf. §748 da PNI Auchan.

- v) Monitorização: os responsáveis de mercado devem apresentar simulações e demonstrações de resultados que revelem o cumprimento dos objetivos de *pricing*, cumprindo-lhes responder a ações promocionais concorrentes;
- vi) Avaliação e controlo da performance das lojas: [CONFIDENCIAL – Informação secreta, de valor comercial relevante para a Visada, bem como informação objeto de diligências consideráveis para a manter secreta e cuja divulgação acarretaria sério prejuízo para visada], são gerados pelo [CONFIDENCIAL – Informação secreta, de valor comercial relevante para a Visada, bem como informação objeto de diligências consideráveis para a manter secreta e cuja divulgação acarretaria sério prejuízo para visada], de forma automática, relatórios que permitem à central detetar desvios e/ou incumprimentos da política de preços, caso em que é gerado um alerta que desencadeia um conjunto de procedimentos de verificação e um pedido de correção pela central;
- vii) Situações de impossibilidade de reação e/ou margem zero: [CONFIDENCIAL – Informação secreta, de valor comercial relevante para a Visada, bem como informação objeto de diligências consideráveis para a manter secreta e cuja divulgação acarretaria sério prejuízo para visada], é gerada uma lista com todos os artigos para os quais não existe condições para posicionar ao preço mais baixo ou igual ao concorrente mais barato sem incorrer em margem zero, cabendo aos responsáveis de compras contactar os fornecedores para renegociar condições mais competitivas de *sell-in*, para acompanhamento de preços do concorrente mais barato.⁶³⁵

2074. Conclui a Auchan que a prova demonstra o seu comportamento disruptivo, “*colocando pressão concorrencial sobre a Bimbo Donuts para a obtenção de condições de sell-in mais vantajosas com vista ao posicionamento dos produtos nas lojas Auchan a um pvp igual ou mais baixo que o concorrente mais barato no mercado*”⁶³⁶.

III.3.3.4.2 *Apreciação da Autoridade*

⁶³⁵ Cf. capítulo II.2. da PNI Auchan.

⁶³⁶ Cf. §807 da PNI Auchan.

2075. Analisada a Pronúncia da Auchan, a AdC começará por responder aos argumentos utilizados para contestar a aptidão genérica da Nota de Ilícitude para dirigir uma acusação formal à visada.
2076. Assim, quanto aos argumentos relativos ao número de documentos utilizados e à leitura concreta da prova referida na Nota de Ilícitude, a AdC recorda que a investigação e a análise vertidas na Nota de Ilícitude abrangeram a totalidade dos ficheiros que formam o acervo probatório do processo – os identificados na Nota de Ilícitude e nos Anexos 1 e 2 –, tendo sido mobilizados para caracterizar a infração e os seus agentes nos termos descritos nos parágrafos 851 a 853 da presente Decisão.
2077. Ou seja, todos os ficheiros eletrónicos ou *emails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilícitude ou nos seus Anexos 1 e 2, tendo a AdC utilizado uma parte para caracterizar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *emails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilícitude, consoante o comportamento em causa.
2078. Assim, e no que se refere à visada Auchan, relevam, portanto, todos os documentos identificados nos capítulos II.3.1 e II.3.2 da Nota de Ilícitude (ou nos capítulos III.3.1 e III.3.2 da presente Decisão) e nos respetivos Anexos 1 e 2, e em especial, no que se refere ao seu envolvimento concreto e direto, os documentos identificados no capítulo II.3.3.4 da Nota de Ilícitude (ou capítulo III.3.3.4 da presente Decisão).
2079. Conforme decorre expressamente da Nota de Ilícitude notificada às empresas visadas, este documento contém todos os elementos de facto e de direito que permitem, com base na prova elencada (e subjetivamente imputada), sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.
2080. Ademais, a Nota de Ilícitude notificada no processo contém a identificação das empresas visadas, a descrição dos factos imputados, a indicação das provas que constam dos autos, a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e a moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.

2081. Analisada a Nota de Ilícitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente sérios, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.
2082. Depois fez, nos termos acima descritos, essa mesma apreciação por referência a cada visada, para efeitos de imputação específica dos comportamentos objeto do processo.
2083. Conforme referido anteriormente, o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, estabelece que a prova será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC e que, em processo contraordenacional da concorrência, as provas produzidas serão suficientes quando, consideradas à luz das regras estabelecidas naquela disposição legal, delas resulte uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012, nada obstando a que a AdC utilize, para além de prova direta, documentos que consubstanciem prova indireta, indiciária ou circunstancial na formação da sua convicção.
2084. No presente processo a Nota de Ilícitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza.
2085. Inexiste, portanto, qualquer violação dos direitos de defesa da visada a esse propósito.
2086. Quanto à alegada inexistência de prova para demonstrar o envolvimento da Auchan em cada sub-comportamento identificado, em todos os anos da infração, a AdC esclarece, como melhor se explicará adiante, nos capítulos IV.1.3, IV.1.4 e IV.1.5 da presente Decisão, que, por um lado, os elementos de que depende a verificação da infração e a sua imputação às visadas são elementos que constituem os tipos objetivo e subjetivo da infração (e não o conjunto de sub-comportamentos identificados, os quais traduzem alguns aspetos daqueles elementos típicos da infração, mas não se lhes substituem⁶³⁷), e por outro lado, que os eventuais períodos de intermitência entre os *emails* utilizados não serão suscetíveis de afastar o envolvimento da Auchan se a matéria de facto provada demonstrar que a prática ocorreu de forma ininterrupta, como se constata,

⁶³⁷ Nesse sentido e contrariamente ao alegado pela Auchan, não constituem "elemento[s] obrigatório[s] do tipo de infração", nem se alcança de onde terá esta visada retirado essa conclusão.

inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.

2087. Ou seja, a inexistência de prova para demonstrar o envolvimento da Auchan em todos os sub-comportamentos identificados, em todos os anos da infração, não será, por si só, suscetível de afastar o envolvimento da Auchan na prática investigada, sem que daí decorra qualquer violação dos seus direitos de defesa, encontrando-se o referido envolvimento sustentado nos termos que se analisaram na Nota de Ilicitude e que se lhe detalham a seguir no presente capítulo.

2088. Improcedem, também, portanto, estes dois argumentos de defesa.

2089. Quanto à inexistência de prova de contactos diretos entre a Auchan e as suas concorrentes, a Autoridade remete para a sua apreciação nos parágrafos 1696 e 1704 da presente Decisão, onde se conclui pela existência de prova irrefutável de que existe comunicação entre as empresas de distribuição visadas sobre o posicionamento de PVP a adotar no futuro e PVP previamente acordados, não obstante essa comunicação ser estabelecida de forma indireta, i.e. por via de contactos estabelecidos diretamente entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor.

2090. Caso existisse prova de contacto direto entre a visada Auchan e as respetivas concorrentes, a infração em causa teria, quanto a esses contactos, contornos puramente horizontais, não se traduzindo numa prática (concertada) de “*hub and spoke*”, mas, eventualmente, num “tradicional” cartel.

2091. Inexiste, assim, também a este propósito qualquer violação dos direitos de defesa da visada.

2092. Relativamente à alegada conduta autónoma e política de preços, a Auchan refere diversas vezes, ao longo da sua pronúncia, que resulta da sua política comercial a adoção de um posicionamento 3% abaixo da concorrência.

2093. Esse posicionamento é alegado na defesa escrita da visada⁶³⁸, decorre dos documentos a ela anexos (e.g. Anexo 2 à PNI Auchan, que constitui o manual de política de

⁶³⁸ Cf. capítulo II.2.1 da PNI Auchan.

posicionamento de preço da insígnia), e até mesmo dos autos de inquirição juntos aos autos a fls. 7852 a 7867 do processo.

2094. Todavia, a existência (em abstrato) de um princípio estabelecido pelo grupo empresarial em que a visada Auchan se insere, no sentido de posicionar os preços que pratica sistematicamente 3% abaixo da concorrência (o qual a AdC não contesta), não afasta, por si só, *maxime* por via do cotejo desta circunstância com os elementos de prova juntos aos autos e demonstrativos da conduta da Auchan, a participação desta visada na prática investigada, tão-pouco a tipicidade, a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos seus comportamentos, sem que daí decorra qualquer violação dos seus direitos de defesa.

2095. Na realidade, como se demonstrará de seguida, no presente capítulo desta Decisão, o referido posicionamento de princípio e/ou estratégico não tem adesão aos elementos de prova (*emails*) constantes do processo.

2096. Decorre, assim, dos elementos probatórios que não se verificava tal prática, existindo diversas situações em que a Auchan está inteiramente alinhada com o posicionamento de PVP previamente concertado (cf. documentos BakeryDonuts657, BakeryDonuts613, BakeryDonuts605, BakeryDonuts726, BakeryDonuts125, BakeryDonuts118, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts617, BakeryDonuts266, BakeryDonuts642, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1097).

2097. Ou seja, o alegado posicionamento da insígnia Auchan 3% abaixo da concorrência é contrariado, em concreto, pelos meios de prova juntos aos autos.

2098. Recorde-se o teor do documento BakeryDonuts163, que consiste numa conversação entre um colaborador da Auchan e uma *KAM* da Bimbo Donuts, em que se pode ler a seguinte resposta da Auchan a uma solicitação de alinhamento, “*alinhamento esse ao qual as Insignias Dia%, Sonae, Carrefour e Feira Nova já aderiram!*”:

“Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia as 09.00 estaremos na concorrência Dia / Carrefour / Continente /Feira Nova/ a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência – ou seja no dia seguinte e após a verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento”.

2099. Concluindo, a AdC considera improcedentes todos os argumentos da Auchan relativos à ineptidão da Nota de Ilícitude para formalizar uma acusação contra a visada.
2100. A AdC passará, agora, a analisar os argumentos de defesa da Auchan relativamente aos comportamentos que lhe são imputados no capítulo II.3.3.4 da Nota de Ilícitude, melhor caracterizados no capítulo II.3.1 da mesma Nota de Ilícitude, bem como os argumentos com nos quais a Auchan sustenta o seu distanciamento relativamente à prática descrita.
2101. Nos capítulos precedentes da presente Decisão, a AdC não só dá por provada a matéria de facto que traduz uma prática concertada de fixação de preços entre insígnias, alcançada por via do fornecedor, como conclui pelo envolvimento das empresas visadas Bimbo Donuts, MCH e Pingo Doce, ainda que com diferentes graus de participação.
2102. No que respeita ao envolvimento das insígnias, a Autoridade conclui que a prova revela que estas empresas adotam comportamentos concretos, expressamente direccionados à prossecução da prática de fixação de PVP, revelando a sua intenção expressa de contribuir para a realização do objetivo comum, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados pelas suas concorrentes em matéria de *pricing*, utilizando ferramentas de controlo e monitorização para sinalizar e corrigir desvios ao posicionamento e calendário previamente concertados, adotando comportamentos que se traduzem em ações de pressão e retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. III.3.3.1, III.3.3.2 e III.3.3.3 da presente Decisão).
2103. No que se refere à Auchan, a AdC concluía no parágrafo 416 da Nota de Ilícitude que os factos descritos nos capítulos precedentes e a prova que lhes subjaz revelavam

indícios sérios para sustentar uma possibilidade razoável de vir a ser dirigida uma decisão condenatória relativamente a esta empresa.

2104. Recorde-se, assim, o teor da prova.

2105. Reapreciado o teor dos documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts726, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts122 e BakeryDonuts602, a Autoridade dá por reproduzida a apreciação constante dos parágrafos 1062 a 1065, 1070 a 1072, 1658 a 1662, 1509 a 1510 e 1073 a 1076, respetivamente, da presente Decisão, com base na qual se conclui pela improcedência das referidas alegações de defesa.

2106. O documento BakeryDonuts657, que integra a conversa o n.º 54, e os documentos que integram a conversa o n.º 152⁶³⁹ permitem constatar que a Auchan acede aos pedidos de corre o de desvios que lhe são dirigidos pela Bimbo Donuts, contrariando a teoria da visada de que o referido documento não reflete “*a sua participa o em qualquer tipo de conluio*”. Tal argumento não se poderá considerar procedente, tanto mais tratando-se de um argumento puramente te3rico e especulativo⁶⁴⁰, sem adesão ao contudo da prova, ao qual não se poderá sobrepor. A convergência de vontades da Auchan advm das respostas aos *emails* enviados pela KAM da Bimbo Donuts (“*confirmo*” e “*confirmado*”).

2107. O documento BakeryDonuts910 demonstra que está em causa a monitoriza o de mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP que, relativamente, por exemplo, aos Manhãzitos 8 está “*alinhado em todo o mercado a 2,99*” e que, relativamente aos Donuts 6 “*temos apenas algumas lojas ainda a 2,56 (Jumbos e Leclerc) e que até 2ªfeira estarão alinhadas a 2,59*”.

2108. Analisado o teor deste documento  luz da globalidade da prova,  razoável concluir que a visada Auchan deu a conhecer  Bimbo Donuts o seu consentimento com o reposicionamento do PVP pré-fixado, tendo, também, informado o fornecedor da data em que as suas lojas iriam acompanhar o movimento de subida.

⁶³⁹ A conversa o n.º 152 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos BakeryDonuts591, BakeryDonuts593 e BakeryDonuts605.

⁶⁴⁰ Não sendo fornecida qualquer fundamenta o para o mesmo.

2109. Concluindo, o documento BakeryDonuts910 contribui de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos comportamentos que se lhe imputam nos termos descritos na Nota de Ilícitude e na presente Decisão.
2110. Relativamente ao documento BakeryDonuts702, a visada Auchan alega que o seu teor não permite “*retirar uma infração por parte da Auchan sem demais factos ou evidências*”, não existindo “*prova nos autos de que a Auchan de facto seguisse aquele preço, e muito menos que tal resultasse de um acordo ou concertação prévia com o fornecedor ou com os concorrentes através, através do fornecedor*”⁶⁴¹.
2111. No entanto, a referida alegação não poderá colher, após a leitura do referido documento em conjunto com o documento BakeryDonuts613.
2112. Ora, nos termos do documento BakeryDonuts702, a KAM da Bimbo Donuts solicita ao seu contacto no ECI o alinhamento de PVP em quatro dos seus produtos, referindo que as “[i]nsignias Dia%, Sonae, Auchan e Feira Nova já se comprometeram a alinhar e o nosso objetivo é que amanhã todas as cadeias tenham estes PVP marcados!”.
2113. Não se compreende como pode a Auchan alegar que não existe prova nos autos de que a Auchan de facto seguisse aqueles preços, quando da leitura do documento BakeryDonuts613 resulta a resposta, exatamente à mesma solicitação da Bimbo Donuts, por parte do colaborador da loja de Alverca da Auchan, o qual confirma que “[a] loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento”.
2114. Ou seja, analisado o documento BakeryDonuts702, em conjunto com o documento BakeryDonuts613, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insignias, assim como facto de lojas da Auchan terem aderido ao movimento dos PVP no pressuposto e conhecimento da informação recebida e fornecida pela Bimbo Donuts, de que Dia%, Sonae, Carrefour e Feira Nova já teriam aderido e de que o objetivo era que todas as cadeias aderissem até ao dia seguinte.
2115. Os documentos BakeryDonuts767 e BakeryDonuts776 integram a conversação n.º 55 e consistem no envio do fornecedor para uma colaboradora do Feira Nova de “preços mínimos” a implementar – “peço a vossa colaboração no sentido de no dia **8/Fev** termos

⁶⁴¹ Cf. §591 e 592 da PNI Auchan.

como **PVP** fixados no mercado os preços que seguem abaixo! (Sonae, Carrefour e Auchan também já se comprometeram com este alinhamento)”.

2116. Não obstante a Auchan não ser diretamente parte nestas mensagens, não deixa de ser expressamente mencionada. Ademais, o conteúdo aí plasmado, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladores do envolvimento desta visada na prática em causa, pelo que o referido documento é considerado também como demonstrativo desse envolvimento.

2117. Mais ainda quando lido em conjunto com o documento BakeryDonuts638, cuja análise permite razoavelmente demonstrar que a loja de Castelo Branco da Auchan estava posicionada de acordo com os PVP previamente concertados (“verifiquei que o [Confidencial – Dados Pessoais] procedeu às alterações solicitadas para o dia 8 de Fevereiro”), e que, face a desvios verificados em insígnias concorrentes, a Auchan teve de baixar os PVP, reclamando junto do fornecedor pelo facto de o mercado não estar alinhado, reclamando, ainda, por uma compensação (“Fico a aguardar a compensação pela não rentabilidade”)⁶⁴².

2118. Relativamente aos documentos BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118, a Auchan alega não ser possível retirar uma vontade de cooperar ou uma adesão ao alinhamento comunicado ao colaborador do Leclerc. Recorde-se, assim, o teor dos documentos em análise:

BakeryDonuts125:

⁶⁴² Documento que também contraria, por esta via, o argumento desta visada de que nunca reportava desvios de concorrentes ou pressionava o fornecedor para os corrigir.

From: [REDACTED]
Sent: 22 de janeiro de 2013 19:00
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: RE: Shopping pvps sugeridos

Boa tarde Sr. [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:

Venho informar que hoje já alinhei os preços conforme solicitado, venho informar que amanhã no máximo 5 feira vamos ver o shopping da nossa concorrência.
Já agora venho dizer que os artigos 654, 27,320,253,312,953,121,550,não podem estar na loja já dei ordens para amanhã dia 23 não serem deixados.

Atenciosamente



RESP. MERCEARIA

Valongodis, Sociedade de Distribuição SA
Tel.
Fax.
E-mail
www.e-leclerc.pt

 Antes de imprimir este e-mail pense bem se tem mesmo que o fazer. Há cada vez menos árvores

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Enviada: Tuesday, January 22, 2013 4:49 PM
Para: Mercearia Valongo
Assunto: Shopping pvps sugeridos

Boa tarde Sr.

Hoje dia 22 de Janeiro o Jumbo já alinhou os pvps dos meus produtos.

Peço-lhe o favor de também fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a dasalinhhar tudo.

Cumprimentos,

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]:



BakeryDonuts118:

From: [REDACTED]
Sent: 28 de janeiro de 2013 16:11
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Subject: preços shooping



Boa tarde...

Venho informar que após análise ao shopping feito ao Jumbo e continente vou alinhar os preços que e para não dizer que e o Leclerc que esta a baixar preços por iniciativa .



RESP. MERCEARIA

Valongodis, Sociedade de Distribuição SA
Tel.
Fax.
E-mail
www.e-leclerc.pt

 Antes de imprimir este e-mail pense bem se tem mesmo que o fazer. Há cada vez menos árvores

2119. Ora, apesar de a Auchan alegar que entre os dois documentos existe um hiato temporal “*bastante diferid[o]*”⁶⁴³, na realidade, da leitura de ambos os documentos é razoável concluir que a Auchan estaria a acompanhar o posicionamento de PVP pretendido, ao qual subjaz uma concertação entre fornecedor e insígnias, circunstância que motivou o subsequente reposicionamento e acompanhamento pelo Leclerc.
2120. Os referidos documentos permitem, assim, constatar que a Auchan teria alinhado o PVP com o posicionamento previamente concertado e que (i) a Bimbo Donuts partilhou essa informação com o Leclerc, (ii) tendo a mesma insígnia, através de ferramentas de *shopping* constatado a mesma situação, o que terá facilitado a concretização do alinhamento de mercado pretendido (“*[p]eço-lhe o favor de também fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo*”).
2121. Concluindo, os documentos BakeryDonuts125 e BakeryDonuts118 revelam evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos factos e nos comportamentos que se lhe imputam.
2122. O documento BakeryDonuts266, contrariamente ao alegado pela Auchan, permite constatar que esta visada, após solicitação do fornecedor para subir o PVP do produtos Donuts 4, “*alinhado com ações da concorrência*”, reposicionou, de facto, o seu PVP num primeiro momento, em que o próprio colaborador da Auchan confirma “*[e]stá alterado*”, e, posteriormente, pelo próprio fornecedor que, ao fazer a mesma solicitação a uma colaboradora da loja da Auchan de Torres Vedras, refere que “*[a] loja da Amadora estava com o Donuts 4 também a 1,25. Já está alterado para 1,29. Peço te PF para acompanhares a loja da Amadora*”.
2123. O documento BakeryDonuts1159 permite demonstrar que a Auchan implementa os PVP previamente concertados, na medida em que é enviado um talão de compra como comprovativo à Pingo Doce, referindo o fornecedor: “*Jumbo: os dados actuais de shopping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de mais alguma informação adicional por favor diga-me*”, de forma a concretizar o alinhamento de mercado pretendido: “*Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos*

⁶⁴³ Na verdade, seis dias: 22 de janeiro de 2013 e 28 de janeiro de 2013.

empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais)”.

2124. Relativamente à conversação n.º 155, tal como referido *supra*, a Auchan alega desconhecer o contexto completo dos documentos que a integram (documentos BakeryDonuts601, BakeryDonuts608 e BakeryDonuts617), alegando que se referem apenas a uma loja da Auchan, não podendo ser ignorada a política descentralizada de preços da visada, frisando, ainda, o facto de o *email* remontar a 2005, sendo manifesta a falta de continuidade no tempo de uma alegada prática.

2125. Ora, da análise dos documentos mencionados, constata-se que o seguinte *email* é enviado a duas lojas da Auchan (Alverca e Alfragide):

“Boa tarde,

podes alinhar o PVP de Manhãzitos 8 para os valores da concorrência!

O problema era o Dia Minipreço que entretanto já subiu preço pelo que podes alinhar também na loja!”

2126. Da referida conversação consta a resposta do ponto de contacto da insígnia na loja de Alverca, o qual assente ao pedido de correção e reposicionamento do PVP para o nível concertado: *“alterei os pvp’s”* (cf. documento BakeryDonuts617).

2127. Ademais, o colaborador da Auchan informa o fornecedor de que o alinhamento ficaria dependente da correção de outros PVP desviados, que o colaborador também detetara: *“so espero até ao início da semana para me verificares os pvp’s assinalados, pois eu ainda os tenho apanhados com os pvps’ que indico”.*

2128. Destarte, constata-se, mais uma vez, de forma bastante clara, a existência de mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP. Não se podendo considerar, tal como alegado pela Auchan, que por se tratar de uma loja específica da Auchan, este documento não poderia demonstrar o envolvimento da visada, uma vez que o que este documento evidencia, conforme melhor desenvolvido *supra* (cf. capítulos III.3.1.3 e III.3.2 da presente Decisão), é que a definição conjunta dos PVP (que envolve as insígnias) é, no caso da Auchan, depois acompanhado pelo fornecedor loja a loja, para verificação do respetivo cumprimento.

2129. Finalmente, a circunstância de o documento remontar a 2005 não afasta a sua aptidão para demonstrar o envolvimento da Auchan nos termos descritos na presente Decisão, uma vez que, face à globalidade da prova, resulta demonstrada a manutenção da prática até 2017, inexistindo elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado.

2130. Concluindo, os documentos que integram a conversa o n.º 155 revelam evid ncias que contribuem de forma s ria, precisa e concordante para a demonstra o do envolvimento da Auchan nos comportamentos que lhe s o imputados.

2131. Os documentos que integram a conversa o n.º 365 evidenciam o resultado de uma a o de monitoriza o dos PVP de mercado levada a cabo pela Bimbo Donuts (cf. documento BakeryDonuts1199):

From: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Sent: 24 de setembro de 2008 14:16
To: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: Shoopng 24 de Setembro 2008

Volta a relembrar a importancia de ter a nossa sugest o de PVP's no mercado.

Sabem como agir especialmente o nos Auchans – URGENTE.

Obg

[OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: quarta-feira, 24 de Setembro de 2008 13:22
To: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: Shoopng 24 de Setembro 2008

P o Pequeno : tudo ok
P o 600gr: tudo ok
P o 850gr: tudo ok
P o Hotelaria: Jumbo Alfragide 2,69 , Jumbo Gondomar 2,82 , Sonae 2,82  (pre o Objectivo 2,84 )
Sem Codea : tudo ok
Bollycao 1: Colombo 0,76 , Amadora 0,71 , Matosinhos 0,76 , Cascais 0,71 , Jumbo Alfragide 0,69 , (pre o objectivo 0,79 )
Bollycao 4: Cont Amadora 2,69 , Cont Cascais 2,69 , Jumbo Alfragide 2,67 , (pre o objectivo 2,89 )
Dokyo: aten o a Dokyo : pre o subir hoje no PD para 2,47 , amanha na Dia% e no Sabado na Lidl. Nesta altura o mercado esta praticamente todo a 1,98 
Manhazitos choc: tudo ok
Donuts 4: Colombo 1,97 , Cont Amadora 1,97 , Cont Cascais 1,97 ,
Donuts 6: Cont Colombo 2,74 , Jumb Alfragide 2,71 ,
Mini Donuts: aten o que sobe esta semana para 1,84 

No pa o esta praticamente tudo correcto.

Temos problemas com Bollycao e Donuts que sei que ja estamos a tratar. Uma vez que esta semana sobem mais pre os, ser  importante garantir que tudo acontece como pretendido.

Em particular nas referencias que sobem esta semana   muito importante conseguir que tal aconte a j  que s o referencias com volume relativo e que n o depende de esfor o de PVP, mas que no entanto s o fundamentais para assegurar o equilibrio de rentabilidade das cadeias

[OUTRA INFORMA O CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2132. Apesar de a Auchan alegar que da leitura do referido documento se constata a “*conduta autónoma e independente da Auchan*”, a Autoridade considera que o documento transcrito evidencia precisamente o oposto.
2133. Na realidade, e tal como já referido ao longo da presente Decisão, o facto de algumas lojas da Auchan se desviarem do posicionamento de PVP previamente concertado não afasta, por si só, a participação da visada Auchan na prática descrita na presente Decisão. Aliás, no mesmo documento há ainda referências a produtos em que se encontra “*tudo ok*”, a praticar os PVP concertados, sem qualquer referência a exceções da Auchan (o que contraria o argumento da visada da “*conduta autónoma e independente*” e, bem assim, a sua afirmação sobre a política de *pricing* de 3% abaixo dos concorrentes).
2134. A necessidade de promover o alinhamento do PVP é relembrada pelo diretor comercial da Bimbo Donuts, evidenciando-se a necessidade de corrigir os desvios detetados nas lojas Auchan, o que, todavia, não é referido como algo que não se consegue fazer, mas apenas como uma tarefa a cumprir “*sabem como agir especialmente o nos Auchans - URGENTE*”, demonstrando não apenas o precedente em relação a esta insígnia, como a consequente expectativa de tal conduta (denotando-se que a Bimbo Donuts sabe o que fazer para o efeito).
2135. O documento BakeryDonuts1632, de 10 de setembro de 2008, em que se lê a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para uma colaboradora da loja da Maia da Auchan: “*Desde já agradeço a colaboração da loja nos preços sugeridos pela Panrico. Confirme-me apenas se tem algum impedimento na subida dos seguintes SIRIus: 1827 – Pão 600gr – 1,74, 603986 – Pão 600+40% - 1,74, 1824 – Pão 310 – 1,29*”, permite concluir que Auchan implementa os PVP previamente concertados, não podendo deixar de se ler também os documentos que revelam a sequência dos acontecimentos.
2136. A saber, o referido documento deve ser lido em conjunto com os documentos BakeryDonuts964 e BakeryDonuts1009.
2137. O documento BakeryDonuts964 de 9 de setembro de 2008 sobre o assunto “*Panrico – Preços*” em que se lê a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para a Auchan:
“*Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],*

Tal como falou com o meu colaborador [Confidencial – Dados Pessoais], junto seguem os PVP dos SKU que deve alinhar entre amanhã e 5ª feira.

Reforço a ideia passada pelo meu colaborador, da importância desta subida. Estamos com uma nova tabela no mercado e só com esta subida conseguimos fazer com que o Auchan continue a ter a sua rentabilidade.

Agradeço deste já a sua colaboração!”

2138. Em anexo ao referido *email* consta a seguinte tabela de PVP a implementar:

SIRIUS	Designação	PVP	
		Novo	Final
	Donuts		
1870	Donuts Classic (4)	2,19 €	
459236	Donuts Classic (6)	2,85 €	
690243	Donuts Berlim (4)	2,19 €	
	BOLLYCAO		
1860	Bollycao Clássico (1)	0,79 €	
1850	Bollycao Clássico (4)	2,89 €	
449763	Bollycao com Leite (1)	0,79 €	
	MANHÁZITOS		
660822	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 5)	2,59 €	
601028	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	3,29 €	
	BOLARIA PANRICO		
17039	Madalenas Quadradas (8)	1,34 €	
623749	Madalenas Quadradas (12)	2,09 €	
	PÃO DE FORMA		
1824	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,29 €	
1827	Pão de Forma Grande (600g)	1,74 €	
1834	Pão de Forma Familiar (850g)	2,39 €	
1837	Pão de Forma Hotelaria (1Kg)	2,84 €	
512493	Pão de Forma sem Cãdea Branco (450g)	2,19 €	
718058	Pão de Forma sem Cãdea Integral (450g)	2,79 €	
613532	Pão de Forma sem Cãdea Familiar (650g)	3,15 €	
1840	Pão de Forma 9 Cereais (360g)	1,79 €	
714641	Panrico Linea sem Cãdea Branco (450g)	2,69 €	

2139. Da leitura do documento BakeryDonuts1009, também de 9 de setembro de 2008, sobre o assunto “*Fw: pvp’s sugeridos*”, se constata que é enviada a seguinte mensagem à MCH:

“Olá

Junto seguem os pvp’s que entre 4ª e 5ª feira teremos no mercado.

A encarnado seguem os produtos que ainda não conseguimos alterar e que apenas sofrerão alterações na próxima semana.

Peço-vos que procedam às alterações desde já.”

2140. Em anexo à referida mensagem consta a mesma tabela de preços, com a diferença da inclusão de um maior sortido de produtos:

cód Sonae	Codigo	Designação	PVP	
			Novo	Final
		Donuts		
	2	Donuts Classic (2)		
2004753	4	Donuts Classic (4)	2,19 €	
2564354	8	Donuts Classic (6)	2,85 €	
3031865	424	Donuts Berlim (4)	2,19 €	
3717165	428	Donuts Berlim Creme (4)	2,29 €	
3057097	415	Donuts Mini (5)	1,99 €	
3780550	419	Donuts Mini Bombon (5)	1,99 €	
EAN 8410022106369	408	Donuts Mini Max (4)	1,99 €	
		DONETTES		
2004759	16	Donettes Chocolate (6)	1,39 €	
		BOLLYCAO		
2004740	20	Bollycao Clássico (1)	0,79 €	
2004744	21	Bollycao Clássico (4)	2,89 €	
2564600	28	Bollycao com Leite (1)	0,79 €	
2564601	29	Bollycao com Leite (4)	2,89 €	
2811689	227	Bollycao Balance (1)	1,79 €	
2811691	228	Bollycao Balance (4)	2,89 €	
	23	Bollycao Pontas (4)	2,89 €	
3877415	277	Bollycao Dokyo (4)	2,89 €	2,29
		MANHÁZITOS		
2722439	251	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 8)	3,29 €	
2823116	253	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	3,29 €	
4078318	280	Manhãzitos Fingers Leite (Pack 8)	3,29 €	
		CROISSANTS BOLLYCAO		
		BOLARIA PANRICO		
2699036	101	Madalenas Quadradas (8)	1,34 €	
		PASTELARIA FRESCA		
2910777	38	Travessero Chocolate (Pack 3)	1,99 €	
		SECOS		
		BOLARIA DE PÃO		
2004731	64	Burguer Sésamo (4)	1,42 €	
2004727	60	Hot Dogs (6)	1,54 €	
		PÃO DE FORMA		
2004717	70	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,34 €	1,29
	88	Pão de Forma Médio (500g)	1,29 €	
2004710	72	Pão de Forma Grande (600g)	1,74 €	
2062230	75	Pão de Forma Familiar (850g)	2,39 €	
2001334	76	Pão de Forma Hotelaria (1Kg)	2,84 €	
2004714	74	Pão de Forma Integral (360g)	1,79 €	
2153625	68	Pão de Forma Integral (600g)	2,19 €	
2923844	95	Pão de Forma Branco Fibras sem Códex (475 g)	2,89 €	
2627284	121	Pão de Forma sem Códex Branco (450g)	2,19 €	
3060166	347	Pão de Forma sem Códex Integral (450g)	2,79 €	
2835753	124	Pão de Forma sem Códex Familiar (650g)	3,15 €	
2127526	550	Pão de Forma 9 Cereais (360g)	1,79 €	
	89	Pão de Forma Horeca (600g)		
	79	Pão de Forma Especial Horeca (1Kg)		
3595847	362	Pão de Forma sem Códex Branco (450g)	2,94 €	

2141. Em resposta, o colaborador da MCH responde: “[Confidencial – Dados Pessoais], P.f. altera os pvp’s a verde”.

2142. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a mensagem enviada a 10 de setembro de 2008 (documento BakeryDonuts1632) surge no seguimento da implementação e acompanhamento pela referida loja dos PVP previamente concertados e comunicados à Auchan e MCH (cf. documentos

BakeryDonuts964 e BakeryDonuts1009), pelo que a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de implementação de PVP, nem o facto de as lojas Auchan (e MCH) terem aderido ao referido movimento⁶⁴⁴.

2143. Os documentos que integram a conversação n.º 273 (documentos BakeryDonuts738 e BakeryDonuts840), de 3 de janeiro de 2006, permitem concluir que a Auchan alinhou o PVP com o posicionamento previamente concertado e que a Bimbo Donuts partilhou essa informação (juntando três talões de compra como comprovativo) com a Dia, de forma a concretizarem o alinhamento de mercado pretendido: *“Aqui vão os talões comprovativos do alinhamento no Jumbo de Gondomar e Maia. Enviei também por faz Jumbo Alfragide!”*.

2144. A evidência de que a Auchan está, de facto, a acompanhar um movimento de PVP previamente concertado entre fornecedor e insígnias resulta da leitura, em conjunto, dos referidos documentos, assim como dos documentos BakeryDonuts775, de 27 de dezembro de 2005, e BakeryDonuts708, de 3 janeiro de 2006.

2145. O documento BakeryDonuts775, sobre o assunto *“Panrico – Alinhamento PVP Jan_06”*, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts envia ao seu ponto de contacto na insígnia Feira Nova o *“alinhamento de PVP a vigorar no mercado a partir de 2/Jan/2006. Tal como lhe falei, Pingo Doce e Dia Minipreço também já se comprometeram com este alinhamento. Contamos com a vossa colaboração!”*. Em anexo à referida mensagem constava a seguinte tabela de *“PVP para 2/Jan”*:

⁶⁴⁴ A MCH com menção expressa nos documentos em causa ao alinhamento imediato dos *“pvp’s a verde”*, os quais correspondem àqueles que o fornecedor refere que estarão em vigor no mercado *“entre 4ª e 5ª feira”*, daqui podendo concluir-se o sucesso da Bimbo Donuts no alinhamento destes PVP com as demais insígnias, incluindo a Auchan. Quanto aos PVP *“a encarnado”*, refere o fornecedor que *“ainda não conseguimos alterar e que apenas sofrerão alterações na próxima semana”*.

Cod Feira Nova	SKU	PVP para 2/Jan
	Donuts	
326383	American Donuts Choc	0,99
326382	American Donuts Creme	0,99
14653	Donuts 4	1,74
387209	Donuts 6	1,89
387209	Donuts 6+2	1,89
14654	Donuts Choc 4	1,79
287717	Donuts Cream Choc	0,99
287740	Donuts Cream Past	0,99
476415	Donuts Light 4	1,99
425005	Donuts Xtra-Milk	0,99
	Donettes	
14655	Donettes	1,29
	Bollycao	
14656	Bollycao 1	0,69
14663	Bollycao 4	2,49
445418	Bollycao Balance 1	0,69
445419	Bollycao Balance 4	2,49
348240	Bollycao Leite 1	0,69
348241	Bollycao Leite 4	2,49
278375	Minibollycao	0,99
	Linha Dofi	
41368	Mini Dofi Choc	0,79
33324	Dofi Choc	0,59
	Manhãzitos	
417308	Manhãzitos Choco 8	2,99
448440	Manhãzitos Leite 8	2,99
	Madalenas	
14666	Madalenas 8	0,99
	Bolaria Pão	
14661	Burguers	1,24
14660	Hot Dog's	1,24
	Pão de Forma	
463551	Branco Fibras Com Codea	1,89
480322	Branco Fibras Sem Codea	2,09
15130	Pão 310	1,24
15144	Pão 600	1,59
9935	Pão 850	1,89
203165	Pão Hotelaria	2,49
15108	Pão Integral 360	1,59
390369	S/Codea 450 gr	1,99
456030	S/Codea 650 gr	2,09
390368	S/Codea Integral	2,49
456029	Enriq. Com cõdea	1,99
425003	Enriquecido Sem Codea	2,09

2146. Por sua vez, o documento BakeryDonuts708, sobre o assunto “*Alinhamento Geral PVP*” demonstra que a mesma tabela de PVP é enviada à Carrefour, podendo ler-se:

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

Tal como já falámos é intenção da Panrico proceder a um alinhamento geral de PVP nos principais SKU!

Junto envio ficheiro com os PVP sugeridos!

Contamos desde já com a vossa colaboração para que, já amanhã possamos ter estes preços no mercado!”

Panrico - Sugestão de Alinhamento PVP - Jan_06		
COD CARREFOUR	Descrição	PVP rec
DONUTS		
241592	DONUT GLACE PANRICO PACK 4	1,74
246706	DONUT 6	1,89
241591	DONUT CHOCOLATE PANRICOPACK 4	1,79
244958	DONUTS CREME CHOC PACK 2	0,99
244956	DONUTS CREME PAST PACK 2	0,99
245804	AMERICAN DONUTS RECHEADOS CREME CACAU	0,99
245803	AMERICAN DONUTS RECHEADOS DE CREME	0,99
248007	DONUT X-TRA MILK 2 UN	0,99
249733	DONUTS LIGHT 4	1,99
DONETTES		
247507	DONETTES CRUNCHY	1,29
241589	DONETTES CHOCOLATE	1,29
BOLLYCAO		
240961	BOLLYCAO 67 GR	0,69
246221	BOLLYCAO COM LEITE 67 GRS	0,69
248571	BOLLYCAO BALANCE 1	0,69
249819	BOLLYCAO PEPITAS 1	0,69
244795	MINI BOLLYCAO 90 GRS	0,99
241588	BOLLYCAO 4 TRADICIONAL	2,49
246220	BOLLYCAO COM LEITE PACK4	2,49
248570	BOLLYCAO BALANCE 4	2,49
249820	BOLLYCAO PEPITAS 4	2,49
MANHÁZITOS		
247642	MANHÁZITOS 8	2,99
248634	MANHÁZITOS COM LEITE 8	2,99
PÃO DE FORMA		
240289	PAO FORMA INTEGRAL PANRICO 600GR	
241582	PAO FORMA PANRICO PEQUENO 310 G	1,24
240290	PAO FORMA PANRICO SANDWICH 600 G	1,59
240291	PAO FORMA INTEGRAL PANRICO 360 G	1,59
240292	PAO FORMA PANRICO FAMILIAR 850 G	1,89
230293	PAO FORMA HOTELARIA PANRICO 1KG	2,49
250793	PAO FORMA INTEGR 7 CEREAIS PANRICO 360G	
249196	PÃO BRANCO FIBRAS COM CODEA	1,89
249805	PÃO BRANCO FIBRAS S/CODEA	2,09
246955	PAO DE FORMA SEM CODEA 450 GRS	1,99
246956	PAO DE FORMA INTEGRAL SEM CODEA 350 GRS	2,49
247927	PÃO SEM CODEA ENRIQUECIDO 450 GR	2,09
248894	PÃO SEM CODEA FAMILIAR - 650 GR	2,09
248932	PÃO COM CODEA ENRIQUECIDO - 475 GR	1,99
BOLARIA DE PÃO		
240288	FRANKFURTS PANRICO 6 PAES	1,24
241579	BURGUER SESAMO PANRICO 4 PAES	1,24

2147. Ora, da leitura de ambos os documentos, constata-se que os PVP enviados às duas insígnias concorrentes é exatamente o mesmo e, adicionalmente, que os PVP praticados pela Auchan, nos termos dos talões de compras enviados ao concorrente Dia, a 3 de janeiro de 2006, estão em total consonância com os valores concertados e pretendidos (cf. documento BakeryDonut840):



2148. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a Auchan estaria alinhada, acompanhando o movimento conjunto entre insígnias de nivelamento de PVP, revelando, assim, evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nas condutas descritas, nos termos que lhe foram imputados.

2149. Relativamente ao documento BakeryDonuts618, já *supra* referido no parágrafo 1066, o mesmo refere-se a um alinhamento de data 2 de novembro de 2004, relativo ao PVP do produto pão sem còdea, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts solicita que a loja de Alverca da Auchan siga o referido alinhamento, fornecendo, para os devidos efeitos, o respetivo PVP – “Peço a tua colaboração para que neste dia o PVP esteja alinhado”

Confirma com um Reply deste mail, sff!. O colaborador da Auchan confirma expressamente o acompanhamento do alinhamento: *“ok [Confidencial – Dados Pessoais], já está carregado o PVP”*.

2150. Ora, face à adesão expressa à solicitação da KAM da Bimbo Donuts, o argumento da Auchan de que não fica demonstrado que a Auchan tenha efetivamente seguido o PVP indicado pelo fornecedor, não se poderá considerar procedente, tanto mais tratando-se de um argumento puramente teórico e especulativo, sem adesão ao conteúdo da prova, ao qual não se poderá sobrepor. A convergência de vontade da Auchan advém da própria resposta expressa ao *email* enviado pela KAM da Bimbo Donuts. Face ao exposto, o referido documento demonstra que a Auchan estabelecia com a Bimbo Donuts as data de implementação de determinados PVP previamente concertados com o fornecedor e, através deste, com as demais insígnias no mercado.

2151. O documento BakeryDonuts642 demonstra um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP, nos termos do qual a Bimbo Donuts comunica à Auchan qual o PVP do produto Donuts 4 a ser praticado pela Pingo Doce e que, pela leitura do referido documento, não seria o PVP que a Auchan entendia estar a ser praticado, vindo o fornecedor esclarecer a questão:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

de acordo com o vendedor, o Donuts 4 está no PD a 1,69€.

1,55€ é o preço do Donuts Light!

Não tenho forma de lhe fazer chegar um talão de compra hoje, mas na 3ª feira envie-lhe um! De qualquer fora, se puder subir o PVP já para amanhã agradeço!”

2152. A solicitação do fornecedor é acolhida pela Auchan, tendo a visada, de facto, aderido ao movimento do PVP no pressuposto da informação recebida pelo fornecedor:

“Já subi o pvp para amanhã...”

2153. Relativamente ao documento BakeryDonuts907, a Auchan alega que este *“evidencia uma vez mais a sua conduta autónoma e independente”*. No entanto, da respetiva leitura constata-se que uma loja da Auchan estaria a praticar PVP abaixo do PVP pretendido, informando a KAM da Bimbo Donuts ao seu ponto de contacto na MCH:

“Já falei com o Jumbo e amanhã o preço de Bolly 1 na loja estará corrigido para 0,69.”

2154. Ou seja, constata-se, de facto, um desvio ao PVP alinhado, por parte da Auchan, mas também a sua correção no dia seguinte, na sequência de intervenção do fornecedor.
2155. Similarmente, no que ao documento BakeryDonuts744 diz respeito, a visada alega que este demonstra que uma loja da Auchan estaria *“uma vez mais, a praticar um preço diferente do pretendido pela Bimbo Donuts”*, estando a loja *“desalinhada dos preços em questão”*.
2156. Ora, não obstante o referido desvio, a KAM da Bimbo Donuts garante ao seu ponto de contacto no Dia que *“[q]uanto ao Jumbo de Alfragide, já averiguamos o que se passa e amanhã os PVP estarão corrigidos”*.
2157. Assim, ao invés do alegado pela Auchan, o que os referidos documentos demonstram é, não obstante a existência de alguns desvios ao PVP alinhado, a abertura da Auchan para conversações com o fornecedor sobre os preços a praticar, nas quais a prática de concertação e nivelamento dos PVP é discutida e, segundo a prova, acatada.
2158. Da leitura do documento BakeryDonuts1122 sobre o assunto *“FW: Novos PVP’s Auchan Set 2008.xlsx”*, pode ler-se que, a 1 de setembro de 2008, a Bimbo Donuts comunica a uma colaboradora da Auchan: *“A partir de hoje temos nova tabela de preços. Envio-lhe tabela de PVP’s que pretendemos ter regulada em todos os nossos clientes (já com códigos Syrius)”*, tendo a colaboradora respondido, no dia 23 de setembro: *“Vou alterar para amanhã”*.
2159. Mais uma vez, a Auchan alega que do referido documento não se retira que os preços tivessem sido efetivamente marcados, tendo a resposta da colaboradora o *“fim de tranquilizar o fornecedor”*. Não obstante, e tal como já referido ao longo da presente Decisão, o teor deste documento, analisado à luz da globalidade da prova, não permite sustentar aquela interpretação, demonstrando, ao invés, que a Auchan acedeu à solicitação do fornecedor, contribuindo, assim, para o nivelamento de PVP no mercado, pelo que a convergência de vontades da Auchan advém da própria resposta ao *email* enviado pela Bimbo Donuts.
2160. Sem prejuízo do exposto, a Autoridade entende ainda que este documento deve ser lido em conjunto com os documentos BakeryDonuts1105, BakeryDonuts974 e BakeryDonuts1199.

2161. Relembre-se, assim, o teor do documento BakeryDonuts1105, de 26 de agosto de 2008, nos termos do qual a KAM da Bimbo Donuts envia a seguinte mensagem à sua equipa:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 26 de agosto de 2008 18:50
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: FW: PVP's_Set_08.xls

Meus caros,

Como sabem vamos subir tabela na proxima 2ªfeira.

Temos um novo alinhamento de preços previsto tambem para a proxima semana e com este não podemos brincar de forma nenhuma... Durante o mês de Setembro controlem à risca **todos** estes preços. Vamos receber shoppings diários e não podem haver falhas da vossa parte.

Comecem já a falar com as lojas Jumbo e Leclerc e marquem esta subida já para o inicio da proxima semana.

Duvidas ou ajuda que precisem, liguem.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2162. Em anexo a este documento consta uma tabela com os PVP a implementar num conjunto de produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts, a qual é idêntica à tabela enviada a 1 de setembro de 2008 (cf. documento BakeryDonuts1122), com a diferença de a primeira incluir um sortido maior de produtos.

2163. Também o documento BakeryDonuts974, de 23 de setembro de 2008, permite refutar a alegação da Auchan relativa ao facto de o documento BakeryDonuts1122 se referir somente a uma loja. Como se constata da análise do documento BakeryDonuts974, o mesmo alinhamento de PVP pretendido para setembro de 2008 foi partilhado com a loja de Alfragide da Auchan, a qual, segundo a Bimbo Donuts, apesar de alguns desvios, “*sempre colaborou com a Panrico nestas situações*”. Aliás, o próprio colaborador da Auchan, apesar de no documento em concreto se queixar ao fornecedor dos desvios aos PVP, admite: “*Sempre que somos solicitados, cumprimos o que está definido, para o dia que está definido, e o resultado é que algum dos nossos concorrentes não alinha, o que faz com que estejamos + caros nas análises internas*”.

2164. Destarte, e tal como desenvolvido *infra*, o facto de se estabelecerem comunicações com diversas lojas da Auchan relativas a PVP e de se fazer o respetivo acompanhamento

loja a loja, não é suscetível de afastar a conclusão de que a visada Auchan participa na concertação de PVP descrita na presente Decisão⁶⁴⁵.

2165. Finalmente, lembre-se que, do teor do documento BakeryDonuts1199 sobre o assunto "Shooping 24 de Setembro 2008", resulta que, não obstante algumas lojas da insígnia Auchan se encontrarem desviadas do movimento conjunto de alinhamento de PVP, há ainda a referência a produtos em que se encontra "tudo ok" (a praticar os PVP concertados), sem qualquer referência a exceções da Auchan.

2166. Assim, a análise destes documentos em conjunto permite compreender que o "novo alinhamento" previsto para o mês de setembro de 2008, tal como solicitado pela KAM da Bimbo Donuts estava, de facto, a ser comunicado às insígnias, com vista à promoção de um nivelamento horizontal de PVP, tendo a visada Auchan dado a conhecer ao fornecedor o seu consentimento com o posicionamento do PVP pré-fixado, assim como a data em que a loja em questão iria implementar os mesmos (cf. documento BakeryDonuts1122).

2167. O documento BakeryDonuts203, de 30 de março de 2012, revela que a Bimbo Donuts acordou com a central da visada Auchan uma ação promocional a implementar nas respetivas lojas, sendo que algumas não estariam a praticar o PVP acordado. Refere a KAM da Bimbo Donuts à colaboradora da Auchan: "Estes preços deveriam estar bloqueados de central. Garanta-me que para amanhã dia 31 está tudo ok".

2168. A colaboradora da Auchan confirma que "[a] partir de amanhã está no sistema". Posteriormente, ainda no dia 30, a KAM remete a referida troca de emails à sua equipa, solicitando internamente:

"Boa tarde,

Dentro das possibilidades tentem rectificar hoje loja a loja".

2169. Não obstante, e ao contrário do que é alegado pela Auchan, de que o referido documento é demonstrativo da sua "política comercial descentralizada", a Autoridade considera que o mesmo evidencia, tal como melhor desenvolvido *infra*, que a central

⁶⁴⁵ Aliás, como se verá, o teor dos vários documentos analisados a este propósito demonstra que o fornecedor percebe a dialética no relacionamento com esta insígnia, envolvendo interações centralizadas com a empresa de distribuição e, depois, acompanhamento no terreno, loja a loja, do cumprimento do alinhamento combinado.

impõe às lojas os PVP a praticar nas ações promocionais em vigor e que, conseqüentemente, existe um controlo, por parte do grupo, dos preços praticados pelas lojas.

2170. O facto de a KAM da Bimbo Donuts solicitar à sua equipa que se tente retificar os preços loja a loja, simplesmente demonstra que a negociação dos PVP é feita ao nível da central e o acompanhamento dos PVP é feito loja a loja, pois é na loja que os PVP se aplicam.

2171. Os documentos BakeryDonuts654 e BakeryDonuts612 demonstram que a Auchan é, efetivamente, informada pela Bimbo Donuts acerca da correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes.

2172. Recorde-se o teor da prova. Pode, assim, ler-se a seguinte mensagem, de 15 de junho de 2006, sobre o assunto “PVP Manhazitos 8”, enviada pela KAM da Bimbo Donuts a um colaborador da Auchan (BakeryDonuts612):

“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],

O Continente já subiu PVP de Manhãzitos 8. Podes subir também.

550964 - Manhãzitos Choco 8 - para 2,59€

601028 - Manhãzitos Leite 8 - para 2,59€”

2173. Dois meses passados, é enviada a seguinte mensagem para dois colaboradores da Auchan, sobre o mesmo assunto:

“Bom dia,

solicito que seja alterado o vosso PVP de Manhãzitos Choco 8 e Leite 8 para 2,59€.

A Sonae já alterou o preço e enviei o talão com o vosso conhecimento por fax!”

2174. Não obstante a Auchan alegar que a Autoridade recorre às suas conclusões de uma forma “criativa”, o mero contexto literal do documento permite corroborar as conclusões alcançadas. Veja-se:

2175. Ao referir que a Sonae “já” alterou o preço, está implícito que (i) em momento anterior ao do referido *email*, 2,59€ não era o PVP a ser praticado por aquela insígnia, (ii) a Auchan saberia dessa circunstância, tendo informado o fornecedor da referida situação

e (iii) a Auchan não estaria a praticar o PVP 2,59€ na venda dos produtos Manhãzitos Choco 8 e Leite 8.

2176. Mais, através da referência ao envio do talão de compra comprovativo, constata-se, uma vez mais, que o fornecedor cumpre o seu papel de *hub* no alinhamento do mercado. Através do referido envio denota-se a expectativa de um reposicionamento de PVP por parte da Auchan, expectativa essa corroborada na realidade e na relação estabelecida entre as partes (cf. documentos BakeryDonuts657 e BakeryDonuts613).

2177. O documento BakeryDonuts181, de 7 de julho de 2011, sobre o assunto “*shopping donuts*”, evidencia que a Auchan, após realizar ações de controlo e monitorização de PVP da insígnia concorrente Pingo Doce, constatou que os PVP praticados na venda dos produtos Donuts Bombom Branco, Donuts 4 e Donuts Bombom 4 não seriam os “corretos”, tendo sinalizado essa situação ao fornecedor.

2178. O fornecedor responde, podendo, assim, ler-se na sua resposta:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Passei no Pingo doce para verificar o que se passava com o pvp dos donuts.

Na realidade o PVP está correcto, como pode verificar no recibo que envio em anexo.

O que se passava era que as etiquetas estavam erradas, por isso quando iam fazer shopping tiravam os pvps errados, mas esta situação já foi corrigida.

Agradeço que na sua loja faça a correcção desses pvps.”

2179. Em anexo, o colaborador da Bimbo Donuts envia um talão de compra dos produtos mencionados, todos com o PVP de 2,49€.

2180. Ora, contrariamente ao alegado pela Auchan, o referido documento não evidencia qualquer negociação de condições comerciais, mas sim um simples reporte de desvio que, analisado à luz globalidade da prova, demonstra um pedido de reposicionamento de PVP, de forma a garantir o nivelamento pretendido, demonstrando o precedente de atuação e a expectativa de tal conduta por parte da Auchan.

2181. Mais demonstra o esforço do fornecedor junto daquela insígnia para demonstração da incorreção do *shopping* desta, com vista a levá-la a corrigir a reação ao PVP da Pingo Doce.

2182. Similarmente, o documento BakeryDonuts168, trocado entre os mesmos intervenientes e datado de 22 de novembro de 2011, sobre o assunto “*pvp donuts bombom*” versa, novamente, sobre o PVP do produto Donuts bombom.

2183. Da referida leitura, ao contrário do documento BakeryDonuts181, que retrata um erro de *shopping*, o teor do documento BakeryDonuts168 demonstra que a Auchan, mais uma vez, numa ação de monitorização de PVP terá detetado um desvio ao PVP concertado, sinalizando o referido desvio ao fornecedor, o qual diligenciou junto da insígnia desviante de modo a que esta reposicionasse o seu PVP, enviando um talão comprovativo do (re) alinhamento:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Tal como lhe prometi fui o Minipreço corrigir a etiqueta dos donuts. Em anexo envio cópia da factura com o pvp correto.

Desde já agradeço que faça a correção na sua loja.”

2184. Destarte, e face ao contexto global da prova e ao facto de não resultar do documento quaisquer negociações comerciais, é razoável concluir que existe o precedente e a expectativa que a Auchan reposicione o seu PVP, de modo a garantir o alinhamento horizontal do mesmo.

2185. Relativamente ao documento BakeryDonuts163, sem prejuízo do referido *supra* no parágrafo 1153 da presente Decisão, a leitura do documento demonstra que, pela comunicação “*temos todo o mercado a alinha[r] o pvp para 2,59€*”, a visada Auchan é, efetivamente, informada pelo fornecedor sobre o posicionamento não só atual mas também futuro dos seus concorrentes, sendo, destarte, detentora de informação que potencia a transparência, bem como a convergência de atuações comerciais estratégicas, nomeadamente a determinação do PVP a praticar.

2186. Informa-se, na prática, qual o PVP implementado e a implementar pela concorrência, não sendo discutidos quaisquer outros fatores comerciais relevantes para efeitos de comercialização do produto face ao novo preço de tabela.

2187. É, assim, razoável concluir pelo envolvimento da Auchan nas condutas descritas, nos termos que lhe foram imputados.

2188. Relativamente à conversação n.º 33, a Auchan alega desconhecer o contexto completo dos documentos que a integram (documentos BakeryDonuts596, BakeryDonuts611, BakeryDonuts624, BakeryDonuts632, BakeryDonuts638, BakeryDonuts639, BakeryDonuts651, BakeryDonuts652), referindo que dizem respeito apenas a uma loja da Auchan, não podendo ser ignorada a política descentralizada de preços da visada, frisando, ainda, o facto de os documentos se circunscreverem a um período limitado de dias, sendo, assim, incapaz de provar um infração cometida de forma permanente.

2189. Ora, da análise dos documentos mencionados, constata-se que o seguinte *email* é enviado a cinco lojas da Auchan (Alfragide, Alverca, Amoreiras, Castelo Branco, e Cascais):

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Enviada: 6 de fevereiro de 2006 18:55
Para: Auchan Alfragide - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]
Assunto: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

na próxima 4ªfeira - 8/Fevereiro vamos proceder a um alinhamento geral e PVP, alinhamento este já confirmado por Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce.

Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo de Alfragide para que o dia **8/Fev** os preços dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod SIRIUS	Designação	PVP
1870	Donuts Glace (4)	1,74
647845	Donuts Light (4)	1,99
594112	Bollycao Balance (1)	0,74
1860	Bollycao Clássico (1)	0,69
1850	Bollycao Clássico (4)	2,49
361034	Mini Bollycao	0,84
550964	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 8)	2,99
601028	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	2,99
1815	Burger Sésamo (4)	1,09
19054	Hot Dogs (6)	1,09
1824	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,19
1827	Pão de Forma Sandwich (600g)	1,59
1831	Pão de Forma Integral (360g)	1,49
653417	Pão de Forma Branco Fibras sem Còdea	2,09
512493	Pão de Forma sem Còdea Branco (450g)	1,99
561352	Pão de Forma s/ Còdea Enriquecido	1,95

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico]

2190. A leitura da referida conversação e, em concreto, do documento BakeryDonuts638 evidencia que a loja de Castelo Branco aderiu ao movimento dos PVP no pressuposto da informação recebida, não obstante ter, posteriormente, detetado desvios ao alinhamento, o que levou a que a voltasse a descer parte dos PVP previamente concertados, como meio de reação ao incumprimento do alinhamento:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: 13 de Fevereiro de 2006 11:03
Para: '
Cc: L
Assunto: RE: Panrico - Alinhamento

Boa tarde
veja abaixo os meus comentários!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----

From:
Sent: segunda-feira, 13 de Fevereiro de 2006 11:03
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Cc:
Subject: RE: Panrico - Alinhamento
Importance: High

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
verifiquei que o [] procedeu às alterações solicitadas para dia 8 de
Fevereiro, mas o seu trabalho foi em vão porque no shopping de dia 9 teve de
voltar a baixar parte dos pvp's por incumprimentos das outras insignias.
Em baixo coloquei os pvp's detectados a 9 de Fevereiro e qual a(s) loja(s) -
Fico a aguardar compensação pela não rentabilidade.
Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: segunda-feira, 6 de Fevereiro de 2006 18:52
Para:
Cc:
Assunto: Panrico - Alinhamento

Boa tarde

na próxima 4ªfeira - 8/Fevereiro vamos proceder a um alinhamento geral e PVP, alinhamento
este já confirmado por Sonae; Feira Nova; Dia9 e Pingo Doce.

Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo de Castelo Branco para que o dia 8/Fev os preços
dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod SERSUS	Designação	PVP	
1870	Donuts Glace (4)	1,74	
647945	Donuts Light (4)	1,99	1,89€ - MODELO E P.DOCE [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - PVP mínimo definido posteriormente
594112	Bolycão Balanco (1)	0,74	0,59€ - MODELO E P.DOCE [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - PVP mínimo definido posteriormente
1860	Bolycão Clássico (1)	0,69	0,59 € - MODELO E P.DOCE [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - PVP mínimo definido

1

posteriormente

1850 Bolycão Clássico (4) 2,49 2,39€ - MODELO [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - Sonae alinhou para 2,49€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shopping

361034 Mini Bolycão 0,84
550964 Manteigas Bolycão CC (Pack 8) 2,99
621028 Manteigas Bolycão Leite (Pack 8) 2,99

1815 Burger Sésamo (4) 1,09

19054 Hot Dog (6) 1,09 0,74 € - P.DOCE [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - Pingo Doce alinhou para 1,09€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shopping

1824 Pão de Forma Pequeno (310g) 1,19 1,14€ - MODELO [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - PVP mínimo definido posteriormente

1827 Pão de Forma Sandvich (600g) 1,59 1,49€ - P.DOCE [[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: []] - Pingo Doce alinhou para 1,59€ a nível nacional! Pode confirmar novamente o seu Shopping

1831 Pão de Forma Integral (360g) 1,49
653417 Pão de Forma Branco Fibras sem Glúten (450g) 2,09
512493 Pão de Forma sem Glúten Branco (450g) 1,99
561352 Pão de Forma w/ Glúten Enriquecido 1,95

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2191. Adicionalmente, sobre o mesmo alinhamento, vejam-se os *emails* enviados para a loja de Cascais da Auchan (cf. documento BakeryDonuts652):

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |
Enviada: 9 de fevereiro de 2006 10:09
Para: Auchan Cascais - [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
Assunto: Panrico - Alinhamento

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

[aqui vai de novo o alinhamento de preços! Ontem Pingo Doce subiu para estes Preços. Manhãzitos 8 não estão em linha no Pingo Doce!](#)

[Sobe isto para amanhã, sff!](#)

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

-----Original Message-----

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: segunda-feira, 6 de Fevereiro de 2006 19:02
To: Auchan Cascais -
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Panrico - Alinhamento

Boa tarde [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

O Continente Cascais tem já os preços de que falámos alinhados! Amanhã o entrega-te um talão, de hoje, com os preços!!!

Para a próxima 4ªfeira temos mais um alinhamento confirmado com Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce.
 Assim sendo, solicito a colaboração do Jumbo de Cascais para que o dia **8/Fev** os preços dos seguintes SKU sejam alinhados:

Cod SIRIUS	Designação	PVP
1870	Donuts Glace (4)	1,74
647845	Donuts Light (4)	1,99
594112	Bollycao Balance (1)	0,74
1860	Bollycao Clássico (1)	0,69
1850	Bollycao Clássico (4)	2,49
361034	Mini Bollycao	0,99
550964	Manhãzitos Bollycao CC (Pack 8)	2,99
601028	Manhãzitos Bollycao Leite (Pack 8)	2,99
1815	Burguer Sésamo (4)	1,09
19054	Hot Dogs (6)	1,09
1824	Pão de Forma Pequeno (310g)	1,19
1827	Pão de Forma Sandwich (600g)	1,59
1831	Pão de Forma Integral (360g)	1,49
653417	Pão de Forma Branco Fibras sem Còdea	2,09
512493	Pão de Forma sem Còdea Branco (450g)	1,99
561352	Pão de Forma s/ Còdea Enriquecido	1,95

Posteriormente se tiveres que responder algum shopping responde apenas se o shopping tiver data posterir a 8/Fev, certo?

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2192. Da sua leitura constata-se que a informação veiculada pela Bimbo Donuts referente aos PVP praticados por insígnias concorrentes (MCH e Pingo Doce) é um fator determinante para a adesão da Auchan ao posicionamento de PVP definido.

2193. Ademais, o pedido do fornecedor – “[p]osteriormente se tiveres que responder algum shopping responde apenas se o shopping tiver data posterior a 8/Fev, certo?” – corrobora a opção de envolver o fornecedor no exercício de definição dos PVP, uma vez que a Bimbo Donuts solicita à visada que esta, ao invés de reagir autonomamente ao preço que entender, reaja apenas a PVP com data posterior a 8 de fevereiro, ou seja, a PVP que não estejam a acompanhar o movimento acordado.

2194. Ora, da análise da referida conversa é perfeitamente perceptível o respetivo contexto, em que, mais uma vez a Auchan, de forma plenamente consciente, adere ao movimento conjunto entre insígnias de alinhamento (e subida) de PVP.

2195. Por fim, não se pode considerar, tal como alegado pela Auchan, que por se referir a uma loja específica da Auchan, este documento não poderia demonstrar o envolvimento da visada, uma vez que o que este documento evidencia, conforme melhor desenvolvido *infra*, é que a definição conjunta dos PVP envolve a Auchan, sendo, depois, loja a loja que o fornecedor realiza o acompanhamento do cumprimento dos PVP.

2196. Finalmente, a circunstância de os documentos em causa dizerem respeito somente a alguns dias não afasta a sua aptidão para demonstrar o envolvimento da Auchan nos termos descritos na presente Decisão, uma vez que, face à globalidade da prova, é demonstrada a natureza (reiterada e, por isso,) permanente da conduta, bem como que inexistem elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado.

2197. Concluindo, os documentos que integram a conversa n.º 33 revelam evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos comportamentos que lhe são imputados.

2198. Relembre-se o conteúdo dos documentos que integram a conversa n.º 154⁶⁴⁶, os quais evidenciam a adesão, por parte da loja de Alverca da Auchan, ao movimento conjunto entre insígnias de concertação de PVP, sendo a participação da visada no entendimento de vontades explícita e clara (cf. documento BakeryDonuts613):

⁶⁴⁶ Relembra-se que a conversa n.º 154 inclui os documentos BakeryDonuts610, BakeryDonuts613 e BakeryDonuts614.

De: [CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Enviada: 24 de março de 2005 14:09

Para: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:**

Cc: **[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:** ;[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]
[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia às 09.00 estaremos na concorrência - Dia / Carrefour / Continente / Feira Nova a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência - ou seja no dia seguinte e após verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento.

Cumprimentos a todos,

[CONFIDENCIAL – Dados pessoais]

2199. A sua simples leitura evidencia, assim, que a Auchan faz parte da concertação de PVP e é sua intenção que o nivelamento pretendido seja, de facto, adotado e acompanhado por todas as insígnias, constatando-se que, além de confirmar que aderirá ao alinhamento, monitorizará o seu cumprimento por parte dos seus concorrentes, alertando o fornecedor:

“Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

(...)

Por nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento”.

2200. Em resposta, o NAM da Bimbo Donuts tranquiliza o colaborador da Auchan, garantindo:

“Agradeço desde já a vossa colaboração e venho apenas confirmar aquilo que a [Confidencial – Dados Pessoais] já lhe transmitiu, ou seja, temos de facto a hipótese de no dia 31 termos os preços regularizados com todas as Cadeias. Aquilo que lhe garanto é que nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvps de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com vocês.”

2201. Por fim e como tem vindo a reafirmar-se, não se pode considerar, tal como alegado pela Auchan, que por se tratar de uma loja específica da Auchan, este documento não poderia demonstrar o envolvimento da visada, uma vez que o que este documento evidencia, conforme melhor desenvolvido *infra*, é que a definição conjunta dos PVP envolve a Auchan, sendo, depois, loja a loja que o fornecedor realiza o acompanhamento do cumprimento dos PVP.

2202. Finalmente, a circunstância de os elementos probatórios em análise terem mais de 15 anos não afasta a aptidão dos mesmos para demonstrar o envolvimento da Auchan nos termos descritos na presente Decisão, uma vez que, face à globalidade da prova, a prática foi mantida ininterruptamente, inexistindo elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado.

2203. Relativamente à conversação n.º 156⁶⁴⁷, ao contrário do alegado pela Auchan, todas as empresas de distribuição aí mencionadas estariam a praticar PVP mais baixos do que o desejado, intervindo, assim, a Bimbo Donuts, no sentido de promover a subida dos referidos preços, de modo transversal.

2204. Conforme já referido, o facto de os preços definidos não estarem, em dada altura, a ser praticados, transversalmente, por todas as empresas de distribuição não afasta o carácter ilícito da sua implementação.

2205. Em segundo lugar, constata-se, pela leitura dos referidos documentos, a comunicação indireta entre as insígnias Auchan e Pingo Doce, através do fornecedor. Na verdade, num primeiro momento, a Bimbo Donuts comunica à Auchan o “**alinhamento geral de PVP em 4 artigos de “guerra” da Panrico, alinhamento esse ao qual as insígnias Dia%, Sonae e Feira Nova já aderiram!**”. Dias passados, o colaborador da Auchan alerta para um desvio na insígnia Pingo Doce:

“Boa tarde,

no shopping de hoje foi detectado o Donuts de 4 a 1,49€ - Pingo Doce.

Agradeço comentários”

⁶⁴⁷ A conversação n.º 156 inclui os documentos BakeryDonuts630, BakeryDonuts636 e BakeryDonuts637.

2206. Em resposta, a KAM garante:

*“Bom dia [Confidencial – Dados Pessoais],
o Pingo Doce garantiu que hoje já tem o Donuts a 1,69€.
Obrigado pela informação!”*

2207. Ora, a conversação em análise evidencia que, ao invés de se afastar do movimento de subida de PVP entre insígnias, a Auchan alerta para um desvio na loja da Pingo Doce e, ao contrário do alegado pela visada, não existe aqui qualquer pedido de melhores condições comerciais a serem implementadas. Informado o desvio, a Auchan refere que “*agradece comentários*” e, no dia seguinte, o fornecedor esclarece que o alinhamento é restaurado. Assim, após ter sido avisado pela Auchan do desvio de PVP por uma insígnia concorrente, o fornecedor diligencia junto da empresa desviante no sentido de promover novamente o alinhamento, tendo alcançado o resultado pretendido, dando, por fim, essa mesma nota à insígnia Auchan.

2208. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP e o facto de a visada Auchan ter manifestado adesão ao posicionamento de PVP pré-fixado, assim como ter procedido a ações de monitorização de cumprimento dos mesmos PVP e de reporte de desvio(s) de concorrente(s) com vista à respetiva correção.

2209. O documento BakeryDonuts121 permite concluir que a Auchan acede aos pedidos de correção de desvios que lhe são dirigidos pela Bimbo Donuts, reposicionando o PVP de acordo com o alinhamento pretendido:

From:
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

2210. A leitura do documento transcrito demonstra que (i) a Auchan, através do seu *shopping* detetou que a loja de Coimbrões da Pingo Doce não estaria a vender o produto Donuts Glace 4 a um PVP de 2,59€; (ii) tendo sinalizado o fornecedor desse desvio no alinhamento; (iii) confrontado com esta informação, é razoável concluir que o fornecedor entra em contacto com a Pingo Doce com vista a que a insígnia reposicione o PVP; (iv) a Bimbo Donuts é bem sucedida, uma vez que no documento em análise se constata que é enviado um talão de compras da referida loja com o PVP desviado corrigido; (v) em simultâneo ao envio, o fornecedor solicita que a Auchan corrija, assim, o seu próprio desvio (reação em resposta ao Pingo Doce), assegurando o reposicionamento de PVP pretendido; (vi) a Auchan adere e informa o fornecedor da data em que o reposicionamento ocorrerá.

2211. Concluindo, o documento BakeryDonuts121 revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos comportamentos que lhe são imputados.

2212. Relativamente ao documento BakeryDonuts649, de 17 de janeiro de 2005, em que se lê a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para a Auchan: “*Pão S/Codea 450Gr – anda pelas ruas da amargura com um PVP de 1,29€. O Carrefour está com o produto a 1,59€ e o dia a 1,69€. Peça que alinhe para 1,59€, sff*”, não podem deixar de ler-se, também, alguns documentos que revelam a sequência dos acontecimentos.
2213. Destarte, da leitura dos documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts618 e BakeryDonuts647 resulta que (i) em outubro de 2004 o PVP do referido produto surge como fruto de um movimento de subida de PVP entre insígnias (1,99€), cujo acompanhamento é confirmado pela visada Auchan (cf. documentos BakeryDonuts662 e BakeryDonuts618) e que (ii) em dezembro de 2004, é comunicado um novo PVP para o mesmo produto, 1,59€, sendo expressamente referido que este PVP é o “*preço do Carrefour e Dia Minipreço*” (cf. documento BakeryDonuts647).
2214. Assim, sem prejuízo de não existir uma resposta por parte da Auchan ao documento BakeryDonuts649, ficou demonstrado que a Bimbo Donuts trabalha em conjunto com a Auchan e respetivas lojas no sentido de alinhar PVP dos seus produtos, constando do acervo probatório, em certas situações (inclusivamente em relação ao produto em causa, meses antes, conforme decorre dos documentos BakeryDonuts662 e BakeryDonuts618), a adesão expressa da Auchan, o que demonstra o precedente de atuação desta visada e a expectativa da mesma conduta.
2215. Relembre-se, ainda, nesse sentido o documento BakeryDonuts613, de 24 de março de 2005, nos termos do qual se constata mais uma subida conjunta de PVP entre insígnias para o referido produto (1,99€), subida esta à qual a Auchan adere.
2216. Quanto ao documento BakeryDonuts631, este não pode igualmente ser apreciado sem se ter em consideração a globalidade da prova, pois, se de uma primeira leitura parece resultar que uma loja da Auchan não acompanhou um alinhamento de PVP agendado para os primeiros dias de fevereiro de 2006, sendo informada pelo fornecedor que insígnias concorrentes “*têm estes PVP já alinhados*”, dias passados constata-se que a mesma loja aderiu ao referido movimento conjunto de subida de PVP entre insígnias (cf. documento BakeryDonuts638: “*verifiquei que o [Confidencial – Dados Pessoais] procedeu às alterações solicitadas para dia 8 de Fevereiro, mas o seu trabalho foi em vão porque no shopping de dia 9 teve de voltar a baixar parte dos pvp’s por incumprimento das outras insígnias*”).

2217. Na verdade, o facto de algumas lojas Auchan se desviarem do posicionamento concertado não afasta a ilicitude, a culpa ou a punibilidade inerente aos comportamentos descritos na presente Decisão imputados à visada Auchan, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junta aos autos de que esses desvios ocorram por indicação da visada Auchan.

2218. O documento BakeryDonuts625, de 15 de junho de 2005, evidencia, mais uma vez, o acompanhamento loja a loja que é feito pelo fornecedor relativamente à insígnia Auchan. Na realidade, quando lido em conjunto com o documento BakeryDonuts623, constata-se que os colaboradores da loja das Amoreiras já sabiam que em março de 2005 fora definido um alinhamento geral de PVP e que, em específico, o PVP de 1,49€ a vigorar para o produto Pão 600 gr era um “*PVP mínimo*”.

2219. Destarte, existindo nos autos elementos probatórios que demonstram que certas lojas da Auchan aderiram ao alinhamento de março (cf. documento BakeryDonuts613), quando, da leitura do documento BakeryDonuts625, se lê o pedido “*peço-te que alinhes o PVP Pão 600 gr que está em todo o mercado a 1,49€*”, não é razoável concluir que o desvio identificado ocorra por indicação da visada Auchan.

2220. Também o documento BakeryDonuts603, de 1 de setembro de 2005, evidencia um pedido de reposicionamento de PVP referente ao produto Pão Sem Codêa 450grs, podendo ler-se a seguinte mensagem para os colaboradores da loja de Alfragide da Auchan: “*solicito o alinhamento do PVP do Pão S/Codea 450Gr para o PVP geral que está no mercado! Este produto faz parte do alinhamento geral definido em Março e todas as cadeias estão alinhadas a 1,99€. Caso contrario contactem-me, pf!*”.

2221. Ora, além de os colaboradores da referida loja da Auchan saberem que o PVP em causa faz parte de um alinhamento geral de PVP, o facto de o mesmo se encontrar desviado não permite concluir que este se deva a um afastamento propositado ao alinhamento ou até a uma recusa de adesão. Na verdade, da leitura do documento BakeryDonuts604, de 2 de maio de 2005, pode ler-se a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para os colaboradores da referida loja Auchan:

“Boa tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

tal como falámos esta tarde, os PVP a alterar são:

561352 - Enriquecido Sem Codea para 1,79€ (minimo)

653417 - Fibras Sem Codea para 1,79€ com 30% desconto”

2222. Fica, assim, demonstrado a abertura da Auchan para a realização de contactos onde esta prática é discutida, no caso, relativamente aos mesmos produtos, uns meses antes, o que evidencia o precedente/expectativa deste tipo de atuação com a Auchan.
2223. Circunstâncias ainda mais corroboradas quando, da leitura do documento BakeryDonuts965, de 23 de setembro de 2008, se lê a seguinte mensagem da Bimbo Donuts para a Auchan: *“como sabe aumentámos a tabela a 1 Setembro e estamos desde essa data a tentar nivelar preços no mercado de forma a manter as margens dos nossos clientes. O Jumbo Alfragide sempre colaborou com a Panrico nestas situações. Na semana passada a loja subiu todos os preços mas na 6ª feira alguns deles baixaram sem razão aparente. O meu Account [Confidencial – Dados Pessoais] já falou com o [Confidencial – Dados Pessoais] sobre esta situação mas mais uma vez apelo à colaboração da loja para isto, e para que amanhã tenhamos estes preços corrigidos”*.
2224. O teor do documento BakeryDonuts1138 permite concluir que a Bimbo Donuts e a Auchan discutem, entre si, o movimento conjunto de subida de PVP entre insígnias e o respetivo modo de adesão: *“Tem em anexo a factura da Lidl de Gaia, com os artigos com o preço correcto (igual ao que lhe solicitamos). A primeira premissa que lhe prometi está cumprida, de tarde envio o shopping do Mini Preço de Gaia, de forma a que tenha tempo para alinhar os preços para amanhã”*.
2225. Em anexo é igualmente enviada uma tabela de PVP e dada a indicação de não alinhamento, durante o fim-de-semana, do produto Donuts 6+2 em virtude de ação promocional em vigor. Nada no referido documento evidencia que a Auchan não tenha conhecimento do alinhamento de PVP no mercado, muito pelo contrário – a própria linguagem do documento demonstra que fora um tema já debatido entre as partes,
2226. Da leitura do documento BakeryDonuts1170, de 15 de abril de 2009, ao contrário do que é alegado pela Auchan, não é evidenciada nenhuma negociação de condições comerciais. Do teor do referido documento resulta o envio da Auchan ao fornecedor de uma tabela de *shopping* dos PVP praticados em lojas da MCH durante o período de 9 a 14 de abril (1,29€), em resposta, a Bimbo Donuts esclarece *“[c]onfirmo agora com algumas lojas Continente e o PVP está a 1,74€. Este PVP de 9 de Abril é de acção de fim de semana”*.

2227. Ora, não existe qualquer negociação de condições comerciais, nem responde a Auchan de forma autónoma aos PVP praticados pelos seus concorrentes, mas, pelo contrário, interpela o fornecedor visando explicações (e correções) para os PVP sinalizados.

2228. Relativamente ao documento BakeryDonuts147, ao contrário do que é alegado pela Auchan, é esta visada a destinatária da seguinte mensagem:

“Bom tarde [Confidencial – Dados Pessoais],

Peço-lhe que faça a correcção do pvp dos seguintes artigos:

Artigo: Donuts 6

Cód. Sirius: 459236

PVP recomendado: 2,89€

Artigo: Pão forma 600g + 40%

Cód. Sirius: 603986

Pvp recomendado: 1,74€

Garanto-lhe que na próxima segunda-feira vamos estar com estes pvps em todas as cadeias.

Desde já agradeço a sua colaboração.”

2229. O teor do documento evidencia a ausência de discussão e negociação referente aos PVP a praticar pela Auchan, resultando explícito que serão os mesmos a ser praticados pelas insígnias concorrentes da visada. Não obstante não constar dos autos uma resposta por parte da Auchan, e uma vez que, face à globalidade da prova, inexistem elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado, é razoável concluir que o documento demonstra mais um movimento conjunto de subida de PVP entre insígnias e uma definição conjunta de PVP envolvendo também a Auchan e respetivas lojas.

2230. O documento BakeryDonuts648, por sua vez, demonstra a adesão da Auchan num movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Enviada: 1 de fevereiro de 2006 16:02

Para: Auchan Cascais -

.

Assunto: FW: Panrico - Alinhamento PVP

Boa tarde

tal como falámos ontem Pingo Doce e Dia% vão alinhar PVP.

O Pingo Doce já alinhou preços hoje e Dia%, Sonae e Carrefour alinham para amanhã!

Assim, agradeço desde já a colaboração do Jumbo de Cascais no sentido do alinhamento dos seguintes PVP, para amanhã:

1870 - Donuts 4 - 1,74€

1850 - Bollycao 4 - 2,49€

1827 - Pão 600gr - 1,59€

Enviei agora, por fax um talão comprovativo do Pingo Doce!

Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2231. Da referida leitura resulta a abertura da Auchan para a discussão com a Bimbo Donuts do alinhamento de PVP dos produtos do seu *portfolio*, sendo a visada também informada relativamente à adesão dos seus concorrentes ao alinhamento.

2232. Na verdade, o referido documento BakeryDonuts648 deve ser lido em conjunto com o documento BakeryDonuts726, nos termos do qual a Bimbo Donuts, a 30 de janeiro de 2006, partilha com o seu ponto de contacto no Carrefour os mesmos PVP que deverão entrar em vigor dia 2, informando ainda que “[t]ambem Auchan, Sonae e Feira Nova se comprometem com o nivelamento!”

2233. Esta apreciação de factos leva a AdC a formar a convicção de que a visada Auchan tem o propósito de participar, participando efetivamente, na prática investigada, manifestando à Bimbo Donuts a sua concordância com o posicionamento futuro de PVP e a sua intenção de alinhar com as restantes insígnias num movimento de subida conjunta de PVP, sendo igualmente informada sobre a adesão das restantes insígnias ao alinhamento⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Condição regularmente reclamada por este tipo de visadas para aderirem ao alinhamento.

2234. Da leitura do documento BakeryDonuts14, de 23 de maio de 2013, fica demonstrado que (i) a Auchan e Bimbo Donuts já teriam, previamente ao envio do *email*, acordado que seria enviada uma tabela de PVP, com vista a promover o seu reposicionamento (“*assim como tínhamos combinado envio os produtos para corrigir os pvp’s*”) e que (ii) a Auchan era informada dos PVP praticados pelos seus concorrentes (“*estes foram os pvps que alteramos hoje (dia 23 de Maio) no e.leclerc. Agradeço a correção dos pvps recomendados na sua loja*”).
2235. Analisado o documento, face à globalidade da prova, é razoável concluir que os PVP referidos não são, na verdade, preços recomendados, mas sim verdadeiros PVP e que a Auchan, “*tal como combinado*”, teria aderido ao movimento de concertação dos mesmos, obtendo a garantia de que o seu concorrente Leclerc já estaria a praticar os mesmos preços. Ora, constata-se assim que não são comunicados PVP distintos, que permitissem as insígnias a concorrer pelo preço, mas sim precisamente os mesmos PVP, promovendo, assim, o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts.
2236. Relativamente ao documento BakeryDonuts606, ao contrário do que a visada Auchan alega, da sua leitura não se retira qualquer antecipação de negociação de quaisquer condições comerciais de *sell-in* referentes ao produto Pão sem cêdea 450 grs.
2237. Lendo-se o documento em conjunto com o documento BakeryDonuts595, constata-se que, em 23 de março de 2005, o mesmo colaborador da Auchan foi informado que no dia 31 de março desse ano estaria definido um alinhamento geral de PVP, relativamente ao qual Dia, Sonae e Feira Nova já tinham aderido. O PVP do produto pão sem cêdea 450 grs também fazia parte do plano de alinhamento, sendo o seu “*PVP mínimo*” 1,99€.
2238. Ora, no documento BakeryDonuts606, é possível ler-se a seguinte mensagem, de 10 de maio de 2005, do mesmo colaborador da Auchan para a KAM da Bimbo Donuts: “*Hoje fiz shopping ao Continente e eles têm o Pão Forma s/cêdea 450grs a 1,89. Veja-me o que se passa*”. É, assim, possível concluir que o colaborador estava a sinalizar um desvio da MCH ao PVP previamente concertado, solicitando que esta averigue (com a insígnia desviante) o motivo para tal desvio, ao invés de solicitar condições comerciais de *sell in* mais vantajosas para a Auchan ou ao invés de, simplesmente, responder ao PVP praticado pela sua concorrente, competindo com o mesmo no mercado.

2239. O documento BakeryDonuts1103, de 15 de dezembro de 2008, no qual se pode ler a mensagem interna (Bimbo Donuts): “*Alerto pvp do dokyo na Sonae, auchan faz amanhã shopping, se situação não ficar resolvida de hoje para amanhã vamos ter os Jumbos a responder na Quarta-feira*”, deve ser lido em conjunto com documentos que revelam a sequência dos acontecimentos.
2240. Para o efeito, da leitura dos documentos BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1059 e BakeryDonuts1072, de 24 de agosto, 2 de outubro e 5 de novembro de 2008, respetivamente, constata-se que nivelamento do PVP pré-fixado para o produto Bollycao Dokyo estaria a ser problemático.
2241. O teor dos documentos BakeryDonuts1059 e BakeryDonuts1072 demonstram o desagrado a MCH relativamente a essa situação, tendo o fornecedor alcançado a seguinte solução: “*Vou retirar o Dokyo de linha de todas as lojas, peço-lhe sem falta que na 3ª feira o Dokyo esteja a 2,69 tal como o resto do mercado onde permanecerá à venda*”.
2242. Não obstante o alinhamento de PVP do referido produto se demonstrar problemático, não poderá colher a alegação da Auchan de que nenhum elemento do documento BakeryDonuts1103 “*ou do restante acervo probatório indicia sequer que este preço fosse um preço previamente acordado ou sequer o preço recomendado pela Bimbo Donuts*”.
2243. A prova junta aos autos demonstra precisamente o contrário, tal como resulta do documento BakeryDonuts1253, de 27 de novembro de 2008, nos termos do qual a Bimbo Donuts questiona o motivo pelo qual a loja de Gaia da MCH está a praticar um PVP de 1,98€ para o produto Dokyo, ficando demonstrando que o referido PVP surge como uma resposta de *shopping* aos PVP praticados por certos concorrentes.
2244. Entre esses concorrentes encontra-se a loja da Arrábida da Auchan, relativamente à qual o fornecedor informa que estarão “*corrigidos para amanhã. Amanhã envio-lhe talões das correcções de Jumbo de Arrabida*”.
2245. Destarte, fica demonstrado que a Auchan tinha, pelo menos em 27 de novembro de 2007, conhecimento de que o PVP que estaria a praticar não seria o correto, assentido na correção do mesmo. Circunstância pela qual a leitura do documento BakeryDonuts1103 não pode ser realizada sem a referida contextualização, não sendo

verdade que se estaria, eventualmente, perante uma resposta autónoma a PVP praticados por concorrentes.

2246. Tanto assim é que o próprio fornecedor diz “*se a situação não for resolvida*”, leia-se, se a MCH não corrigir os seus PVP para o nível pré-definido, a Auchan, em resposta, baixará igualmente os seus PVP.

2247. Relativamente ao documento BakeryDonuts634, de 16 de setembro de 2005, é possível ler a seguinte resposta do colaborador da loja de Castelo Branco da Auchan a um pedido de reposicionamento do PVP de Manhãzitos 8 para 2,79€: “*Os preços que pratico são devido ao acompanhamento dos nosso shopping feito no dia 15 ao Pingo Doce, como tal só vou rectificar depois de verificar se eles efectivamente subiram ou não, o que eu duvido que façam*”.

2248. Não obstante admitir-se que a referida resposta, caso terminasse na explicação de que os PVP constituíam uma reação a *shopping*, pudesse configurar *per se*, uma resposta competitiva no mercado, a verdade é que o resto do texto demonstra qual o verdadeiro intuito da Auchan – o de (re)alinhar os PVP apenas quando a insígnia desviada corrigir o desvio (o que, nas palavras da Auchan “*o que eu duvido que façam*”). O seja, mesmo neste caso, a prova permite identificar evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordantes para sustentar a imputação dos referidos comportamentos à Auchan.

2249. No mesmo sentido, em primeiro lugar, deverá relembrar-se o teor do documento BakeryDonuts663, de 15 de setembro de 2005, sobre o assunto “*Alinhamento PVP*”, enviado para o Carrefour, nos termos do qual é também solicitado à referida insígnia que esta reposicione o PVP dos Manhãzitos 8 para 2,79€, informando ainda que “*[o]s Manhãzitos 8 estão com este PVP em todo o mercado*”.

2250. Constata-se, assim, que o PVP de 2,79€ para Manhãzitos 8 é, de facto, o PVP pré-fixado, sendo as insígnias desviadas informadas sobre a necessidade do seu reposicionamento.

2251. A Auchan também sabe que está perante um pedido de reposicionamento de PVP, com vista a promover a manutenção do alinhamento. Recorde-se, a título de exemplo, o teor do documento BakeryDonuts617, de 27 de agosto de 2005, nos termos do qual é solicitado a um colaborador da Auchan que “*alinhe o PVP de Manhãzitos 8 para os*

valores da concorrência” (2,79€), tendo este último confirmado o seu reposicionamento, alertando, no entanto, que ainda se verificavam situações de desvios no mercado.

2252. Ora, a diferença para o documento BakeryDonuts634 é que, aparentemente, neste caso a Auchan não acede imediatamente ao pedido do fornecedor (por não entender verificadas as condições para o efeito). Não obstante, a prova em causa, lida em cotejo com os demais elementos, não permite concluir que a Auchan se tenha, de facto, afastado da prática *sub judice*.

2253. A comunicação descrita evidencia que a Auchan adotou um determinado comportamento em consequência da identificação e sinalização de desvios ao PVP concertado e da incapacidade do fornecedor de repor a situação do mercado conforme pretendido, com o intuito de pressionar o fornecedor.

2254. Por fim, relembre-se o teor do documento BakeryDonuts628:

De:

Enviada: 16 de novembro de 2005 09:48

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Cc:

Assunto: Alinhamentos de PVP

Importância: Alta

Bom dia [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

de toda a vossa gama existem dois artigos que me têm dado imensos problemas de rentabilidade, e dos quais já falamos algumas vezes.

O Pingo Doce tem à venda desde dia 04 de Junho a 1,79€, os Burgers de 4 e os Hot Dogs de 6.

Existem três soluções viáveis para resolver este problema:

- Que da vossa parte seja feita pressão sobre este grupo no sentido de nivelar os pvp's
- Que seja dada uma promoção constante à nossa loja, de forma a que nos seja rentável trabalha-los
- Retirar estes dois artigos de linha, dando exclusividade à Marca Própria e à Bimbo

Agradecia que ponderasse esta situação e me desse uma resposta com soluções, de forma a ultrapassar-mos esta questão sem percas para nenhuma das partes.

Com os melhores cumprimentos,

2255. Não obstante a Auchan alegar que nada no referido documento “*permite inferir que envolve um preço previamente acordado. Trata-se antes de uma questão de rentabilidade*”, uma interpretação e um sentido não excluiu os outros.

2256. A referida mensagem revela, expressa e textualmente, que o propósito da ação exercida pela Auchan sobre o fornecedor é obter a sua cooperação para o “*nivelamento de PVP*” pela concorrente Pingo Doce e o (re)posicionamento do mercado conforme previamente concertado.
2257. Da mesma forma, a exigência de condições financeiras à Bimbo Donuts como forma de sustentar a decisão descer o PVP para os níveis da concorrência, transfere o risco associado à atividade retalhista para o fornecedor, constituindo sobre este um forte índice de pressão para garantir um (re)posicionamento e (re)alinhamento do mercado de acordo com o nível pretendido.
2258. Relativamente ao documento BakeryDonuts616, a Auchan alega que este demonstra o seu “*distanciamento ao preço indicado pela Bimbo Donuts*”. Após uma reapreciação do documento, a Autoridade considera procedente a alegação da Auchan de que o preço adotado pela loja em causa se situa abaixo do preço comunicado pela Bimbo Donuts, pelo que se considera que, neste caso específico, o documento não permite sustentar suficientemente a respetiva imputação à Auchan.
2259. Relativamente ao documento BakeryDonuts169, da sua leitura constata-se que é enviado à Auchan um talão de compra da Pingo Doce do produto Pão sem Cêdea Especial Torrada. Refere o colaborador da Bimbo Donuts: “*Como pode verificar o pão está a 2,39€ (e o pingo doce praticar o mesmo preço em todas as lojas). É provável que a pessoa que fez o shopping tenha apontado o preço do pão sem cêdea 450g, esse sim a 1,99€, que nesta loja estão lado a lado*”.
2260. Ora, não obstante não existir nenhum *email* anterior ou posterior ao documento transcrito, o mesmo, analisado à luz da globalidade da prova não permite concluir que estariam a ser discutidas ou negociadas condições comerciais. Evidencia-se, sim, que a Auchan realizou uma ação de *shopping* e passou a informação referente a um produto em específico. Sem prejuízo do exposto, a Autoridade considera que o real contexto do documento não resulta claro, pelo que neste caso específico, a respetiva imputação à Auchan não resulta suficientemente sustentada⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ Sem prejuízo do exposto, a Autoridade considera que o mesmo documento mantém a sua relevância probatória para efeitos de imputação da prática à Bimbo Donuts, uma vez que é razoável concluir, com base no mesmo

2261. Face ao exposto, a Autoridade forma, assim, a sua convicção de que a Auchan partilha com a Bimbo Donuts as suas intenções futuras em matéria de PVP (cf. documentos BakeryDonuts618, BakeryDonuts613, BakeryDonuts605, BakeryDonuts744, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts121), a Bimbo Donuts transmite essa informação a insígnias concorrentes, de modo a concretizar o alinhamento pretendido (cf. documentos BakeryDonuts738, BakeryDonuts726, BakeryDonuts776, BakeryDonuts744, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts125), a Auchan implementa os PVP previamente concertados (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts617, BakeryDonuts638, BakeryDonuts974, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts125, BakeryDonuts118) e corrige os desvios ao posicionamento concertado (cf. documentos BakeryDonuts657, BakeryDonuts642, BakeryDonuts738, BakeryDonuts744, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts121, BakeryDonuts293).

2262. Do exposto resulta provada a aquiescência por parte da Auchan relativamente a uma concertação de PVP e a implementação pela Auchan de PVP previamente concertados, ou seja, a participação da Auchan na definição concertada de PVP descrita no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão.

2263. A Autoridade conclui, deste modo, pela improcedência dos argumentos de defesa identificados nas alíneas *vii)* a *xi)* do parágrafo 2070 da presente Decisão.

2264. Relativamente à alegada recusa expressa da Auchan em aceitar recomendações de PVP, a Autoridade faz notar que os documentos referidos pela Auchan para sustentar a alegação se referem, na verdade, a documentos associados ao comportamento sobre o controlo e monitorização e sobre a correção de desvios, em que é possível descortinar que a Auchan estará desviada do posicionamento de PVP concertado, utilizados pela visada para concluir que esse desvio consubstancia uma recusa expressa em alinhar com o mercado.

elemento probatório, que face a um possível desvio verificado em insígnia concorrente, o fornecedor, sinalizado pela Auchan, foi inteirar, junto da Pingo Doce, o motivo para o alegado desvio, confirmando-se, uma vez mais, o seu papel de *hub*, facilitador na troca de informação entre as insígnias e na promoção de alinhamento dos PVP dos seus produtos no mercado.

2265. A Autoridade entende – e demonstrou nos capítulos precedentes – que essa conclusão é excessiva e infundada, considerando que o contexto que é estabelecido pela globalidade da prova indica que: (i) a Auchan adota comportamentos que contribuem para a definição concertada de PVP, (ii) os desvios em causa poderão dever-se a motivos absolutamente alheios à concertação, (iii) a prova indicia que os desvios em causa foram, em regra, corrigidos pela Auchan, pois muitos outros foram-no, nos termos referidos e analisados na presente Decisão; (iv) é normal que se verifiquem ocasionalmente desvios à concertação, sem que tal signifique que esta não tenha existido e que a Auchan nela não tenha participado, tal como a prova revela.

2266. A título de exemplo, note-se que o documento BakeryDonuts121 revela um desvio da Auchan, fruto do desvio de PVP na Pingo Doce, o qual foi corrigido, comunicado posteriormente à Auchan, resultando da leitura do documento que a Auchan confirma corrigir e alinhar o seu posicionamento.

2267. Recorde-se, também, o documento BakeryDonuts85, o qual evidencia a sinalização, por parte da MCH, de alguns desvios ao PVP concertado por parte de lojas Auchan (entre outras insígnias), mas também que a MCH, ao reportar esses desvios ao fornecedor, revela o precedente e a expectativa deste tipo de atuação com a Auchan, corroborado pela resposta da Bimbo Donuts:

“Em relação aos Auchan’s e aos Leclerc’s os preços são descentralizados e não consigo ter acesso a todos os pvp’s. Se poder enviar-me o seu shopping amanhã está tudo resolvido.”

2268. Semelhante conclusão é extraída da leitura do documento BakeryDonuts789. Na verdade, não obstante ser sinalizado, por uma colaboradora do Feira Nova, um desvio na loja de Aveiro da Auchan, o fornecedor esclarece que:

“Do alinhamento que foi feito na semana passada, todas as insígnias subiram o PVP do pão 310 para 1,09, à exceção de algumas lojas Carrefour.

Hoje é possível que hajam já algumas lojas que tenham desalinhado para o PVP do Feira Nova, dado que não alinhámos no dia certo!”

2269. Face ao exposto, é razoável concluir que primeiramente houve, de facto, por parte da Auchan (e de todas as insígnias), o cumprimento do PVP concertado, seguido de um incumprimento em resposta a um desvio, posterior, por parte do Feira Nova.

2270. A Autoridade constata ainda que não corresponde à verdade que decorra da Nota de Ilícitude ou, mesmo, da prova junta aos autos que a visada Auchan não define PVP de forma centralizada.

2271. No auto de inquirição junto ao processo a fls. 8699 a 8701, lê-se o seguinte a propósito do funcionamento interno da insígnia Auchan:

“Quem negocia preços de compra (sell-in) e demais condições comerciais com fornecedores é o gestor de produto, que está na sede [visada Auchan]. Tem várias funções, nomeadamente a negociação das condições de compra. Quem compra o produto é a loja, nos termos das condições negociadas pela central [visada Auchan]”.

“Sempre que um artigo é criado de novo (lançamento), por exemplo Sagres Chope, o primeiro preço carregado no sistema é o preço recomendado do fornecedor, uma vez que a ficha de produto não pode ser criada sem preço de venda, o preço de venda ao consumidor (PVP). Antes de enviar a informação para loja, e carregado o pvp, por norma era carregado o preço recomendado pelo fornecedor”.

“Questionado sobre o procedimento de formação de preços, referiu que a sede da Auchan carrega os preços no sirius e as lojas fazem a encomenda diretamente ao fornecedor. O fornecedor entrega diretamente a cada uma das lojas”.

“Referiu que é o chefe secção da loja que imprime as etiquetas, a partir do sirius”.

2272. No mesmo auto de inquirição, lê-se ainda o seguinte: *“Questionado sobre a possibilidade de os pvps introduzidos no sistema sirius pela sede ficarem “trancados”, o Declarante esclareceu que é possível, trata-se de uma funcionalidade informática que pode ser ativada na sede da Auchan pelas assistentes administrativas que introduzem as condições na ficha de cada produto. Nessas circunstâncias, as lojas deixam de poder alterar o pvp dos produtos. A este respeito, o Declarante esclareceu que tal sucedia mais frequentemente em folhetos promocionais”.*

2273. Com base nestes elementos é razoável concluir que é efetivamente a visada Auchan (designada de sede ou central) que negocia com os fornecedores as várias condições comerciais associadas ao negócio de compra e venda que subjaz à relação comercial fornecedores-insígnias, incluindo os aspetos relacionados com os PVP.

2274. É ainda razoável concluir que a visada Auchan transmite o resultado dessa negociação às lojas através do sistema informático designado *Sirius*, incluindo os PVP

(independentemente de os PVP comunicados às lojas se tratarem de simples recomendações ou do resultado de uma concertação de PVP entre insígnias através do fornecedor), tendo a possibilidade de impedir as lojas de alterar os PVP que constam do *Sirius*.

2275. O acompanhamento, pelo fornecedor, da implementação do alinhamento dos PVP era, esse sim e em regra (embora com exceções), nos termos acima descritos, efetuado loja a loja desta insígnia.

2276. Estas conclusões são consentâneas com o que ficou demonstrado pelos elementos probatórios: que a Bimbo Donuts ora contactava a central, ora estabelecia contactos diretos com as lojas Auchan na implementação da fixação dos PVP a vigorar entre as insígnias, podendo por essas duas vias serem fixados e alterados os preços praticados pela Auchan.

2277. Neste sentido veja-se o teor dos documentos BakeryDonuts44, BakeryDonuts203, BakeryDonuts78, BakeryDonuts228 e BakeryDonuts91.

2278. Nos termos do documento BakeryDonuts44, fica demonstrado que a visada Auchan (central) solicita às lojas que as mesmas corrijam os PVP em vigor (no caso, para baixa), após negociação de condições de folheto com a Bimbo Donuts. Veja-se o *email*, em anexo ao documento BakeryDonuts44, enviado pela central para as lojas:

From:
Sent: 2 de abril de 2013 11:09
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico
Subject: FW: Baixa preços artigos folheto Panrico

De:
Enviada: terça-feira, 2 de Abril de 2013 11:08
Para: _ChefesSeccaoDoce; _RespSeccaoPADoce
Assunto: Baixa preços artigos folheto Panrico

Bom dia.
No folheto que se iniciou ontem temos o Pão de Forma s/códea Panrico integral a 1.99€ e o Pão de Leite Panrico 4 Unidades a 0.79€.

Negociamos com a Panrico um reforço de promocionais, e a partir de manhã vamos ter os seguintes preços!

710059	PÃO DE FORMA S/CODEA PANRICO-INTEGRAL 450GR			1.69
1120098	PÃO DE LEITE PANRICO:4 UN 140GR			0.6

Dado que se trata de uma rebaixa de PVP's, não é necessário errata, devem apenas substituir os cartazes.

Boas vendas

2279.No mesmo sentido, veja-se o documento BakeryDonuts203, de 30 de março de 2012, sobre o assunto “*Acção ECR – Preços carregados de sede*”, cujo teor permite constatar que a Central tem, de facto, a capacidade de bloquear PVP no âmbito de uma ação promocional:

[Bimbo Donuts] – “*(...) Estes preços deveriam estar bloqueados de central. Garanta-me que para amanhã dia 31 está tudo ok*”.

[Auchan] – “*A partir de amanhã está no sistema*”

[Bimbo Donuts (interno)] – “*Dentro das possibilidades tentem rectificar hoje loja a loja*”.

2280.Relativamente ao documento BakeryDonuts78, de 26 de outubro de 2011, sobre o assunto “*URGENTE: Shopping Bollycao Classic 4*”, nos termos do qual é internamente (Bimbo Donuts) solicitado a correção de desvios, pode ler-se:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 26 de outubro de 2011 10:33
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Subject: URGENTE: Shopping Bollycao Classic 4

Bom Dia,

Preciso que resolvam estas situações com a maior brevidade possível:

2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO GUIIMARAES	25-10-2011	2,99
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	25-10-2011	2,99
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	LECLERC FAFE	25-10-2011	3,09
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO VISEU	25-10-2011	3,1
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO AMADORA	25-10-2011	3,1
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO-CASTELO BRANCO	25-10-2011	3,1
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	LECLERC BRAGA	25-10-2011	3,13
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	LECLERC VIANA CASTEL	25-10-2011	3,13
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	PÃO AÇUCAR GUARDA	25-10-2011	3,14
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	PÃO AÇUCAR EIRAS	25-10-2011	3,14
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	JUMBO-SETUBAL	25-10-2011	3,14
2564354	DONUTS GLACÉ 6 UNI.	LECLERC- CALDAS	25-10-2011	3,14

Confirmem os PVP's e se estiverem todas as lojas a 3,15€ preciso dos talões de compra. Só se estiverem a 3,15€.

Vou pedir ajuda na Central com as lojas Auchan mas também preciso da vossa ajuda nas lojas.

Falem com as lojas e tentem perceber porque é que estão a reagir e a que lojas, sff.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Key Account Manager

2281. Relativamente aos PVP desviados nas lojas Auchan, destaca-se a menção relativa ao pedido à central, no sentido de promover a correção dos mesmos: *“Vou pedir ajuda na Central com as lojas Auchan mas também preciso da vossa ajuda nas lojas”*.
2282. Também da leitura do documento BakeryDonuts228, de 11 de janeiro de 2012, sobre o assunto *“Urgente – Shopping Auchan: retificar”*, resulta a referência à central da Auchan, no sentido de promover a correção de PVP sinalizados como desviados:
- “Vou enviar mail para a central (Auchan) a pedir para rectificarem esas 3 situações a partir de dia 13 de Janeiro.”*
2283. Por fim, a possibilidade de correção dos PVP praticados pelas lojas ser feita pela central resulta, também, da leitura do documento BakeryDonuts91, de 20 de outubro de 2010, sobre o assunto *“FW: shopping Panrico”*, uma vez que, após a MCH ter enviado uma tabela comparativa de *shopping*, o KA da Bimbo Donuts dá a seguinte nota à sua equipa:
- “Bom dia colegas,*
- Vejam pf estas situações para não estarmos todas as semanas a analisar shopping e sempre a apagar fogos. Vocês quando vão às lojas vêem que os preços não estão correctos alterem proactivamente e se precisarem da minha ajuda eu tento na central. O shopping é como um vírus que se vai alastrando... acho que já tinha dito isto.”*
2284. Com efeito, o que se extrai das conversações refletidas nos referidos documentos é que a Bimbo Donuts estabelece comunicações relativas à concertação de PVP com a central (i.e. a visada Auchan) e com as lojas, fazendo o acompanhamento da implementação dos PVP loja a loja, o que demonstra que a definição conjunta dos PVP envolve Auchan e respetivas lojas.
2285. O facto de a Bimbo Donuts fazer um acompanhamento da implementação dos PVP *“loja-a-loja”* não é suscetível de afastar a conclusão de que a visada Auchan participa na concertação dos PVP descrita na presente Decisão.
2286. É, na verdade, o que sucede em todos os casos, independentemente da insígnia em causa. A negociação dos PVP é feita ao nível das centrais e o acompanhamento dos PVP é feito loja a loja, pois é na loja que os PVP se aplicam.

2287. Sem prejuízo do exposto, a própria estrutura societária do grupo Auchan não invalida a conclusão a que se chega, uma vez que as lojas a que os elementos probatórios fazem referência são lojas Auchan, subsidiárias da visada Auchan⁶⁵⁰.

2288. Destarte, sendo as lojas subsidiárias da visada Auchan e face aos elementos que da prova se extraem, nomeadamente (i) o facto de competir à central negociar as condições de compra dos produtos, (ii) a capacidade da central de bloquear e impor às lojas os PVP a praticar através de ações promocionais e (iii) a capacidade da central de verificar e retificar os PVP praticados pelas lojas, de modo a garantir o alinhamento horizontal dos PVP, torna evidente a existência de laços de interdependência entre central e lojas, pelo que a responsabilidade contraordenacional em causa não poderá deixar de recair sobre a visada Auchan.

2289. Mas mais, como explicado anteriormente, o facto de lojas Auchan se desviarem do posicionamento de PVP previamente concertado também não afasta, por si só, a participação da visada Auchan na prática descrita na presente Decisão.

2290. Neste sentido, é também falso que a prova revele um desvio sistemático da Auchan face ao posicionamento de PVP previamente concertado, não obstante ser razoável concluir, com base numa apreciação global do acervo probatório dos autos, que a Auchan regista uma maior taxa de incidência de desvios quando comparada com a respetiva taxa de incidência nas restantes empresas de distribuição visadas concorrentes.

2291. O facto de algumas lojas imprimirem uma certa volatilidade à implementação pela insígnia dos PVP previamente concertados, não significa que a visada Auchan não tenha o propósito de participar, e não participe efetivamente, na prática investigada.

2292. Tão-pouco é suscetível de afastar a ilicitude, a culpa ou a punibilidade inerente aos comportamentos descritos na presente Decisão imputados à visada Auchan, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junto aos autos de que esses desvios traduzam um efetivo afastamento da visada da prática em causa.

2293. Cumpre, assim, lembrar que, como exposto em capítulos precedentes, a verificação de desvios no caso concreto constitui apenas um reflexo de uma “ambivalência

⁶⁵⁰ Cf. fls. 3982 a 3983 do processo (lista de lojas Jumbo/Pão de Açúcar) por oposição à fls. 3984 do processo (lista de lojas franchisadas).

genética” característica do mercado de retalho alimentar em Portugal, que pode explicar a existência de um jogo de alinhamentos e desvios, mas que não pode eliminar os comportamentos descritos na presente Decisão, tão-pouco justificar as conclusões que a AdC forma a seu respeito, com base na análise da prova (cf. parágrafos 893 a 915 e 1514 a 1519 da presente Decisão).

2294. Cumpre ainda lembrar que há motivos subjacentes à verificação de desvios que nada têm a ver com a recusa em alinhar com os PVP de mercado, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas ou da realização de determinadas ações promocionais.

2295. É a própria visada Auchan que refere na sua defesa que *“A existência de um acordo caracteriza-se pela verificação de uma concordância de vontades que se manifesta pelo paralelismo de comportamentos, sendo natural a existência de desvios em situações concretas, em que um dos membros desse cartel pretende captar clientela, alcançar determinado mercado, etc..”* (cf. parágrafo 767 da PNI Auchan).

2296. Quanto à alegação de que a Auchan é alvo de pressões e retaliações reiteradas por parte da Bimbo Donuts e de insígnias concorrentes, a Autoridade salienta o seguinte:

2297. Em primeiro lugar, os documentos BakeryDonuts630, BakeryDonuts636 e BakeryDonuts637, que integram a conversaçãõ n.º 156, constituem exemplos de ações de monitorização, por parte da Auchan, após a comunicação pela Bimbo Donuts dos PVP concertados a vigorar no mercado, a qual sinaliza ao fornecedor PVP desviantes praticados pela Pingo Doce, sendo, posteriormente informada de que o desvio já teria sido corrigido, pelo que são suscetíveis de fundamentar que a própria Auchan exerce pressão sobre o fornecedor e, indiretamente, sobre insígnias concorrentes. Comportamentos de que alega ser vítima.

2298. Em segundo lugar a AdC não ignora a possibilidade de a Auchan ser alvo dessas ações de pressão e retaliação, designadamente quando tem PVP desviados. Aliás, descrevem-se na presente Decisão situações dessas, relativas à Auchan, mas também a outras insígnias.

2299. Os documentos BakeryDonuts631 e BakeryDonuts266 constituem exemplos de correção de desvios, nos termos documento BakeryDonuts266, a Bimbo Donuts solicita a um colaborador da Auchan, o qual assente, que este suba o PVP de Donuts4 de modo

a ficar “*alinhado com acções da concorrência*”. Do mesmo documento consta o reencaminhamento desta conversaç o a outro colaborador da Auchan pela Bimbo Donuts, com vista a persuadir este colaborador a seguir a mesma opç o na sua loja.

2300. Ainda que estes documentos n o aparentem constituir qualquer a o de press o ou retalia o reiterada por parte do fornecedor e de ins gnias concorrentes, j  que a Auchan parece assentir no realinhamento sem oposi o, mesmo que, em abstrato, pudessem ser interpretados dessa forma, isso em nada invalidaria a imputabilidade da conduta   Auchan, na medida em que apenas traduz o *modus operandi* de implementa o do alinhamento de PVP no mercado, nos termos que t m vindo a descrever-se exaustivamente.

2301. Em terceiro lugar, o documento BakeryDonuts1222, utilizado pela Auchan para sustentar a sua alega o, constitui exemplo de a o de press o ou retalia o exercida pelo fornecedor contra a Auchan, sendo suscet vel de fundamentar a alega o de que a visada   alvo de press o pelo fornecedor, mas apenas isso, nos termos e contexto que acabam de descrever-se.

2302. Quanto aos documentos MCH1150 e MCH1151, cumpre clarificar que estes evidenciam exemplos de press o da MCH   Bimbo Donuts, pelo que s o insuscet veis de fundamentar a alega o de que a Auchan   alvo de press es reiteradas por parte de ins gnias concorrentes. Quando muito, tratar-se-  de press o indireta e a mesma reflete, conforme j  explicitado, o normal funcionamento da concerta o para implementa o de um alinhamento de PVP.

2303. Da leitura do documento BakeryDonuts1425 resulta o envio pela MCH   Bimbo Donuts de uma tabela comparativa de *shopping*, destacando lojas da Auchan com PVP desviado, referindo a MCH “*Aguardo o OK para reagir*”. N o fica, assim, demonstrada a press o exercida pelo fornecedor (ou indiretamente pela MCH)   Auchan, embora a mesma seja expect vel no quadro dos comportamentos que acabam de descrever-se.

2304. Por fim, quanto aos documentos BakeryDonuts1222 e MCH1120, estes documentos s o efetivamente suscet veis de fundamentar a conclus o de que as medidas adotadas pela Bimbo Donuts configuram verdadeiras a es de press o e retalia o.

2305. Sem preju zo, nem estes documentos mais expl citos, nem os demais que revelam alguma press o ou retalia o por parte do fornecedor ou, indiretamente, por parte de

outras empresas de distribuição face à Auchan, permitem concluir que esta visada era um alvo reiterado dessas medidas em virtude de uma recusa expressa em participar na concertação de PVP, adotando medidas concretas para dela se distanciar.

2306. Muito pelo contrário, como se demonstrou *supra*. As ações de pressão e retaliação ocorriam no contexto e por causa da correção de desvios e ocorriam em relação a qualquer insígnia desviante. Também aconteciam tanto por iniciativa do fornecedor, como por iniciativa das próprias insígnias, incluindo a Auchan. E o que a prova demonstra é que, em muitos casos, essas ações de pressão e retaliação tinham o resultado pretendido, levando à correção dos desvios que as motivaram, repondo por essa via o realinhamento dos PVP no mercado.

2307. Noutras situações as ações de pressão e retaliação não tinham sucesso e o realinhamento de PVP fazia-se, amiúde a expensas da comparticipação financeira do fornecedor às insígnias não desviantes, ao nível do preço desalinhado.

2308. A Autoridade conclui, deste modo, pela improcedência dos argumentos de defesa identificados nas alíneas xi) a xv) do parágrafo 2070 da presente Decisão, considerando improcedente a alegação de que a Auchan recusou expressamente participar na prática e adotou medidas concretas para dela se distanciar.

2309. Relativamente aos elementos probatórios de cariz alegadamente exculpatório, a Autoridade não pode aceitar, sem mais, as alegações que a Auchan faz nessa sede.

2310. Com efeito, analisam-se de seguida os documentos a que a visada atribui esse teor e as considerações da Autoridade sobre os mesmos:

- (i) Relativamente ao documento BakeryDonuts1082, o qual inclui uma conversaçãõ entre MCH e Bimbo Donuts, após a sinalizaçãõ de desvios ao PVP concertado em duas lojas Auchan e uma loja Lidl, a Auchan alega que “*as lojas Auchan praticam preços significativamente mais baixos do que a concorrência e do que o preço recomendado*” e que “*as lojas apresentam preços bastante diversos entre si, aqui se revelando mais uma vez a política descentralizada de pricing*”. No entanto, apesar de o referido documento demonstrar que, a determinada altura, duas lojas da Auchan (Coimbra e Santo Tirso) se encontravam desviadas do posicionamento de PVP pré-fixado, o mesmo documento também demonstra que, pelo menos, uma das lojas corrigiu o seu posicionamento: “*Pão açúcar*”

STriso-2.74€ - estava errado, mas foi corrigido na 5ªfeira. O talão foi enviado para a Sonae” e que, relativamente à outra loja a KAM da Bimbo Donuts já teria pedido para confirmar, o que demonstra o precedente deste tipo de atuação com a Auchan;

- (ii) Quanto aos documentos BakeryDonuts1191, BakeryDonuts1192 e BakeryDonuts1195, alega a Auchan que estes evidenciam “*a conduta autónoma e imprevisível da Auchan, praticando preços muito diversos dos recomendados*”. Ora, os documentos em análise evidenciam uma conversa interna (Bimbo Donuts) nos termos da qual são analisados os PVP em vigor no mercado, destacando-se os desvios identificados nas insígnias Dia, Auchan e Leclerc, podendo ler-se: “*Além do Dia. É para lá de inaceitável o que se está a passar com os Jumbo e Leclerc em geral. Falem com os KA para definitivamente resolverem as coisas*”. Adicionalmente, o diretor comercial da Bimbo Donuts solicita: “*Quero resultados e talões destas lojas para amanhã durante o dia: J.Alfragide; L.Algueirão; J.Gondomar; L.Famalicão*”. O teor da referida conversa evidencia que as lojas Auchan que se desviam corrigem o seu posicionamento, mesmo que não corrijam todas ao mesmo tempo, podendo, assim ler-se a resposta da KAM da Bimbo Donuts: “*J.Alfragide – a loja subiu todos os preços na 6ªfeira, mas na 2ªfeira voltou a baixar. Estamos sem fornecer. (...) J. Gondomar – amanhã está tudo ok*”, enviando, no dia seguinte, um talão comprovativo do reposicionamento de PVP por parte da loja de Gondomar da Auchan;
- (iii) Quanto ao documento BakeryDonuts1208, a Auchan alega, mais uma vez que “*a maioria das lojas Auchan praticavam um preço mais baixo do que o preço recomendado pela Bimbo Donuts*”, referindo que “*se existiram lojas que (licitamente) seguiram o preço recomendado pela Bimbo Donuts, fizeram-nos por recurso a meios próprios de marcação de preço e isoladamente*”. Ora, a leitura do referido documento demonstra estar em curso o acompanhamento de uma ação promocional a decorrer nas lojas Auchan e, não obstante ser feita referência ao facto de somente oito lojas estarem “*correctas*” e de as desviantes estarem a praticar PVP abaixo do desejado (o que contraria a afirmação da visada sobre a política de *pricing* dos 3%), a Autoridade considera que, neste

caso específico, o referido documento, não sendo, de todo, exculpatório no sentido que a visada alega, também não é suficiente para sustentar uma sua imputação;

(iv) Por fim, a Auchan alega que o documento BakeryDonuts41 “*consegue facilmente evidenciar que as lojas Auchan não seguiam os preços recomendados pela Bimbo Donuts, recusando-se a participar em quaisquer alegados esquemas colusivos*”. No entanto, e não obstante o referido documento evidenciar um desvio de PVP na loja da Auchan de Gaia (1,85€), este último revela igualmente que a loja de Alfragide da Auchan está alinhada com insígnias concorrentes, ainda que abaixo do posicionamento de PVP concertado (1,89€) (vejam-se, nesse sentido, os documentos BakeryDonuts222, BakeryDonuts226 e BakeryDonuts14 que demonstram que o PVP concertado para o produto Pão de Forma 9 cereais era de 1,95€).

2311. A AdC considera, assim, que os documentos *supra* mencionados não têm relevância e aptidão exculpatórias da conduta da Auchan, não bastando para a isentar de responsabilidade.

2312. Como se viu anteriormente, há motivos subjacentes à verificação de desvios que nada têm que ver com a recusa em participar na concertação de PVP.

2313. Para além disso, o que se observa é que, de uma maneira geral, as insígnias corrigem os respetivos desvios ao posicionamento concertado (cf. capítulo III.3.1.3.5 da presente Decisão) quando confrontadas para esse efeito.

2314. Não obstante, o facto de o acervo probatório registar uma maior taxa de incidência de desvios da Auchan quando comparada com as restantes empresas de distribuição visadas concorrentes será devidamente considerado para efeitos de determinação do grau de participação da visada, com a respetiva repercussão na subsequente determinação das sanções aplicáveis.

2315. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a Auchan participa ativamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

2316. Quanto à duração do envolvimento da Auchan na prática investigada, com base na matéria de facto provada na presente Decisão, a AdC forma a sua convicção de que a Auchan iniciou a sua participação na prática descrita, pelo menos, em 28 de outubro de 2004 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo – cf. documento BakeryDonuts662), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 9 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente – cf. documento BakeryDonuts120).

2317. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação do período em que a Auchan terá estado envolvida na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à visada, a AdC limitará a duração da prática imputável à Auchan ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor.

2318. Neste sentido, a AdC considerará que a Auchan esteve envolvida na prática investigada entre 23 de março de 2005 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento das visadas MCH e Pingo Doce – cf. documento BakeryDonuts667) e 28 de junho 2016 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1136).

2319. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.4 da presente Decisão, imputáveis à Auchan, concluindo, portanto no seu envolvimento direto na prática investigada, ainda que com um grau menor de participação relativamente a outras visadas (designadamente a MCH e a Bimbo Donuts).

III.3.4 Conclusões da matéria de facto

2320. Reapreciada a matéria de facto e a prova que lhe subjaz à luz das defesas apresentadas pelas visadas e dos resultados das diligências complementares de prova realizadas na fase de instrução, a Autoridade conclui pela manutenção da teoria do dano corporizada na Nota de Ilícitude, formando a sua convicção de que as empresas visadas adotaram comportamentos que, no seu conjunto, resultaram na existência de um longo e contínuo processo de fixação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

2321. Ao longo de mais de uma década, a MCH, a Pingo Doce e a Auchan socorreram-se do seu relacionamento com a Bimbo Donuts para, de forma indireta, mediante sucessivas trocas de informação através do fornecedor, concertar entre si os PVP dos produtos da Bimbo Donuts que praticavam, bem como o calendário para a respetiva implementação, promovendo o alinhamento do mercado.
2322. Tal processo de fixação, alinhamento e subida artificial dos PVP envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, através das quais a Bimbo Donuts obtém a adesão das insígnias relativamente a um determinado posicionamento futuro de PVP a ser implementado em determinada data por todas as empresas de distribuição de forma concertada.
2323. Analisando as referidas comunicações individualmente e de forma isolada (i.e., sem proceder à sua leitura no contexto jurídico e económico da prática), poder-se-ia concluir estar-se perante vários conjuntos de feixes verticais em que o fornecedor e as empresas de distribuição visadas concertam os PVP de determinados produtos, sendo certo que são esses os preços que o mercado pratica (ou irá praticar) num determinado momento.
2324. Tais comportamentos seriam em si mesmos, nos termos que se detalham *infra* no capítulo IV, ilícitos.
2325. Não é essa, no entanto, a leitura que melhor reflete e capta a realidade plasmada no acervo probatório junto ao processo.
2326. Do referido acervo probatório resulta provada a existência de uma ação concertada entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas que visa a fixação dos PVP dos produtos do fornecedor, com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
2327. A indicação ou determinação do nível de PVP a praticar no mercado de distribuição retalhista por parte do fornecedor (Bimbo Donuts), ou seja, a fixação vertical do preço, trata-se apenas de um elemento da prática concertada de fixação de PVP em que estão alegadamente envolvidas todas as empresas visadas com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e alinhamento no mercado.
2328. Neste sentido, a fixação vertical do PVP é instrumental da concertação para alinhamento horizontal do mesmo no mercado retalhista de base alimentar.
2329. Importa destacar que o presente processo não se trata de um caso isolado.

2330. Com efeito, já foram concluídos três processos contraordenacionais e estão em curso na AdC vários outros com contornos semelhantes de colusão horizontal com empresas de distribuição retalhista de base alimentar através de um fornecedor comum, em mercados relativos a categorias diversificadas de produtos de grande consumo.
2331. Parece tratar-se, pois, de um “*modus operandi*” mantido por empresas de distribuição ao longo de mais de uma década, que se alastra a uma multiplicidade de categorias de produtos por estas vendidos ao consumidor final.
2332. Importa, todavia, esclarecer que nenhum dos elementos de prova junto aos autos demonstra a ocorrência de qualquer troca de informação direta entre as empresas de distribuição visadas. O que se verifica são as empresas de distribuição visadas (as “*spokes*”) a utilizar o seu relacionamento vertical com o fornecedor para, através de sucessivos contactos com este e do envio de mensagens que este veicula entre as várias empresas de distribuição, promover a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado retalhista.
2333. É verdade que nada indica que as empresas de distribuição visadas, querendo, não pudessem ser livres de definir os PVP que praticam, inexistindo, nesse sentido, uma verdadeira imposição de PVP por parte do fornecedor.
2334. Não obstante, a prova demonstra que as insígnias colocam a sua liberdade de decisão ao serviço da realização do objetivo comum, definindo os PVP que vão praticar com base numa ação concertada que é influenciada pelo fornecedor e pelas respetivas concorrentes.
2335. Nesse sentido, as empresas visadas, fornecedor e insígnias, mantêm um controlo e uma monitorização premente sobre o cumprimento dos PVP concertados, sinalizando eventuais desvios, diligenciando no sentido da sua correção, exercendo pressão no sentido do alinhamento do mercado, retaliando quando tal não sucede (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6 da presente Decisão).
2336. Todos estes comportamentos revelam o compromisso das empresas participantes (fornecedor e empresas de distribuição visadas) com o plano de alinhamento dos PVP de mercado, bem como a conclusão de que a concertação de PVP é alcançada de forma livre, espontânea e esclarecida por todos os intervenientes.

2337. O fornecedor (Bimbo Donuts) funciona efetivamente como um “hub”, isto é, como o elo de ligação ou intermediário (no fundo, como um verdadeiro *pivot*) que é utilizado pelas diferentes empresas de distribuição visadas (“spokes”) para trocar a informação e assegurar que todas as empresas de distribuição concorrentes praticam um determinado PVP.

2338. É deste modo que se concretiza a fixação e o alinhamento dos PVP de mercado, na prossecução de um objetivo comum.

2339. A existência deste objetivo comum é evidenciada pela prova junta aos autos, pelo que não podem deixar de recordar-se as seguintes mensagens:

[Bimbo Donuts] *“Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais)”* (cf. documento BakeryDonuts1159).

[Bimbo Donuts] *“Para a próxima 4ª feira temos definido um alinhamento confirmado com Sonae; Feira Nova; Dia% e Pingo Doce”* (cf. documento BakeryDonuts624).

[Bimbo Donuts] *“Peço-lhe o favor também de fazer o alinhamento da sua loja com a máxima urgência, antes que surja novo shopping e isto volte a desalinhar tudo”* (cf. documento BakeryDonuts125).

[Bimbo Donuts] *“Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre. Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem”* (cf. documento BakeryDonuts10).

[MCH] *“Junto envio shopping recolhido ontem dia 16.09.2008. Caso não nos sejam enviados os respectivos talões até às 12h00 de amanhã, seremos forçados a acompanhar os preços de mercado”* (cf. documento BakeryDonuts1085).

[MCH] *“Mais uma vez estamos a reagir e a Panrico nada faz para evitar esta situação. Não iremos nós, certamente, manter este ónus do nosso lado. Necessito de uma posição objetiva da vossa parte face a esta situação”* (cf. documento MCH1134).

[Bimbo Donuts para Pingo Doce] *“Entretanto preços... a Dia, tinha em algumas lojas o PVP do Pão S/côdea desalinhado e por isso mesmo também algumas lojas do FN*

estavam abaixo do PVP de mercado. Acabei de lhe enviar um talão de um Minipreço com PVP já corrigido. Preciso que alinhe as lojas que estavam desalinhasadas por causa d'isto". [Pingo Doce para Bimbo Donuts] "Vou alinhar preços" (cf. documento BakeryDonuts793).

[Pingo Doce] "Conforme combinado junto envio o shopping do pão Panrico no Minipreço (Alverca) e Jumbo (Alfragide). aguardo os seus comentários". [Bimbo para colaboradores e com Pingo Doce em cópia] "Correcção imediata destes PVP's. Amanhã feed-back a [Confidencial – Dados Pessoais] [colaboradora Pingo Doce] com as respetivas correcções" (cf. documento BakeryDonuts1065).

[Bimbo Donuts para Pingo Doce] "Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profunda alterações (principalmente em termo promocionais). O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objectivo. Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação" (cf. documento BakeryDonuts1159).

[Bimbo Donuts para Auchan] "A partir de hoje temos nova tabela de preços. Envio-lhe a tabela de PVP's que pretendemos ter regulada em todos os nossos clientes (já com códigos Syrius)". [Auchan para Bimbo Donuts] "Vou alterar para amanhã" (cf. documento BakeryDonuts1122).

[Auchan] "Esta situação dos preços começa a ser incomportável, para não dizer outra coisa. Sempre que somos solicitados, cumprimos o que está definido, para o que está definido, e o resultado é que algum dos nossos concorrentes não alinha, o que faz com que estejamos + caros nas análises internas. (...) Daqui em diante a posição da loja vai ser a inversa em relação ao que acontecia até aqui. No dia em que existirem nivelamentos, a Panrico faz o registo dos artigos, traz-nos os Talões e depois alteramos para o dia seguinte." (cf. documento BakeryDonuts974)

[Auchan] "Verifiquei que o [Confidencial – Dados Pessoais] procedeu ás alterações solicitadas para o dia 8 de Fevereiro, mas o seu trabalho foi em vão porque no shopping de dia 9 teve de voltar a baixar parte dos pvp's por incumprimento das outras insígnias.

Em baixo coloquei os pvp's detectados a 9 de Fevereiro e qual a(s) loja(s). Fico a aguardar compensação pela não rentabilidade" (cf. documento BakeryDonuts638).

2340. Esse *statuts quo* foi voluntariamente criado pela Bimbo Donuts e pelas empresas de distribuição visadas e foi mantido ao longo de um período temporal bastante alargado, correspondente a mais de uma década.

2341. O facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas visadas.

2342. Com efeito, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada em aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente (cf. documento BakeryDonuts1006).

2343. Não obstante tratar-se da realização de um objetivo comum, para a realização do qual as empresas contribuem com o seu próprio comportamento, a prova revela que o papel desempenhado por cada agente, bem como o respetivo grau de participação, difere.

2344. A Bimbo Donuts, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, participa ativamente na prática investigada, comunicando ao mercado o nível de PVP a aplicar, veiculando informação relativa às intenções futuras de cada insígnia em matéria de posicionamento (e reposicionamento) de PVP e respetivo calendário, aos pedidos de correção de desvios e à prova do alinhamento entre empresas de distribuição visadas, monitorizando a implementação dos PVP concertados no calendário definido, pressionando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP, contra elas retaliando quando tal não acontece.

2345. A MCH, a Pingo Doce e a Auchan, estando envolvidas ativamente na prática investigada, têm um grau de participação diferente.

2346. A MCH está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, desempenhando um papel de destaque na concertação, exercendo um controlo e um reporte de desvios à Bimbo Donuts permanente e exercendo uma pressão elevada sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento.

2347. De facto, a prova é mais abundante quanto ao envolvimento da MCH ao longo de todo o período de tempo considerado e o teor de cada elemento é mais explícito, revelando que é a MCH que, muitas vezes, solicita à Bimbo Donuts que obtenha informação junto de insígnias concorrentes (sobre a concertação de preços e sua implementação), que garanta o alinhamento para um determinado movimento de PVP, que averigue determinado desvio, que diligencie no sentido da sua correção, pressionando, coagindo e exercendo ações repressivas sobre a Bimbo Donuts.

2348. Relativamente à Pingo Doce, não há prova direta que demonstre o seu envolvimento em todos os tipos de comportamentos identificados (designadamente em ações de coação e/ou retaliação), embora a mesma prova revele que a Pingo Doce, tal como a MCH, está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP concertado. Existe, ainda assim, um acervo de prova indireta que corrobora a participação desta insígnia nos comportamentos analisados.

2349. A Auchan está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, no entanto, a prova revela uma maior taxa de incidência de desvios praticados por lojas Auchan.

2350. Em suma e de forma sintética, resulta prova que os comportamentos da Bimbo Donuts e das empresas de distribuição visadas neste processo contraordenacional se traduziam:

- (i) Na fixação de um determinado posicionamento futuro de PVP para os produtos da Bimbo Donuts, que é acordado conjuntamente entre o fornecedor e as empresas de distribuição visadas (cf. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão);
- (ii) No controlo e monitorização cruzada dos PVP efetivamente praticados pelas empresas de distribuição e dos sucessivos contactos, realizados sempre através do fornecedor, para a promoção de um alinhamento horizontal dos preços e/ou à fixação dos mesmos (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão);
- (iii) No reporte e na correção de desvios aos preços alinhados – sempre que se verifique algum desvio ao PVP acordado entre fornecedor e uma empresa de distribuição, há uma correção ou tentativa de correção desse desvio, sempre com intervenção do fornecedor, de modo a manter o mercado estabilizado ao nível dos PVP praticados (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão); e

- (iv) Na conseqüente ameaça de aplicação ou efetiva aplicação de retaliações pelo fornecedor às empresas de distribuição desviantes pela não correção dos desvios, ou por alguma empresa de distribuição visada ao fornecedor, quando esteja descontente com o insucesso deste em operar tal correção em alguma empresa de distribuição concorrente (cf. capítulo III.3.1.6 da presente Decisão).

2351. A matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que

- (i) a Bimbo Donuts esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016; (ii) a MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, com grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas; (iii) a Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 23 de março de 2005 e 15 de junho de 2016, com um grau menor de participação face à MCH e Auchan, e (iv) a Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, entre pelo menos 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, com um grau menor de participação face à MCH.

IV DO DIREITO

IV.1 Avaliação jurídica e económica dos comportamentos das Visadas

2353. Da matéria de facto considerada provada na presente Decisão decorrem comportamentos suscetíveis de consubstanciar uma infração jusconcorrencial, no âmbito do disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

2354. Importa, por isso, proceder à qualificação jurídica e económica destes comportamentos de acordo com o regime legal aplicável.

IV.1.1 Regime jurídico da concorrência aplicável

2355. O Regime Jurídico da Concorrência atualmente em vigor consta da Lei n.º 19/2012, que entrou em vigor em 7 de julho de 2012, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (Lei n.º 18/2003) que, por sua vez, havia revogado o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro (Decreto-Lei n.º 371/93).

2356. Apesar de a Lei n.º 19/2012 constituir o atual Regime Jurídico da Concorrência, a tipificação legal das práticas restritivas da concorrência – artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012⁶⁵¹ – é coincidente nos três diplomas *supra* referidos.

2357. Ou seja, os três diplomas tipificaram como práticas restritivas da concorrência, puníveis como contraordenação, o abuso de posição dominante, o abuso de dependência económica, os acordos e as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas, que têm por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional⁶⁵².

2358. Assim sendo, há que determinar o regime legal concretamente aplicável ao presente processo contraordenacional, por força do cumprimento das regras respeitantes à aplicação da lei no tempo.

⁶⁵¹ Cf. artigos 2.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 317/93 e artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003.

⁶⁵² Cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

IV.1.1.1 Regime substantivo

2359. Do ponto de vista substantivo, o artigo 3.º do RGIMOS, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que:

“1 - A punição da contraordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.

2- Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada”.

2360. Acresce que, nos termos do artigo 5.º do RGIMOS, *“o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado”.*

2361. No caso das infrações permanentes — que se distinguem das infrações instantâneas, no âmbito das quais, perante a modificação da lei vigente, se aplicará a lei mais favorável aos visados —, considerando que o momento da consumação perdurou no tempo (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito), o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível.

2362. Ora, se a sua execução se tiver iniciado na vigência da lei antiga mas prosseguir na vigência da lei nova, sendo que o facto ilícito já era punido pela lei antiga, a lei aplicável será a lei vigente no momento em que cessa o facto censurável, ainda que esta última seja mais gravosa.

2363. No presente caso, como melhor se verá adiante no capítulo IV.1.5 da presente Decisão, está indiciada uma única infração de natureza permanente, que decorreu, de forma ininterrupta, ao longo de, pelo menos, aproximadamente onze anos, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016.

2364. Deste modo, sem prejuízo de a execução do ato ilícito se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003, nos termos da qual já era punível⁶⁵³, a mesma subsistiu durante a vigência da Lei n.º 19/2012, pelo que, do ponto de vista substantivo e de acordo com o princípio da legalidade, deve considerar-se aplicável à totalidade dos factos em apreço a Lei n.º 19/2012 – cf. artigo 1.º do RGIMOS *ex vi* artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.

⁶⁵³ Nos termos do artigo 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003.

2365. Do ponto de vista do direito da concorrência da União Europeia, a factualidade típica é apreciada à luz do disposto no artigo 101.º do TFUE.

IV.1.1.2 Regime processual

2366. Do ponto de vista processual, a alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º da Lei n.º 19/2012 determina que o atual Regime Jurídico da Concorrência só se aplica “aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei”.

2367. Tendo a fase de inquérito dos presentes autos sido aberta, por decisão do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, em 21 de março de 2017 (cf. fls. 2 a 5 do processo), ou seja, após a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, ocorrida em 7 de julho de 2012, é também esta a Lei aplicável à tramitação processual.

IV.1.1.3 Pronúncia das Visadas

2368. Na sua PNI, a Bimbo Donuts vem alegar que “na eventualidade de a AdC pretender condenar a Visada por uma infração única e continuada que se tenha iniciado em 2004 e findado em 2017, o diploma legal aplicável aos factos em apreço será a Lei n.º 18/2003 e não a Lei n.º 19/2012, por ser aquela que surge potencialmente como mais favorável à Visada”, pelo que aplicar a LdC “a factos anteriores à sua entrada em vigor (...) é aplicar retroativamente uma norma potencialmente menos favorável, aplicação esta que é contrária às normas e aos mais basilares princípios sancionatórios.”⁶⁵⁴.

2369. No entender da visada, sempre seria de admitir uma aplicação “ultra-activa da Lei n.º 18/2003, por ser a lei em vigor ao tempo em que se iniciou a consumação do ilícito imputado à Visada”, nos termos dos artigos n.º1 do artigo 3.º do RGCO e n.º2 do artigo 18.º e n.º4 do artigo 29.º da CRP⁶⁵⁵.

2370. Refere, ainda, a visada que «a “pedra de toque” da infração permanente é o agente tomar a decisão de realização da conduta ilícita num primeiro momento, quando se inicia a sua execução – precisamente o momento em que está em vigor a Lei n.º 18/2003,

⁶⁵⁴ Cf. §526 e 528 da PNI Bimbo Donuts.

⁶⁵⁵ Cf. §543 da PNI Bimbo Donuts.

[p]elo que toda a infração configurada enquanto um delito permanente deverá ser regulada, substantivamente, pela Lei n.º 18/2003, ressalvando, claro, a possibilidade de aplicação retroativa da Lei n.º 19/2012 caso esta ofereça uma solução jurídica – em concreto e para cada questão jurídica com que a AdC se depare – que seja mais favorável à Visada.»⁶⁵⁶.

2371. A visada ressalva que, caso assim não se entenda, pelo menos todo o período considerado de 28 de outubro de 2004 a 6 de julho de 2012 deverá ser balizado de acordo com a Lei n.º 18/2003, sendo o período posterior sujeito à LdC⁶⁵⁷.

2372. Por sua vez, as disposições meramente processuais da LdC aplicar-se-ão *in totum* no presente processo, nos termos do artigo 100.º da LdC⁶⁵⁸.

IV.1.1.4 Apreciação da Autoridade

2373. Apreciada a argumentação aduzida pela Bimbo Donuts, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude, pelas razões a seguir indicadas.

2374. A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, revogou a Lei n.º 18/2003, na versão que lhe era dada pelas sucessivas alterações, que estabelecia o anterior regime jurídico da concorrência.

2375. Nos termos do n.º 1 do artigo 99.º e artigo 101.º da LdC, após um período de *vacatio legis* de 60 dias, o novo regime jurídico da concorrência entrou em vigor a 7 de julho de 2012.

2376. De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º da LdC, o novo regime jusconcorrencial aplica-se aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a sua entrada em vigor, pelo que tem aplicação ao PRC/2017/5, aberto em 21 de março de 2017.

2377. No entanto, esta norma disciplina apenas a aplicação da lei processual no tempo, e já não a aplicação da lei substantiva.

⁶⁵⁶ Cf. §545 e 546 da PNI Bimbo Donuts.

⁶⁵⁷ Cf. §557 da PNI Bimbo Donuts.

⁶⁵⁸ Cf. §558 da PNI Bimbo Donuts.

2378. Regem a esse propósito os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do RGCO, aplicáveis *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da LdC, que estabelecem:

“1 - A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.

2 – Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.”.

2379. O princípio constitucional da aplicação retroativa do regime jurídico mais favorável ao infrator, vertido no n.º 4 do artigo 29.º da CRP, é um princípio válido a todo o direito sancionatório, no qual se inclui o direito das contraordenações.

2380. Nestes termos, a punição do comportamento anticoncorrencial é determinada pela lei vigente no momento do preenchimento dos pressupostos de que depende, sendo aplicável, no entanto, a lei mais favorável ao agente infrator se a lei vigente no momento da prática do facto for posteriormente alterada, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.

2381. O mesmo sucede com as normas de índole processual, em que a lei nova tem aplicação imediata, salvo quando determine um agravamento da situação processual do agente infrator.

2382. Ora, de acordo com o artigo 5.º do RGCO, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da LdC, “*o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado*”.

2383. No entanto, perante uma contraordenação permanente como a que emerge do presente processo, em que a ação típica perdura por um tempo mais ou menos longo, durante o qual o agente infrator comete uma única infração e a sua ação é indivisível, ainda que a sua ação se tenha iniciado na vigência da lei antiga – a Lei n.º 18/2003 – a contraordenação cabe no âmbito de aplicação da lei nova – a LdC - ainda que mais gravosa, porquanto o momento em que se considera praticado o facto é aquele em que cessa a sua execução, sendo aplicável a lei vigente nesse momento.

2384. Neste sentido, veja-se o entendimento proferido pelo STJ, o qual considerou que “*só pode falar-se em consumação do crime, tal como no crime permanente, quando cessa a sua execução, ou seja, na data da última conduta ilícita que integra a continuação*

criminosa, sob pena de se estar, face à unificação jurídica em função de uma culpa diminuída, a ficcionar uma consumação que ainda não ocorreu” e ainda que “se o crime só se consuma na data da última conduta, perante uma nova lei a incriminar o mesmo facto ilícito antes daquela, não estamos perante uma verdadeira sucessão de leis no tempo, mas sim perante uma única lei aplicável, a correspondente à data da consumação do crime”⁶⁵⁹.

2385. Com efeito, à imagem do crime permanente, na conduta contraordenacional de natureza permanente, que perdura no tempo, existe uma constante renovação dos elementos objetivos e subjetivos constitutivos do tipo contraordenacional.

2386. A consumação da conduta protraí-se ininterruptamente no tempo em consonância com a vontade do agente infrator que, tendo a faculdade de lhe pôr termo, não a faz cessar⁶⁶⁰. Não se está a visar um facto já ocorrido, mas uma conduta repetida no sentido de continuada e permanente, assim mantida e querida por quem a adota, não existindo durante esse momento qualquer conformação com a lei.

2387. Neste contexto, esclarece o TRL que:

“Importa assim concluir que estamos perante um ilícito contraordenacional permanente, existindo uma conduta antijurídica mantida [ao longo] do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infração. (...) Ou seja, perdurando no tempo a consumação da infração, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova”⁶⁶¹.

2388. No mesmo sentido, asseverou o TCRS que: *“Tendo-se provado que a prática de intercâmbio de informações ocorreu desde 1998 até fevereiro de 2007 e consubstanciando esta prática uma infração permanente ou continuada, cuja concertação de vontades e desvalor da conduta se manteve ao longo de tal período, há*

⁶⁵⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em de 31.10.2012, no processo n.º 224/06.7TACBC.G2-A.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 01.06.2021.

⁶⁶⁰ Cf., neste sentido, Germano Marques da Silva, *“Direito Penal Português, Parte Geral II”* e Figueiredo Dias, *“Direito Penal, Parte Geral, Tomo I”*, 2004.

⁶⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 05.12.2007 no processo n.º 5352/07, disponível em <http://www.concorrenca.pt/>.

*que aplicar a lei em vigor à data da cessação de tal prática, independentemente de durante o período referido ter estado em vigor lei mais favorável*⁶⁶².

2389. Com efeito, de acordo com acórdão de 21 de outubro de 2019 do Tribunal da Relação do Porto (TRP), *“por contraponto com a contra-ordenação continuada, que constitui a prática de vários ilícitos, assentes em várias resoluções, num mesmo quadro de solicitação exterior), por estarmos apenas perante uma única contra-ordenação, é de entender que nestas situações, perante o seu carácter unitário, será aplicável a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último ato de execução, ainda que mais gravosa, pois não é possível distinguir partes do facto.”*⁶⁶³ (sublinhado original).

2390. Destarte, e em rigor, não se está perante uma verdadeira sucessão de leis no tempo. A lei nova é chamada a regular factos cuja execução foi iniciada antes da sua entrada em vigor e que se manteve após esse momento, pelo que esta será aplicável a factos integradores da infração produzidos, também, e que cessaram, a saber, no domínio da sua vigência.

2391. Sem prejuízo de a prática se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003, à luz da qual já era punível, e tendo o facto censurável *in casu* terminado, a saber-se, 28 de junho de 2016, não poderá deixar de concluir-se pela aplicação da lei vigente nesse momento – a LdC – à totalidade da factualidade típica, independentemente de ser, ou não, concretamente mais gravosa.

IV.1.2 Mercados relevantes

2392. O preenchimento dos tipos de infração previstos na Lei n.º 19/2012 implica, em regra, a prévia definição dos mercados relevantes, com referência aos quais se determina a existência de uma prática restritiva da concorrência.

⁶⁶² Sentença pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, proferida em 19.07.2013, no âmbito de processo. n.º 88/12.1YUSTR, disponível em <http://www.concorrenca.pt/>.

⁶⁶³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido em 21.10.2019 no processo n.º 5955/18.6T8MTS.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 02.06.2021.

2393. O conceito de mercado relevante tem, no âmbito do direito da concorrência, uma dupla dimensão: a dimensão material, correspondente ao mercado relevante do produto ou serviço, e a dimensão geográfica, correspondente ao mercado geográfico relevante.

2394. Não poderá, contudo, deixar de se referir que a definição exata e detalhada dos mercados relevantes não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja atribuído um objeto restritivo da concorrência, tal como decorre da jurisprudência constante dos tribunais europeus.

2395. Neste sentido, pode ler-se o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 28 de junho de 2016, no caso *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia*:

*“[No entanto], embora, no âmbito da interpretação do contexto de um acordo, haja que tomar em consideração as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa, a Comissão não é sempre obrigada a proceder a uma definição precisa do mercado ou dos mercados em causa. Com efeito, a definição do mercado em causa não desempenha o mesmo papel consoante se trate de aplicar o artigo 101.º TFUE ou o artigo 102.º TFUE. No âmbito da aplicação do artigo 102.º TFUE, a definição adequada do mercado em causa é uma condição necessária e prévia a qualquer julgamento sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial (acórdãos de 10 de março de 1992, *SIV e o./Comissão*, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colet., EU:T:1992:38, n.º159, e de 11 de dezembro de 2003, *Adriatica di Navigazione/Comissão*, T-61/99, Colet., EU:T:2003:335, n.º27), uma vez que, antes de declarar a existência de um abuso de posição dominante, é necessário estabelecer a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe que este mercado tenha sido previamente delimitado. Em contrapartida, resulta de jurisprudência constante que, no quadro da aplicação do artigo 101.º, n.º1, TFUE, é para determinar se o acordo em causa é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros e tem por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno que é necessário definir o mercado em causa (acórdãos de 21 de fevereiro de 1995, *SPO e o./Comissão*, T-29/92, Colet., EU:T:1995:34, n.º74, e *Adriatica di Navigazione/Comissão*, já referido, EU:T:2003:335, n.º27; v., também, acórdão de 12 de setembro de 2007, *Prym e Prym Consumer/Comissão*, T-30/05, EU:T:2007:267, n.º86 e jurisprudência aí referida).*

Assim, no quadro do artigo 101.º, n.º1, TFUE, não é necessária uma definição prévia do mercado relevante sempre que o acordo controvertido, em si mesmo, tenha um objeto anticoncorrencial, ou seja, sempre que a Comissão tenha podido corretamente chegar à conclusão, sem uma delimitação prévia do mercado, que o acordo em causa falseava a concorrência e era suscetível de afetar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros. Trata-se, nomeadamente, do caso das restrições mais graves, explicitamente proibidas pelo artigo 101.º, n.º1, alíneas a) a e), TFUE (conclusões do advogado-geral Y. Bot nos processos apensos Erste Group Bank e o./Comissão, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet., EU:C:2009:192, n.os 168 a 175). Se o próprio objeto de um acordo for restringir a concorrência através de uma «partilha de mercados», não será assim necessário definir com precisão os mercados geográficos em causa, pois a concorrência efetiva ou potencial foi necessariamente restringida (acórdão Mannesmannröhren-Werke/Comissão, n.º150, supra, EU:T:2004:218, n.º132)⁶⁶⁴

2396.No caso em análise, com base neste postulado e perante a natureza dos comportamentos analisados, pode então concluir-se que não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, na medida em que se está, nos termos melhor detalhados *infra*, perante uma restrição por objeto, que constitui uma das infrações mais graves no âmbito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

2397.Ainda assim, para efeitos de enquadramento da prática restritiva da concorrência em causa, passa-se à descrição dos mercados relevantes, na sequência e com base na factualidade apurada *supra* no capítulo III.3 da presente Decisão.

⁶⁶⁴ Cf. acórdão do Tribunal Geral de 28 de junho de 2016, *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia*, Processo n.º T-208/13, parágrafos 175 e 176; cf., no mesmo sentido, acórdão do Tribunal da Primeira Instância de 25 de outubro de 2005, *Groupe Danone c. Comissão*, Processo n.º T-38/02, Colet. 2005, p. 4407, parágrafo 99, e acórdão do Tribunal da Primeira Instância de 6 de dezembro de 2005, *Brouwerij Haacht NV c. Comissão*, Processo n.º T-48/02, Colet. 2005, p. 5259, parágrafo 58.

IV.1.2.1 Mercado relevante do produto ou serviço

2398. Na sua Comunicação relativa à definição de mercado relevante, a Comissão Europeia considera que o “*mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida*”⁶⁶⁵.

2399. Para a definição do mercado de produto relevante, a substituição pelo lado da procura, ou seja, a substituíbilidade na perspetiva dos compradores, constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um determinado produto.

2400. Já a substituíbilidade do lado da oferta pode igualmente ser tomada em consideração na definição dos mercados relevantes nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato.

IV.1.2.2 Mercado geográfico relevante

2401. No que concerne à dimensão geográfica, a Comissão Europeia refere que o “*mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas*”⁶⁶⁶.

2402. Para a definição do mercado geográfico relevante podem assim analisar-se diversos fatores, tais como as variações de preços entre áreas geográficas diferentes, as características básicas da procura, as opiniões dos consumidores e dos concorrentes, a atual estrutura geográfica das compras, o fluxo das trocas comerciais, as barreiras e custos associados às trocas entre áreas geográficas diferentes.

⁶⁶⁵ Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, JO de 9 de dezembro de 1997, C 372, p. 6, parágrafo 7.

⁶⁶⁶ Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, JO de 9 de dezembro de 1997, C 372, p. 6, parágrafo 8.

IV.1.2.3 Mercados relevantes identificados

2403. No presente processo, nos termos análise desenvolvida *supra* (cf. capítulo III.2.1 da presente Decisão), a Autoridade considera relevantes do ponto de vista do produto os seguintes mercados:

- i. Mercado nacional dos pães pré-embalados para revenda no canal alimentar;
- ii. Mercado nacional dos substitutos de pães para revenda no canal alimentar;
- iii. Mercado nacional dos bolos para revenda no canal alimentar;
- iv. Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

2404. Tal como referido *supra*, deixam-se em aberto eventuais agregações ou segmentações nos mercados acima mencionados, quer ao nível do mercado do produto ou serviço, quer ao nível do mercado geográfico, por não relevarem no contexto da presente Decisão.

2405. Estando-se perante uma restrição da concorrência por objeto no âmbito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, não será necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados relevantes, na medida em que, independentemente de se considerarem mercados mais latos ou mais restritos, as conclusões referentes à infração não se alterariam.

IV.1.2.4 Pronúncia das Visadas

2406. A visada Auchan alega que os mercados identificados na Nota de Ilícitude são, na realidade, mercados a montante do mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar, sendo duvidoso que constituam mercados relevantes no âmbito da prática investigada⁶⁶⁷.

IV.1.2.5 Apreciação da Autoridade

2407. Em resposta à pronúncia da visada Auchan, a Autoridade salienta o que se segue.

2408. Em primeiro lugar e conforme acima referido, tem de reiterar-se que a definição exata dos mercados relevantes não é indispensável quando estejam em causa práticas

⁶⁶⁷ Cf. §832 e 833 da PNI Auchan.

restritivas da concorrência consubstanciadas em acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que se atribua um objeto restritivo, pois independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração não se alterariam.

2409. É o que sucede no presente caso.

2410. Não obstante, a AdC optou efetivamente por identificar e caracterizar todos os mercados em que ocorrem os comportamentos que consubstanciam a prática investigada, de forma a poder contextualizar a respetiva análise⁶⁶⁸.

2411. No capítulo II. 2 da Nota de Ilícitude e, *mutadis mutandis*, no capítulo III.2 da presente Decisão, a Autoridade identificou e caracterizou todos os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Bimbo Donuts comercializa os seus produtos e o mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

2412. Apreciada a matéria de facto descrita na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude nesta matéria.

2413. Com efeito, os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Bimbo Donuts comercializa os seus produtos, são os mercados em que a Bimbo Donuts vende os seus produtos às empresas de distribuição visadas (bem como a outras insígnias) e com elas se relaciona e em que, portanto, se estabelecem as comunicações entre o fornecedor e as referidas empresas que se descrevem na presente Decisão, que viabilizam a prática investigada e em que se fixa a variável que é objeto de concertação, ou seja, o PVP que irá aplicar-se, depois, no mercado retalhista de base alimentar.

2414. O mercado de distribuição retalhista de base alimentar é, efetivamente, o mercado (a jusante) em que as empresas de distribuição visadas operam e concretizam a prática investigada, implementando os PVP previamente concertados e as subidas simultâneas de PVP.

2415. Ambos os níveis da cadeia de distribuição relevam pois, ao contrário do que procurava sustentar a Auchan, para efeitos da prática investigada.

⁶⁶⁸ Cf. §80 da Nota de Ilícitude.

2416. Para além disso, a matéria de facto descrita na presente Decisão revela que, do ponto de vista geográfico, todos os mercados identificados têm uma dimensão nacional, uma vez que os efeitos da prática investigada se concretizavam na subida simultânea de PVP em todo o país.

2417. Ainda que assim não fosse, o que não se concede, há que notar que, tanto o fornecedor como as empresas de distribuição visadas, são empresas constituídas e estruturadas para operar em todo o país, como revela a prova, definindo e implementando as suas estratégias a nível nacional, pelo que outra abrangência geográfica não faria qualquer sentido.

2418. A Autoridade reitera, portanto, a posição adotada na Nota de Ilícitude a este respeito, não revelando no contexto da presente Decisão eventuais agregações ou segmentações, quer ao nível do mercado do produto ou serviço, quer ao nível do mercado geográfico.

2419. Não procedem, pois, nos termos e pelas razões aduzidos, os argumentos da Auchan.

IV.1.3 Tipo objetivo da infração

2420. Da matéria de facto descrita e considerada provada na presente Decisão decorrem comportamentos suscetíveis de consubstanciar uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

2421. Nos termos do n.º 1 artigo 9.º da Lei n.º 19/2012:

“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

2422. É pacífico que a jurisprudência nacional e europeia é unânime a considerar que uma fixação (direta ou indireta) dos preços de venda (com carácter vertical e/ou horizontal), pela sua própria natureza e independentemente dos seus efeitos concretos no mercado, configura uma restrição da concorrência por objeto.

2423. Salienta-se, ademais, que a análise dos critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada restritiva da concorrência entre empresas, deve ser realizada à luz da *ratio* das disposições do TFUE e da legislação nacional relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de forma autónoma a política comercial que tenciona seguir no mercado.

2424. É, portanto, manifesto que uma prática concertada (ou um acordo) que vise estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços no mercado, baseada em trocas de informação sensível, seja diretamente (entre os próprios concorrentes) ou indiretamente (através de um fornecedor comum ou “*hub*”), é suscetível de infringir as normas de concorrência, porquanto atenua ou elimina o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, designadamente quanto à data, à dimensão e às modalidades da adaptação do comportamento no mercado que as empresas em causa vão pôr em prática, o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o carácter restritivo pelo objeto destes comportamentos – como se verá em maior detalhe no presente capítulo.

2425. Da letra do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 resulta assim que deve verificar-se um conjunto de elementos para que determinada prática seja abrangida pelo seu âmbito de aplicação.

2426. Tais elementos para o preenchimento do tipo objetivo são cumulativos e consistem na verificação de: (i) existência de um concurso de vontades (colusão ou conluio), (ii) entre pessoas jurídicas que se qualifiquem como “*empresas*”, (iii) que tenha por objeto ou

como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, (iv) de forma sensível, (v) no “*todo ou em parte do mercado nacional*”.

2427. No caso do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE é ainda necessário que tal acordo ou prática concertada afete as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

2428. Quanto à verificação dos referidos elementos, a jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa já esclareceu, a propósito do idêntico precedente normativo (n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003), que:

“O legislador optou por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objeto e por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contraordenacional) em branco.

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

(...) é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma”⁶⁶⁹.

2429. Importa recordar que o tipo contraordenacional estabelecido no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 é inspirado nas regras do TFUE, em particular no n.º 1 do seu artigo 101.º, cujos elementos do tipo objetivo são densificados pela jurisprudência e prática decisória da União Europeia, bem como pelas Orientações sobre cooperação horizontal⁶⁷⁰, que constituem importantes elementos de interpretação da norma nacional.

2430. Sem prejuízo de o próprio n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, à semelhança do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, fornecer uma lista exemplificativa (e, portanto, não taxativa) de situações abrangidas por estas proibições, e de, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e nos termos do n.º 2 do artigo 101.º do TFUE, os acordos e práticas concertadas proibidos serem nulos, importa proceder à análise de cada um dos

⁶⁶⁹ Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12 de janeiro de 2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*), p. 16.

⁶⁷⁰ Cf. Comunicação da Comissão “*Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*”, JO de 14 de janeiro de 2001, C 11.

requisitos elencados, verificando se o tipo objetivo da infração ali prevista se encontra preenchido no caso concreto.

2431. Começar-se-á pela qualidade de empresa, seguir-se-á a existência de um concurso de vontades, o objeto (ou efeito) restritivo da concorrência, o caráter sensível desta, a sua abrangência territorial e, por fim, a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros.

IV.1.3.1 Qualidade de empresa

2432. A noção de empresa para efeitos da aplicação das regras de concorrência, quer no plano do direito nacional, quer no plano do direito da União Europeia, assenta na verificação do exercício de uma atividade económica por uma entidade que beneficie de autonomia de decisão.

2433. Esta noção de empresa inclui assim qualquer tipo de organização, formal ou não, independentemente da sua natureza jurídica e de ter ou não personalidade jurídica.

2434. Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, considera-se empresa *“qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”*, não sendo necessário que o exercício da atividade económica tenha fins lucrativos.

2435. A Lei n.º 19/2012 consagra deste modo, no plano nacional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça quanto ao conceito de empresa⁶⁷¹.

2436. Para além disso, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, considera-se como uma única empresa *“o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência”* e

⁶⁷¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 1998, *Comissão c. Itália*, processo n.º C-35/96, Colet. 1998, p. 3851, parágrafo 36; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Höfner e Elser*, processo n.º C-41/90, Colet. 1991, p. 1979, parágrafo 21; acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances e o.*, processo n.º C-244/94, Colet. 1995, p. 4013, parágrafo 14; acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1997, *Job Centre*, processo n.º C-55/96, Colet. 1997, p. 7119, parágrafo 21; acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1993, *Poucet e Pistre*, processos apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91, Colet. 1991, p. 637, parágrafo 17.

que, por conseguinte, criam uma mesma unidade, podendo incluir uma pluralidade de pessoas jurídicas, singulares ou coletivas, sempre que existam entre elas laços de interdependência que criam essa mesma unidade.

2437. Neste contexto, o legislador presume *ipso iure*, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, a existência de uma unidade económica quando determinadas pessoas jurídicas, que exercem uma atividade económica, mantêm entre si laços de interdependência decorrentes:

- (i) de uma participação maioritária no capital;
- (ii) da detenção de mais de metade dos votos atribuído pela detenção de participações sociais;
- (iii) da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; e
- (iv) do poder de gerir os respetivos negócios⁶⁷².

2438. No caso *sub judice*, tanto a Bimbo Donuts (cf. parágrafos 686 a 694, *supra*), como a MCH (cf. parágrafos 714 a 716, *supra*), o Pingo Doce (cf. parágrafos 708 a 711, *supra*), e a Auchan (cf. parágrafos 697 a 706, *supra*) qualificam-se como “empresas”, dado que todas desenvolvem diretamente uma atividade económica, nos termos e para os efeitos das regras da concorrência (cf. capítulo III.1 da presente Decisão).

2439. Por outro lado, a Bimbo Donuts e cada uma das empresas de distribuição visadas constituem empresas distintas e autónomas, inexistindo entre elas laços de interdependência que criem uma unidade económica (cf. capítulo III.3 da presente Decisão, em particular os parágrafos 842 a 843).

2440. Nesse sentido, nada obsta à sua responsabilização nos presentes autos autonomamente, uma vez verificado o seu envolvimento na prática da infração, verificando-se estar preenchido um dos elementos do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (em concreto, o elemento que se identificou como segundo elemento do tipo objetivo previsto naquelas normas).

⁶⁷² O legislador nacional acolhe, assim, a doutrina da *enterprise entity*, preconizada pelos Tribunais da União Europeia. Veja-se, entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 1984, *Hydrotherm*, processo n.º 170/83, Colet. 1984, p. 2999, parágrafos 11 e 12.

IV.1.3.2 Existência de um concurso de vontades

2441. O preenchimento do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 depende igualmente da existência de um concurso de vontades (colusão ou conluio) que se concretize num acordo entre empresas, numa prática concertada entre empresas ou numa decisão de associação de empresas⁶⁷³.

2442. Estes três conceitos exprimem, na realidade, “*formas de conluio que partilham a mesma natureza e que só se distinguem pela sua intensidade e pelas formas como se manifestam*”⁶⁷⁴.

2443. Um acordo entre empresas, para efeitos do direito nacional e europeu da concorrência, verifica-se logo que as participantes atinjam um consenso que limite, ou seja suscetível de limitar, a sua liberdade na determinação das respetivas estratégias comerciais (designadamente, da política de preços), implicando a definição de um “plano de ação” comum entre as diversas empresas participantes, de que decorra um feixe de obrigações, garantias e expetativas de comportamento futuro⁶⁷⁵.

2444. Conforme refere o Tribunal de Justiça, “*para que haja acordo, na acepção do artigo 85.º, n.º 1 [atual n.º 1 do artigo 101.º] do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportar no mercado de um modo determinado*”⁶⁷⁶.

2445. Trata-se, por conseguinte, de uma noção ampla do conceito de acordo, na medida em que não pressupõe uma convenção juridicamente vinculativa para as partes, nem a observância de uma forma jurídica, podendo o acordo ser expresso ou tácito.

⁶⁷³ Elemento que se identificou *supra* como primeiro elemento do tipo objetivo das normas em causa.

⁶⁷⁴ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni*, processo n.º C-49/92 P, Colet. 1999, p. 4125.

⁶⁷⁵ Cf. Decisão da Comissão Europeia 91/298/CEE de 19 de Dezembro de 1990, *Solvay*; cf., igualmente, acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 2000, *Bayer AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo n.º T-41/96, Colet. 2000, p. 3383 e acórdão do Tribunal Geral de 6 de julho de 2000, *Volkswagen AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, T-62/98, Colet. 2000, p. 2707.

⁶⁷⁶ Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 2003, *Adriatica di Navigazione SpA c. Comissão*, processo n.º T-61/99, Colet. 2003, p. 5349.

2446. Como também concluiu o Tribunal de Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glintt*, “[u]m acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico”⁶⁷⁷.

2447. Na verdade, independentemente da apreciação jurídica, pode até tratar-se de um contrato inválido à luz da ordem jurídica em que se insere⁶⁷⁸, bastando que o entendimento alcançado estabeleça o quadro geral dentro do qual as participantes deixarão de atuar com independência.

2448. Pode até mesmo tratar-se de um contrato que as empresas participantes tencionassem ignorar ou incumprir⁶⁷⁹, ou se tenham considerado forçadas a aderir⁶⁸⁰, não sendo necessário que uma empresa participe ativamente, dando o seu consentimento expresso ou conhecendo todos os elementos do acordo para se considerar parte nele.

2449. A qualificação e a forma que as empresas participantes atribuam ao acordo é assim irrelevante (abarca até os designados “acordos de cavalheiros”^{681, 682}), não sendo necessário um contrato formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja de facto assinado⁶⁸³.

2450. Como salienta o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, “é, assim, essencial a este conceito a ideia de suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores no mercado, decorrente de um comportamento coordenado de empresas”⁶⁸⁴.

⁶⁷⁷ Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12 de setembro de 2011, 4.º Juízo, processo n.º 199/11.0TYLSB (*Baxter e Glintt*), p. 34.

⁶⁷⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de janeiro de 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa c. Comissão*, processo n.º C-277/87, Colet. 1990, p. 45.

⁶⁷⁹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 1980, *Heintz van Landewyck SARL e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs 209-215 e 218/78, Colet. 1980, pág. 3125; acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1989, *SC Belasco e o. c. Comissão*, processo n.º 246/86, Colet. 1989, p. 2117.

⁶⁸⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de março de 2000, *Cimenteries CBR SA c. Comissão*, processo n.º T-25/95, Colet. 2000, p. 491.

⁶⁸¹ Na terminologia anglo-saxónica, “*gentlemen’s agreements*”.

⁶⁸² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-41/69, parágrafos 110 a 114 e 163 a 169.

⁶⁸³ Cf. decisão da Comissão Europeia 79/934/CEE de 5 de setembro de 1979, *BP Kemi - DDSF*.

⁶⁸⁴ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 159.

2451. No que se refere ao conceito de prática concertada, resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que ele se refere à coordenação informal entre empresas que, não chegando à celebração de uma convenção, decidem substituir os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.

2452. Refere o Tribunal de Justiça:

“Embora o artigo 85.º [atual artigo 101.º do TFUE] faça a distinção entre «prática concertada» e «acordos entre empresas» ou «decisão de associação de empresas» é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.

Pela sua própria natureza, a prática concertada não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes”⁶⁸⁵.

2453. No acórdão *T-Mobile*, o Tribunal de justiça reforçou que:

“os conceitos de «acordo», de «decisões de associações de empresas» e de «prática concertada» incluem, do ponto de vista subjetivo, formas de conluio que são da mesma natureza e só se distinguem umas das outras pela respectiva intensidade e pelas formas como se manifestam (...). Assim, (...), os critérios consagrados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para apreciar se um comportamento tem por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência são aplicáveis quer se trate de um acordo, de uma decisão ou de uma prática concertada”⁶⁸⁶.

2454. No acórdão *Anic Partecipazioni*, o Tribunal salientou que “[e]mbora o artigo 81.º CE [atual 101.º do TFUE] faça a distinção entre «prática concertada» e «acordos entre

⁶⁸⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c. Comissão*, processo 48/69, Colet. 1972, p. 205, parágrafos 64 e 65; cf., no mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 1975, *Suiker Unie e o. c. Comissão Europeia*, processos apensos n.ºs 40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111/73, 113, 114/73, Colet. 1975, p. 563, parágrafo 26; acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colet. 1994, p. 1307, parágrafo 63.

⁶⁸⁶ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 23; no mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de dezembro de 2013, *Solvay SA c. Comissão*, processo n.º C-455/11 P, parágrafo 53.

empresas» ou «decisões de associações de empresas», é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, formas diferentes de coordenação e conluio entre empresas (...). No entanto, daqui não decorre que uma série de comportamentos com o mesmo objecto anticoncorrencial e dos quais todos, considerados isoladamente, integram o conceito de «acordo», de «prática concertada» ou de «decisão de associação de empresas» não possam constituir manifestações diferentes de uma única infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE. Assim, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância pode considerar que uma série de comportamentos de diversas empresas constituía a expressão de uma infracção única e complexa que em parte integra o conceito de acordo e em parte o de prática concertada»⁶⁸⁷.

2455. Também os tribunais nacionais já se pronunciaram quanto ao conceito de prática concertada. Desde logo, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no denominado caso da *Restauração Coletiva*, refere que:

“A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu carácter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou de convenção nesse sentido. Daí que não seja necessário haver acordo entre os Administradores ou sequer instruções das empresas aos seus funcionários para que a prática concertada se verifique.

(...) neste caso existe uma prática concertada entre empresa com a verificação de quatro elementos: o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional»⁶⁸⁸.

2456. Ou seja, os conceitos de acordo e de prática concertada fornecem uma visão meramente subjetiva de duas formas de colusão que partilham da mesma natureza e que apenas se distinguem pela sua intensidade e pelas formas em que se manifestam.

2457. Em conclusão, basta que se verifique a existência de elementos constitutivos de um concurso de vontades (isto é, de um conluio, de uma colusão ou de uma coordenação

⁶⁸⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni*, processo n.º C-49/92 P, Colet. 1999, p. 4125, parágrafos 112 a 114 e 131 e 132; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 1972, *ICI/Comissão*, processo n.º 48/69, Colect. 1972, p. 205, parágrafo 64.

⁶⁸⁸ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 19 de julho de 2013, 1.º juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Cantinas*).

de comportamentos) para que o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, sejam acionados.

2458.No caso *sub judice*, de modo a manter o mercado alinhado com determinado posicionamento de PVP, as empresas de distribuição visadas utilizavam o seu relacionamento vertical com o fornecedor (bem como o relacionamento vertical do fornecedor com insígnias concorrentes) para, em conjunto, promoverem o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista, através de troca de informação comercial estratégica.

2459.Nos termos que se detalharão de seguida, é, pois, manifesta a coordenação de comportamentos das visadas orientados a esse objetivo comum⁶⁸⁹.

IV.1.3.2.1 Prática concertada restritiva de hub and spoke

2460.No direito da concorrência, esta prática de alinhamento de PVP entre empresas concorrentes, por intermédio do fornecedor, tem natureza híbrida (porquanto apresenta características simultaneamente verticais e horizontais), sendo designada na terminologia anglo-saxónica por *hub and spoke* e traduzindo uma prática concertada que é equiparada pela doutrina e jurisprudência a um verdadeiro cartel (no caso concreto, apenas com as particularidades de as empresas de distribuição se encontrarem num diferente nível da cadeia de distribuição em relação ao fornecedor, e de não contactarem diretamente entre si, utilizando para esse efeito um *hub*, o referido fornecedor comum).

2461.No caso em apreço, é a empresa que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição (o fornecedor – o *hub*) que, através de um conjunto de feixes verticais, facilita, promove e/ou garante a colusão ilícita entre as empresas que se situam no nível inferior da referida cadeia de distribuição (as empresas de distribuição visadas – as *spokes*).

⁶⁸⁹ Note-se que a orientação de comportamentos para um objetivo comum não significa necessária e inevitavelmente a identidade absoluta dos objetivos de cada agente (que podem ter incentivos, condicionamentos, contextos e motivações diversos), mas apenas que tais agentes têm interesses total ou parcialmente convergentes no que respeita à realidade que pretendem alcançar.

2462. Os elementos de prova juntos aos autos demonstram que tais feixes verticais se concretizam em contactos diretos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, através dos quais se concertam os PVP que devem ser praticados para um conjunto determinado de produtos, num determinado momento, garantindo-se igualmente que serão esses os preços que o mercado (*i.e.* as empresas de distribuição suas concorrentes), se encontra a praticar ou irão praticar em determinada data.
2463. Ao longo de todo o capítulo III.3, para o qual se remete, são elencados os factos e respetivos elementos de prova das diferentes tipologias e categorias de contactos estabelecidos entre empresas de distribuição visadas e fornecedor com este propósito.
2464. Nesta medida, a prática concertada em causa tem uma natureza simultaneamente vertical e horizontal, uma vez que a fixação dos PVP é estabelecida através das relações verticais existentes entre o fornecedor e as várias empresas de distribuição, para, desta forma, alcançarem o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista.
2465. Do exposto resulta que, no presente caso, esta prática concertada de *hub and spoke* visa um propósito comum, partilhado pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas: o de garantir ou, pelo menos, promover a existência de um alinhamento de PVP no mercado retalhista, permitindo que todas as empresas de distribuição retalhista possam convergir os seus movimentos comerciais estratégicos (designadamente, a definição dos seus PVP) no mesmo sentido, eliminando o grau de incerteza inerente à livre concorrência.
2466. É, pois, manifesto no caso em apreço, com base na prova produzida, o concurso de vontades (conluio ou colusão) entre visadas.
2467. Os casos *Treuhand I*⁶⁹⁰, *AC Treuhand II*⁶⁹¹, *Eturas*⁶⁹² e *VM Remonts*⁶⁹³ apresentam também algumas semelhanças com este tipo de prática.

⁶⁹⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º T-99/04, Colet. 2008, p. 1501.

⁶⁹¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º C-194/14 P.

⁶⁹² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, *Eturas UAB e outros c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, processo n.º C-74/14.

⁶⁹³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de julho de 2016, *SAI VM Remonts e outros c. Konkurences padome*, processo n.º C/542/14.

2468. Nos primeiros dois casos estava em causa uma empresa de consultadoria suíça que, apesar de não estar ativa nos mercados em que ocorreu a infração foi, ainda assim, condenada pelo seu papel de *facilitador* da prática restritiva da concorrência em causa (cartel), nomeadamente por *“organizar múltiplas reuniões a que assistiu e nas quais participou ativamente, recolhendo e fornecendo aos produtores de estabilizadores térmicos dados sobre as vendas dos mercados em causa, propondo-se atuar enquanto moderadora em caso de tensão entre os referidos produtores e incentivando-os a chegarem a compromissos, e isto em troca de remuneração”*⁶⁹⁴.
2469. No respetivo acórdão, o Tribunal de Justiça estabeleceu o critério legal que a Comissão terá de provar para demonstrar a participação de uma empresa numa infração deste tipo: (i) existência de um objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) os participantes terem intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) os participantes terem conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou poderem razoavelmente prevê-los e estarem prontos a aceitar o risco⁶⁹⁵.
2470. Assim, e não obstante estar em causa uma empresa (*cartel facilitator*) que não estava presente no mesmo mercado das restantes empresas participantes no acordo (ou num mercado com ele relacionado), o Tribunal de Justiça condenou-a como participante numa prática concertada, apesar de aquela não ter presença ou ligação ao mercado afetado pela infração, confirmando, assim, a decisão da primeira instância.
2471. No acórdão *Eturas*, o Tribunal de Justiça considerou quais são as condições necessárias para que várias agências de viagens sejam responsabilizadas por uma prática concertada de natureza horizontal, operada por intermédio de um fornecedor comum, um sistema de reservas em linha. Em essência, as agências de viagens utilizavam o mesmo sistema de reservas de viagens em linha (*E-TURAS*), que era integrado nos sítios *Web* das agências através de aquisição de licenças junto à *UAB Eturas* (titular da *E-TURAS*). A prática investigada no caso diz respeito a uma coordenação entre as empresas relativa aos descontos praticados pelas agências de

⁶⁹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 37.

⁶⁹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 30.

viagens na sequência do envio de uma mensagem do diretor da *UAB Eturas* na qual lhes pedia que votassem a redução geral da taxa dos descontos concedida dentro de um determinado intervalo de valores e a subsequente introdução de uma restrição tecnológica em virtude da taxa de desconto concordada. Importa realçar que não constava nenhuma cláusula nos respetivos contratos quanto à possibilidade de o administrador alterar os preços dos serviços apresentados pelas agências de viagens que utilizavam o sistema.

2472. O Tribunal de Justiça declarou que *“o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretado no sentido de que (...) se pode presumir que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição [101.º, n.º 1 TFUE], se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa”*⁶⁹⁶.

2473. O caso *VM Remonts* surgiu na sequência de um concurso para fornecimento de produtos alimentares a estabelecimentos de ensino. Três empresas apresentaram propostas para o respetivo concurso. Para o fazer, uma das empresas recorreu a uma empresa de assessoria jurídica. Essa empresa, por sua vez, recorreu a uma empresa subcontratante. A empresa subcontratante comprometeu-se, sem informar a primeira proponente (*Partikas kompanija*), a elaborar as propostas das outras duas proponentes e, para o fazer, baseou-se na proposta da *Partikas*. Em concreto, no caso foram questionados quais os requisitos necessários para se poder considerar a *Partikas* responsável por uma prática concertada assente em atos de um prestador de serviços independente.

2474. A este respeito, o Tribunal de Justiça recordou que *“ (...) uma empresa pode ser responsabilizada por acordos ou práticas concertadas com um objeto anticoncorrencial, quando tenha pretendido contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto de participantes e tenha tido*

⁶⁹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Eturas supra* citado, p. 50.

conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos ou os podia razoavelmente prever e estava pronta a aceitar o risco⁶⁹⁷ (sublinhado da Autoridade).

2475. Clarifica ainda o Tribunal que “a prática concertada controvertida pode também ser imputada a essa mesma empresa utilizadora se esta podia prever razoavelmente que o prestador de serviços a que recorre iria partilhar as suas informações comerciais com os seus concorrentes e que estava disposta a aceitar esse risco”⁶⁹⁸.

2476. Nesse sentido, a resposta para um caso de *hub-and-spoke* estará certamente assente em toda a construção do conceito de prática concertada (e/ou de acordo) levada a cabo pelo Tribunal de Justiça, com especial relevo para a constante dos acórdãos anteriormente citados. Seguindo essas premissas, a AdC tem, naturalmente, em consideração na sua análise o sentido expresso em tal jurisprudência do Tribunal de Justiça.

2477. Mas não é apenas na jurisprudência da União Europeia que a prática de *hub and spoke* encontra ecos.

2478. No Reino Unido, o *Office of Fair Trading* (OFT) – atualmente designado por *Competition and Markets Authority* (CMA) – tem vindo a adotar diversas decisões condenatórias no contexto de práticas restritivas da concorrência de *hub and spoke*⁶⁹⁹.

2479. No âmbito de um processo com desfecho em 2011, o OFT considerou que algumas das maiores cadeias de supermercado inglesas tinham trocado informações de forma ilícita relativas aos preços a praticar no que concerne a produtos lácteos.

2480. A investigação realizada determinou que, em oito situações no ano de 2002 e em cinco situações em 2003, ocorreram trocas de informação restritivas da concorrência entre

⁶⁹⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts supra* citado, p. 29.

⁶⁹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts supra* citado, p. 31.

⁶⁹⁹ Esta prática tem sido analisada mais detalhadamente nos Estados Unidos da América desde a década de 1930 do século XX, num conjunto de vasto de casos, por exemplo: *United States v. Parke, Davis & Co.* (Supreme Court – 1960); *Greggar S. Isaksen v. Vermont Castings, Inc.* (Seventh Circuit – 1987); *Big Apple BMV, Inc. v. BMW of North America, Inc.* (Third Circuit – 1992); *Thomas G. Lovett v. General Motors Corporation* (Eight Circuit – 1993); *Toys “R” Us v. FTC* (7th Cir 2000); *Euromodas, Inc. v. Zanella* (First Circuit – 2004).

fornecedores/concorrentes como parte de um plano de coordenação dos PVP do queijo no mercado retalhista.

2481. Com exceção da *Tesco*, todos os fornecedores e retalhistas admitiram as infrações que lhes foram imputadas, tendo conseqüentemente sido adotadas decisões de transação. Após recurso da *Tesco* da decisão de condenação, o tribunal deu como provada a participação da empresa em três ocasiões, em 2002, em trocas de informação ilícitas com um concorrente (no caso, a *Sainsbury*), tendo aplicado coimas perfazendo um valor total próximo dos 50 milhões de libras⁷⁰⁰.
2482. Anteriormente, em 2003, o OFT adotara uma decisão condenatória contra uma empresa fornecedora de equipamentos de futebol, a *Umbro Holdings Ltd*⁷⁰¹, e três das suas distribuidoras no mercado retalhista, a *JJB Sports* (a maior empresa de distribuição retalhista de artigos desportivos no Reino Unido), a *Allsports* e a *Sports Soccer* (uma *discounter*)⁷⁰² por práticas de *hub and spoke*.
2483. Sinteticamente, considerou o OFT que a *Umbro* e as empresas de distribuição *JJB Sports* e *Allsports* tinham acordado os preços mínimos de venda dos produtos fornecidos pela primeira, sendo que era a *JJB Sports* e a *Allsports* quem exercia pressão junto da *Umbro* para que esta fixasse os referidos preços mínimos. Era também à *Umbro* que cabia depois exercer pressão junto da empresa de distribuição *Sports Soccer* para que também esta colocasse os produtos ao preço fixado, sob ameaça de cortes de fornecimento.
2484. O *Competition Appeal Tribunal* considerou que a *JJB Sports* tinha um elevado poder de mercado, essencialmente devido à sua elevada quota de mercado, e um elevado poder negocial junto da *Umbro* (devido ao volume das suas compras no total das vendas da *Umbro*), sendo que uma das principais preocupações quer da *JJB Sports*, quer da *Allsports* era, precisamente, a de impedir os descontos concedidos pela *discounter Sports Soccer* nesses produtos.

⁷⁰⁰ Cf. decisão do OFT de 26 de julho de 2011, processo n.º CE/3094-03 (*Dairy retail price initiatives*).

⁷⁰¹ À data, a *Umbro* possuía licenças exclusivas para a produção de réplicas de camisolas oficiais da seleção inglesa e do Manchester United.

⁷⁰² Cf. decisão do OFT de 1 de agosto de 2003, processo n.º CP/0871/01 (*Price-fixing of Replica Football Kit*).

2485. Num outro caso, em que eram visadas as empresas de distribuição *Argos* e *Littlewoods*, e uma das maiores fabricantes de brinquedos e jogos do Reino Unido (a *Hasbro*⁷⁰³), o OFT considerou que, mesmo na ausência de comunicação direta entre as empresas de distribuição, os acordos que haviam celebrado com a fornecedora *Hasbro* constituíam prova de um comportamento contínuo que visava um objetivo comum: que fosse seguida a política de preços recomendados pela *Hasbro* denominada de “*Iniciativa de Preços*”⁷⁰⁴.
2486. O OFT considerou que os contratos bilaterais entre cada uma das empresas distribuidoras e a sua fornecedora estavam, desta forma, interligados, podendo ser interpretados como um único acordo ou uma prática concertada entre as três empresas.
2487. Em 2015, a autoridade da concorrência belga adotou uma decisão condenatória (em procedimento de transação) e aplicou coimas a 18 visadas, retalhistas na área da distribuição e fornecedores, pelo seu envolvimento numa prática colusiva de natureza vertical e horizontal no setor da perfumaria e higiene, no período compreendido entre 2002 e 2007. A coordenação de preços era realizada através de contactos indiretos entre os retalhistas, atuando os fornecedores como intermediários dessas trocas de informação⁷⁰⁵.
2488. Recorde-se que já em 1988, o Tribunal de Justiça, no acórdão *Erauw-Jacquery*, veio reconhecer os efeitos horizontais produzidos por um conjunto de similares restrições verticais. Neste sentido, dispôs que “[o] n.º 1 do artigo 85.º do Tratado [atual n.º 1 do artigo 101.º do TFUE] indica expressamente como incompatíveis com o mercado comum os acordos que consistam «em fixar, de forma directa ou indirecta, os preços... de venda, ou quaisquer outras condições de transacção». Segundo o despacho de reenvio, a recorrente no processo principal celebrou com outros negociantes

⁷⁰³ Cf. decisão do OFT de 21 de novembro de 2003, processo n.º CP/0480-01 (*Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games*).

⁷⁰⁴ A “Iniciativa de Preços” havia sido posta em prática pela Hasbro, enquanto resposta às preocupações de algumas empresas de distribuição retalhista relativas às baixas margens comerciais. Ora, não só a Hasbro tinha a perfeita noção de que esta política de preços “recomendados” não seria bem-sucedida sem a participação da *Argos* e da *Littlewoods*, como estas tinham receio de se prejudicarem mutuamente. Nesse sentido, a Hasbro assumiu o papel de coordenação desta política, garantindo o respeito das empresas de distribuição pelos preços que lhes eram recomendados.

⁷⁰⁵ Cf. decisão da Autorité Belge de la Concurrence de 22 de junho de 2015, *Hausses coordonnées des prix de vente de produits de parfumerie, d’hygiène et de droguerie*, processo n.º CONC-I/O-06/0038.

preparadores contratos de teor idêntico ao do contrato impugnado, o que confere a estes contratos os mesmos efeitos que um regime de preços fixados por um acordo horizontal. Em tais circunstâncias, uma cláusula deste tipo tem por objectivo e por efeito restringir a concorrência no mercado comum⁷⁰⁶ (sublinhado da Autoridade).

2489. Com as devidas salvaguardas e adaptações, vejam-se ainda os casos do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939) e *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960), bem como o caso mais recente no panorama internacional em matéria de *hub and spoke*, o acórdão do *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* do Chile, de 28 de fevereiro de 2019, Sentencia n.º 167/2019, caso Walmart⁷⁰⁷.

2490. Os casos anteriormente expostos – sem prejuízo das naturais dissemelhanças dos factos – são representativos de exemplos em que os tribunais condenaram empresas pela sua participação em práticas de coordenação de preços, realizadas através de contactos indiretos entre os retalhistas/empresas de distribuição, atuando os fornecedores como intermediários através de feixes verticais de trocas de informação entre o fornecedor comum e cada um dos respetivos retalhistas/empresas de distribuição e/ou por via da celebração de contratos entre o fornecedor comum e os respetivos retalhistas/empresas de distribuição.

2491. Existem, por conseguinte, semelhanças entre elementos presentes nos casos anteriormente mencionados e o presente caso, em que as empresas de distribuição visadas utilizavam o seu relacionamento vertical com o fornecedor Bimbo Donuts (bem como o relacionamento vertical do fornecedor com insígnias concorrentes) para, em conjunto, promoverem e/ou garantirem o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista, através de troca de informação comercial estratégica. Isto, naturalmente, sem prejuízo das circunstâncias concretas de cada um dos casos em

⁷⁰⁶ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de abril de 1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery c. Société coopérative La Hesbignonne*, processo n.º 27/87, Colet. 1988, p. 01919, parágrafos 14 e 15; cf., igualmente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1985, *SA Binon & Cie c. SA Agence et messageries de la presse*, processo n.º 243/83, Colet. 1985, p. 2015.

⁷⁰⁷ Confirmado pelo Supremo Tribunal Chileno que, a 8 de abril de 2020, condenou as empresas Cencosud, SMU e Walmart, ao pagamento de uma coima de 21 milhões de dólares americanos.

referência, e bem assim da especificidade das regras aplicáveis a cada um dos casos nas respetivas jurisdições.

2492. No plano da jurisprudência nacional, o caso *Lactogal* é sintomático da posição que os tribunais nacionais têm assumido quando estejam em causa restrições da concorrência em resultado de uma fixação artificial de preços (no caso, vertical)⁷⁰⁸, tendo reiterado a sua posição quanto à natureza e gravidade deste tipo de restrição da concorrência, e sublinhado uma vez mais que a fixação dos preços é um ato objetivamente adequado a impedir, falsear ou restringir a concorrência, integrando por si só uma restrição sensível da concorrência, não havendo necessidade de intenção para que uma infração por objeto seja punível:

"[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 as empresas de distribuição 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 expandido 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, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve 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

⁷⁰⁸ Como já se referiu, o próprio comportamento consubstanciado nos contactos entre fornecedor e cada empresa de distribuição visada no presente processo é suscetível de, em si mesmo, se subsumir a uma infração concorrencial de natureza vertical (de fixação de preços de revenda, ou na terminologia anglo-saxónica, *resale price maintenance (RPM)*). No entanto, no presente caso, esses comportamentos são instrumentais e representam uma etapa de uma infração, mais alargada, que inclui, para além dessa dimensão vertical, uma dimensão explicitamente horizontal. Em termos muito simples, o RPM é, no presente caso, um instrumento usado pelas visadas para consumir uma prática concertada de *hub and spoke* orientada ao alinhamento horizontal de PVP no mercado retalhista de base alimentar, pelo que a infração de RPM resulta consumida no seio desta última.

*horizontal de preços*⁷⁰⁹], 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»⁷¹⁰.

2493. Do mesmo modo, importa neste contexto fazer igualmente referência à sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glintt* em que, no contexto de um acordo vertical, se voltou a clarificar que "[a] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado"⁷¹¹.

2494. Ora, o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeia sobre o conceito de acordo ou prática concertada proibida consiste, precisamente, no princípio de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente.

2495. Neste sentido, esclarece o Tribunal de Justiça, no acórdão *Suiker Unie*, que “os critérios de coordenação e de cooperação estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal, longe de exigir a elaboração de um verdadeiro «plano», devem ser entendidos à luz da conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum, incluindo a escolha dos destinatários das suas ofertas e das suas vendas”⁷¹².

2496. Tal significa que “se é exato que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente ao comportamento

⁷⁰⁹ Onde se lê “no caso, uma fixação horizontal de preços”, deve ler-se “no caso, uma fixação vertical de preços”, tratando-se, provavelmente, de um lapso de escrita do próprio acórdão.

⁷¹⁰ Cf., neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1, p. 32 a 35; cf., igualmente, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR (*Lactoga*).

⁷¹¹ Cf. sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12 de setembro de 2011, 4.º Juízo, processo n.º 199/01.0TYLSB (*Baxter e Glintt*), p. 37.

⁷¹² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, *Suiker Unie c. Comissão supra* citado, p. 173.

conhecido ou previsto dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos direto ou indireto entre tais operadores que tenha por objetivo ou efeito influenciar o comportamento no mercado de uma concorrente atual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado”⁷¹³.

2497. Esta exigência de autonomia na fixação dos preços opõe-se, pois, frontalmente a qualquer contacto, direto ou indireto, entre empresas suscetível de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente. Ou seja, opõe-se a que uma empresa revele a um concorrente seu, diretamente ou através de um intermediário, o comportamento que decidiu ter ou que projeta adotar no mercado, com o objetivo de (ou que tenha como efeito) chegar a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa, tendo em conta a natureza dos produtos, a sua importância, o número das empresas e o volume desse mercado⁷¹⁴.

2498. Como se tem demonstrado, o caso em concreto corresponde, precisamente, a uma prática concertada operacionalizada pelo meio de troca de informação estratégica através de um fornecedor comum. Mais especificamente, o fornecedor transmite às empresas de distribuição visadas informação relativa aos PVP a implementar em determinado momento e estas, por sua vez, confirmam a adoção futura dos PVP, mediante a implementação dos mesmos pelas insígnias concorrentes.

2499. É, portanto, manifesto que uma prática que vise estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços no mercado, seja diretamente (entre concorrentes) ou indiretamente (através de um fornecedor ou “hub”), é suscetível de infringir as normas de concorrência, porquanto atenua ou elimina o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, designadamente quanto à data, à dimensão e às modalidades da adaptação do comportamento no mercado que

⁷¹³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, *Suiker Unie c. Comissão supra* citado, p. 174.

⁷¹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 32 e jurisprudência aí referida.

as empresas em causa vão pôr em prática⁷¹⁵, o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o carácter restritivo – pelo próprio objeto – destes comportamentos.

2500. No que respeita à partilha de informação estratégica entre concorrentes, nas suas Orientações sobre cooperação horizontal, a Comissão Europeia refere expressamente que “[a]o aumentar artificialmente a transparência no mercado, o intercâmbio de informações estratégicas pode **facilitar a coordenação (ou seja, o alinhamento) do comportamento concorrencial das empresas** e provocar efeitos restritivos da concorrência”⁷¹⁶.

2501. Segundo as referidas Orientações, esta coordenação pode ocorrer através de diferentes vias:

“Uma das formas consiste no facto de, através do intercâmbio de informações, as empresas poderem chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação, o que pode levar a um comportamento colusivo no mercado. O intercâmbio de informações pode criar expectativas mutuamente equivalentes no que se refere às incertezas presentes no mercado. Nesta base, as empresas podem subsequentemente chegar a um entendimento comum sobre as condições da coordenação do seu comportamento concorrencial, mesmo sem um acordo explícito de coordenação. É muito provável que o intercâmbio de informações acerca das intenções relativas ao comportamento futuro permita que as empresas cheguem a um entendimento comum”⁷¹⁷ (sublinhado da Autoridade).

⁷¹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 35 a 41; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl c. Comissão*, processo n.º C-194/99 P, Colet. 2003, p. 10821; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colet. 1975, p. 563; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, *Züchner*, proc. 172/80, Colet. 1981, p. 2021, parágrafo 13; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colet. 1994, p. 1307, parágrafo 63; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, *Deere c. Comissão*, processo n.º C-7/95 P, Colet. 1998, p. 3111, parágrafo 86.

⁷¹⁶ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 65. De acordo com estas Orientações, a troca de informação entre concorrentes pode “provocar efeitos restritivos da concorrência, em especial em situações em que é susceptível de permitir que as empresas tomem conhecimento das estratégias de mercado dos seus concorrentes” – cf. parágrafo 58.

⁷¹⁷ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 66. De

2502. Ainda segundo as mesmas Orientações:

“Uma outra via através da qual o intercâmbio de informações pode provocar efeitos restritivos da concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. Esse mecanismo de controlo pode ser constituído pelo intercâmbio de dados presentes ou passados. Assim, as empresas podem adotar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado”⁷¹⁸ (sublinhado da Autoridade).

2503. Entende-se, desta forma, que a troca de informações estratégicas tem a capacidade de reduzir a independência das empresas no momento da tomada de decisões, enfraquecer os incentivos de estas concorrerem entre si e, conseqüentemente, reduzir a incerteza estratégica no mercado.

2504. São informações estratégicas as que estão relacionadas com “preços (por exemplo, preços efetivos, descontos, aumentos, reduções ou abatimentos), carteiras de clientes, custos de produção, quantidades, volumes de negócio, vendas, capacidades, quantidades, planos de marketing, riscos, investimentos, tecnologias, programas de I&D e respetivos resultados. Em geral, as informações relacionadas com os preços e as quantidades são as que têm maior valor estratégico, seguindo-se as informações sobre os custos e a procura”⁷¹⁹.

acordo com estas Orientações, a troca de informação entre concorrentes pode constituir uma “prática concertada se reduzir a incerteza estratégica no mercado, favorecendo deste modo um comportamento colusivo, por exemplo, se os dados objecto do intercâmbio forem relevantes de um ponto de vista estratégico. Conseqüentemente, a partilha de dados estratégicos entre concorrentes equivale a uma concertação, visto que reduz a independência do comportamento dos concorrentes no mercado e diminui os seus incentivos para concorrer” – cf. parágrafo 61.

⁷¹⁸ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 67.

⁷¹⁹ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 86.

2505. Além da aferição do valor estratégico na informação trocada entre concorrentes, poderá ainda considerar-se a natureza da informação trocada na infração em causa, i.e., se se trata de informação agregada ou individualizada⁷²⁰, histórica ou atual⁷²¹, pública⁷²² e se foi trocada em privado ou em público⁷²³.

2506. Ora, a troca de informações estratégicas individualizadas, em privado, seja sobre intenções atuais ou futuras, corresponde à troca de informações mais lesiva da concorrência, uma vez que permite às empresas concorrentes chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação, possibilitando a monitorização e controlo de desvios das empresas envolvidas, bem como o exercício de uma retaliação eficiente em caso de verificação de desvio.

2507. Por fim, importa compreender a cobertura do mercado das empresas envolvidas na troca de informações objeto da infração. Esclarece a Comissão que:

⁷²⁰ “[O] intercâmbio de dados individualizados facilita um entendimento comum sobre o mercado e sobre as estratégias de sanção, permitindo que as empresas participantes na coordenação identifiquem uma empresa que se desvia ou uma empresa que pretende entrar no mercado”, cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 89.

⁷²¹ “É pouco provável que o intercâmbio de dados históricos permita a adoção de um comportamento colusivo visto que tais dados não são suscetíveis de fornecer uma indicação sobre o comportamento futuro dos concorrentes ou de promover um entendimento comum sobre o mercado”. Apesar de não existir um limiar pré-definido a partir do qual os dados passam a ser históricos a avaliação da antiguidade da informação dependerá “do tipo de dados, do seu grau de agregação, da frequência do intercâmbio e das características do mercado relevante (ou seja, da sua estabilidade e transparência)”, cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 90.

⁷²² “Normalmente, é pouco provável que os intercâmbios de informações verdadeiramente públicas constituam uma infração ao artigo 101.º. Entende-se por informações verdadeiramente públicas, as informações a que qualquer concorrente ou cliente pode ter acesso com a mesma facilidade (em termos de custo de acesso). Alerta, porém, a Comissão que “a possibilidade de recolher informações no mercado, por exemplo, junto de clientes, não significa necessariamente que tais informações constituam dados de mercado facilmente acessíveis para os concorrentes”, cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 91.

⁷²³ “Um intercâmbio é verdadeiramente público se os dados trocados forem acessíveis de forma idêntica (em termos do custo de acesso) a todos os concorrentes e clientes”. Ressalva, porém, a Comissão que “não se pode excluir totalmente que mesmo os intercâmbios de informações verdadeiramente públicos possam facilitar um comportamento colusivo no mercado”, cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 92

“Para que seja provável que um intercâmbio de informações tenha efeitos restritivos apreciáveis sobre a concorrência, as empresas participantes devem representar uma parte suficiente importante do mercado relevante”⁷²⁴.

2508. No caso concreto, conforme demonstrado *supra* no capítulo III.3 da presente Decisão, ao longo de cerca de aproximadamente onze anos, a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas foram adaptando o seu comportamento em função de um objetivo comum, o de garantir o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. parágrafos 2338 e seguintes da presente Decisão).

2509. Para o efeito, numa base regular, praticamente quotidiana, cada uma das empresas de distribuição visadas tinha acesso, através do fornecedor, a informação relativa ao posicionamento de PVP presente e futuro, à calendarização para o reposicionamento, e à intenção de cada insígnia concorrente em alinhar ou não o seu comportamento, informando, por seu turno, o fornecedor, para que este transmitisse às insígnias concorrentes, sobre a sua intenção de alinhar ou não o seu comportamento (cf. parágrafos 1739(iv), 1856(iii), 1856(iv), 1949(iii), 1949(iv), 2067(iii) e 2067(iv) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2510. Importa recordar que esta informação, por ser intrinsecamente estratégica, não é tipicamente partilhada entre empresas concorrentes, mesmo que indiretamente.

2511. No entanto, e em conformidade com a informação recebida, cada uma das empresas de distribuição visadas adaptava o seu comportamento em função do nível de PVP fixado e acordado e da calendarização pretendida para o reposicionamento (cf. parágrafos 1739(i), 1856(i), 1949(i) e 2067(i) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2512. Para além de concertar o seu comportamento em função do plano de ação comum, o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, monitorizavam os PVP praticados no mercado (cf. capítulo III.3.1.4 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

⁷²⁴ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 87.

2513. Em determinados momentos ao longo do período de tempo considerado, em caso de ocorrência de desvios aos PVP que se encontram alinhados no mercado, o fornecedor comum – a Bimbo Donuts – pressiona a empresa de distribuição desviante, frequentemente a pedido ou sob pressão de uma empresa concorrente, de modo a que aquela corrigisse rapidamente os PVP para os níveis pretendidos e acordados para reposicionamento em determinada data (cf. capítulo III.3.1.5 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).
2514. E caso esse reposicionamento não fosse alcançado, verificavam-se retaliações por parte de empresas de distribuição concorrentes não desviantes (cf. capítulo III.3.1.6 *supra* da presente e toda a documentação aí referenciada).
2515. O facto de resultar dos elementos de prova analisados que, em determinados momentos, ao longo do período de tempo considerado, se verificaram desvios face ao nível de PVP pretendido e acordado para reposicionamento em determinada data, não significa que a prática concertada entre as empresas visadas não tenha existido.
2516. Como referido anteriormente, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, como resulta aliás e designadamente, dos documentos que integram a conversaçãõ n.º 33 (cf. parágrafos 1244 a 1248 *supra*).
2517. Não obstante a ocorrência dos referidos desvios ocasionais, o que os elementos de prova demonstram é que cada uma das empresas de distribuição visadas adaptava efetivamente o seu comportamento em função do plano de ação comum, reposicionando os PVP de acordo com o previamente acordado com a Bimbo Donuts e, indiretamente, com as insígnias concorrentes (cf. parágrafos 1856(ii), 1949(ii) e 2067(ii) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada), com o intuito de contribuir para o objetivo comum de alinhamento do mercado (cf. parágrafos 2338 e 2339 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).
2518. Considera-se, portanto, verificado o elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE relativo à existência de um concurso de vontades (conluio ou colusão) entre as visadas.

IV.1.3.2.2 Pronúncia das Visadas

2519. As visadas contestam o preenchimento do tipo objetivo de ilícito, arguindo que a matéria de facto não se subsume ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012⁷²⁵.
2520. Em primeiro lugar, as visadas afirmam que não há prova da existência de um acordo expresso entre as insígnias no sentido do alinhamento de PVP⁷²⁶.
2521. Em segundo lugar, as visadas alegam que também não há prova da existência de uma prática concertada.
2522. A Auchan alega que, *“de acordo com o desenho de infração proposto pela AdC (ou com as normas aplicáveis), os vários elementos do tipo exigidos para a verificação da infração não se encontram preenchidos no caso da Auchan. Pelo contrário, são inúmeros os elementos de prova constantes dos autos (e novamente referidos na presente pronúncia) que, de modo inequívoco e sem necessidade de interpretação, provam que a Auchan prosseguia uma política comercial independente e autónoma (face aos fornecedores e aos distribuidores concorrentes)”*⁷²⁷.
2523. Mais defende que, mesmo que se verificasse um eventual paralelismo de preços, sempre estaria justificado pela transparência que caracteriza o mercado nacional de retalho alimentar⁷²⁸.
2524. A este propósito, a Auchan apresenta uma resenha da jurisprudência europeia sobre o conceito de prática concertada (referindo os casos *Dyestuffs*⁷²⁹, *Sugar*⁷³⁰, *Pioneer*⁷³¹, *Polypropilene*⁷³² e *Wood pulp*⁷³³) e recorre ao relatório aprofundado dos setores dos combustíveis líquidos e do gás engarrafado em Portugal, elaborado pela AdC em 2009, para concluir que o paralelismo de comportamento verificado (através de ações de

⁷²⁵ Cf. capítulo III da PNI MCH, capítulo III da PNI Pingo Doce e capítulos II.1.7 e III.2 da PNI Auchan.

⁷²⁶ Cf. capítulos II.1.7 e III.2 da PNI Auchan.

⁷²⁷ Cf. §852 e 853 da PNI Auchan.

⁷²⁸ Cf. capítulos III.1 e III.2 da PNI Auchan.

⁷²⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão*, processo n.º 48/69.

⁷³⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1975, *Suiker Unie c. Comissão*, processo n.º 40/73.

⁷³¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 07 de junho de 1983, *Musique Diffusion Française c. Comissão*, processo n.º 100/80.

⁷³² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08 de julho de 1999, *Hercules Chemicals NV c. Comissão*, processo n.º C-51/92 P.

⁷³³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1993, *Ahistrôm Osakeyhtiô e outros c. Comissão*, processo n.º C-89/85.

shopping e ações de reposicionamento dos PVP) resulta apenas da mera adaptação inteligente de cada insígnia ao comportamento conhecido ou esperado das suas concorrentes, o que consubstancia um comportamento lícito porque resulta do normal funcionamento do mercado⁷³⁴.

2525. A Auchan alega ainda que, no caso concreto, se constata a total inexistência de contactos entre os concorrentes e a inexistência de qualquer sistema organizado de divulgação de intenções de comportamento comercial, pelo que não resulta provado que os movimentos de preços sejam consequência direta e necessária de uma prática concertada entre a Bimbo Donuts e os distribuidores concorrentes⁷³⁵.

2526. Conclui a Auchan que não existe da sua parte qualquer convergência de vontades com as restantes visadas no sentido de participar na prática que a AdC lhe imputa.

2527. Para a Pingo Doce, “*não resulta dos elementos probatórios apresentados pela AdC que, pelo menos quanto ao Pingo Doce, estejam verificados todos aqueles pressupostos [que têm de se verificar para que estejamos perante o conceito de prática concertada] que, realce-se, são cumulativos*”⁷³⁶.

2528. Assim, entende a Pingo Doce que, uma vez que a prática de “*hub and spoke*” se caracteriza por não existirem contactos diretos entre os retalhistas concorrentes, “*torna-se muito mais exigente a alegação de factos que demonstrem o i) contacto entre empresas retalhistas, ii) a cooperação entre estas empresas como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre as mesmas, iii) a reciprocidade de comportamentos das empresas*”⁷³⁷.

2529. De forma a justificar estas alegadas insuficiências, a Pingo Doce cita diversa jurisprudência e doutrina que, na sua ótica, corroboram o que a AdC não demonstrou e estava obrigada a demonstrar⁷³⁸.

⁷³⁴ Cf. capítulo III.2.2 da PNI Auchan.

⁷³⁵ Cf. §874 e ss. da PNI Auchan.

⁷³⁶ Cf. §425 da PNI Pingo Doce.

⁷³⁷ Cf. §428 e 430 da PNI Pingo Doce.

⁷³⁸ Cf. pág.110 ss. da PNI Pingo Doce.

2530.A visada refere que a AdC, além de não alegar factos que demonstrem o alinhamento entre as empresas de distribuição visadas, este não poderia ter resultado da partilha de informação pública (como é o caso do envio de talões), motivo pelo qual “a AdC não poderia considerar como elementos de prova incriminatória para a demonstração do tipo objectivo, entre outros, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1159, ou BakeryDonuts789”⁷³⁹.

2531.Alega também que o pretenso alinhamento não poderia decorrer de relações comerciais/negociais normais entre retalhista e fornecedor, “que muitas vezes são comercialmente sensíveis e que nada têm de ilícito”⁷⁴⁰ – referindo ser claro que um retalhista possa legitimamente transmitir aos seus fornecedores informação referente a estratégias comerciais futuras, nomeadamente preços, atividades promocionais e planos de investimento⁷⁴¹.

2532.Segundo a Pingo Doce, mesmo que esta empresa tivesse revelado informação comercialmente sensível à Bimbo Donuts, nunca houve da sua parte “qualquer intenção de o fornecedor a fazer chegar aos seus concorrentes” e, no movimento inverso, “também não há prova nos autos ou na NI de que tenha havido partilha de informação sensível e estratégica entre o fornecedor e os concorrentes do Pingo Doce, em que tais concorrentes têm consciência de que a informação que é neles originária será (re)transmitida ao Pingo Doce”⁷⁴².

2533.A visada alega não resultar da prova que a alegada cooperação da Pingo Doce com os seus concorrentes por intermédio do fornecedor, tendo existido, tenha diminuído, ou fosse capaz de diminuir, a incerteza que existiria nos mercados em causa⁷⁴³.

2534.Argui igualmente que a AdC não alegou factos quanto à utilização pelos concorrentes da informação sensível na definição da sua atuação no mercado, nem que existia

⁷³⁹ Cf. §435 e 440 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴⁰ Cf. §441 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴¹ Cf. §446 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴² Cf. §506 e 507 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴³ Cf. §459 da PNI Pingo Doce.

qualquer tipo de reciprocidade na alegada troca de informações entre a Pingo Doce e as restantes visadas, nem qualquer tipo de colusão⁷⁴⁴.

2535. Vem a Pingo Doce alegar que a AdC não forneceu “*qualquer evidência sobre a contribuição do fornecedor para a estabilidade da alegada prática restritiva nem esclarece quais são os incentivos dos retalhistas para se socorrerem do fornecedor como «hub»*”⁷⁴⁵.

2536. Por fim, a Pingo Doce alega que «*[e]m qualquer caso, dada a própria jurisprudência da UE e constitucional, a interpretação contida no artigo 9.º, n.º1 do RJC, em que a verificação dos elementos do tipo contra-ordenacional – consiste na alegada infracção por hub&spoke restritiva da concorrência – poderia ser realizada através de uma presunção de que a prática restringe a concorrência por objecto cujos efeitos nefastos não carecem de ser demonstrados pela AdC, seria materialmente inconstitucional, por violação dos princípios e garantias constitucionais de proibição da inversão do ónus da prova, da presunção de inocência e “in dubio pro reu” e ainda os diretos ao silêncio do arguido/visado e à recusa em colaborar na sua auto-incriminação (artigo 32.º, n.º 2 e n.º 10, da CRP)*»⁷⁴⁶.

IV.1.3.2.3 Apreciação da Autoridade

2537. Apreciada a defesa das visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2538. É verdade que a matéria de facto considerada provada não revela um acordo expresso estabelecido, pessoal e diretamente, por escrito, entre as empresas de distribuição visadas, nem entre estas e o fornecedor.

2539. Sucede que esse acordo não se revela necessário, como acima referido, para que se esteja perante um concurso de vontades suscetível de configurar uma restrição da concorrência.

⁷⁴⁴ Cf. §460 e 467 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴⁵ Cf. §466 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴⁶ Cf. §543 da PNI Pingo Doce.

2540. Como analisado anteriormente, a noção jusconcorrencial de *concurso de vontades* (conluio ou colusão) não pressupõe a existência de uma convenção escrita e juridicamente vinculativa para as partes, bastando que se verifiquem indícios de um comportamento coordenado, obrigando-se uma parte a determinada conduta ou eliminando-se a incerteza sobre ela.
2541. A coordenação poderá ser expressa ou tácita, ou seja, do comportamento das partes poderão resultar indícios de que estas deixaram de atuar com independência, sem necessidade de se demonstrar que se comprometeram expressa e verbalmente nesse sentido.
2542. Considera-se, assim, que existe *concurso de vontades* caso os elementos de prova sejam suscetíveis de demonstrar que as empresas em causa substituíram efetivamente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.
2543. No caso concreto, tal como referido na Nota de Ilícitude e na presente Decisão, não obstante não constar do acervo probatório do processo qualquer contrato/acordo em sentido estrito, estabelecido expressa e diretamente, por escrito, entre as empresas de distribuição visadas, a verdade é que a prova demonstra que as visadas implementaram um esquema de entendimento e cooperação que eliminou o que deveria ser a independência, autonomia e a capacidade das empresas de distribuição visadas determinarem os próprios PVP e demais condições comerciais aplicáveis à venda dos produtos da Bimbo Donuts (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).
2544. Por um lado, os comportamentos das visadas revelam que estas desenvolveram condutas que, conjuntamente, resultaram na existência de um processo de fixação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts, com o intuito de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).
2545. Este alinhamento era desejado e executado por todas as visadas, na medida em que, por um lado, garantia ao fornecedor uma estabilidade no nível dos preços dos seus produtos (garantindo a sua margem grossista) e, por outro lado, garantia às empresas de distribuição visadas a margem obtida pela comercialização de produtos Bimbo Donuts e a inexistência de preços PVP inferiores no mercado (cf. parágrafos 812 a 816 *supra*).

2546. Ora, ao longo de mais de uma década, as empresas de distribuição visadas tiveram acesso a informação relativa ao posicionamento (*price point*) pretendido pelo fornecedor para os seus produtos, à calendarização para o reposicionamento e à intenção das empresas de distribuição concorrentes em alinhar (ou não) o seu comportamento em concordância (v.g. os elementos descritos nos parágrafos 983 a 989, 1000, 1096 a 1101, ou ainda 1107 a 1108 *supra*, assim como os documentos BakeryDonuts603, BakeryDonuts605, BakeryDonuts775, BakeryDonuts726, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts908, BakeryDonuts964, BakeryDonuts973, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts142, BakeryDonuts164, BakeryDonuts163).

2547. Ou seja, ao longo do referido período, as empresas de distribuição tiveram acesso, através do fornecedor, a informação com carácter estratégico de concorrentes no que respeita aos produtos comercializados por esse mesmo fornecedor, designadamente quais os PVP que devem efetivamente ser praticados no mercado quer por si, quer pelas suas concorrentes para um conjunto determinado de produtos (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2548. Com efeito, ficou provado que as orientações sobre preços que eram transmitidas pela Bimbo Donuts às empresas de distribuição visadas, a que as visadas atribuem o significado de meras recomendações, eram na realidade verdadeiros PVP, previamente definidos em conjunto com o objetivo de serem implementados de forma alinhada em determinadas datas (cf. parágrafos 1134 a 1137, 1143 a 1145, 1214 e 1706 a 1707 *supra*).

2549. Para além de concertarem o seu comportamento em função do plano de ação comum, a prova demonstra ainda que as visadas implementaram um sistema de controlo e monitorização sobre os PVP efetivamente praticados, confrontando o fornecedor com eventuais desvios, pressionando-o para que este atuasse junto das empresas de distribuição concorrentes desviantes, garantindo a correção dos desvios e o alinhamento horizontal dos PVP no mercado, demonstrando, ainda, os autos, o recurso a ações de pressão, coação ou retaliação quando era detetado um incumprimento ao nível de preços concertado (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2550. Aliás, as visadas têm colaboradores cuja função é efetuar essa monitorização de PVP *in loco*, sendo presença diária nas instalações das empresas de distribuição visadas,

chegando mesmo os colaboradores da Bimbo Donuts a comprar os produtos em causa, para obter talões de compra, que posteriormente fotografam/digitalizam e são enviados para as empresas de distribuição que monitorizaram a implementação dos preços, servindo de comprovativo de que determinado PVP está efetivamente a ser praticado (i.e., já foi corrigido).

2551. Neste sentido, recorde-se o documento BakeryDonuts1159, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1255 a 1256 e 1339 a 1340:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de outubro de 2008 22:36
To
Subject: RE: Shopping Semana 43.2008

Em relação ao seu shoooping

Sonae: tudo ok . Em relação a bollycao de 1 o preço correcto é 0,79€

Jumbo: os dados actuais de shoooping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de alguma informação adicional por favor diga-me

Lidl: Minibollycao e Minidonuts vai seguir a indicação esta semana. Depois de ter subido a Lidl baixou em algumas tarifas devido a shoopings incorrectos mas ja esta resolvido

Mpreço: O preço de Bollycao de 4 não está correcto no seu shoooping. O preço actual é 2,89€. Subiram no mesmo timing (setembro) do Pingo Doce

Em relação a Minidonuts, bollycao balance e minibollycao envio-lhe o comprovativo na quinta feira (ou eu ou alguém da minha equipa vai fazer chegar-lhe o documento)

Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objectivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From:
Sent: terça-feira, 28 de Outubro de 2008 18:05
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Shopping Semana 43.2008

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Em anexo segue o shopping efectuado durante a semana passada:

Fico a aguardar o seu feedback.

2552. Sendo enviado em anexo o seguinte talão comprativo:



2553. Por outro lado, o comportamento das empresas de distribuição visadas revela que estas adaptavam o seu comportamento em função da informação relativa ao posicionamento futuro das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor e transmitem ao fornecedor informação relativa ao seu posicionamento futuro de PVP com a intenção expressa – e o conhecimento – de que o fornecedor transmita essa mesma informação às suas concorrentes, cumprindo, na grande maioria dos casos e por via de regra, os preços “recomendados” pela Bimbo Donuts (cf. parágrafos 1702 e 1703 da presente Decisão).

2554. Desta forma, as empresas de distribuição visadas comunicavam efetivamente entre si, ainda que de forma indireta, através do fornecedor, estabelecendo uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes e que, desse modo, restringiu a concorrência entre elas relativamente aos PVP praticados no mercado de distribuição retalhista alimentar para os produtos da Bimbo Donuts.

2555. Ficou, pois, provado que todas as empresas envolvidas tinham plena consciência deste “modus operandi”.

2556. Na realidade, as empresas de distribuição visadas assentiam expressamente quanto aos PVP pré-fixados e indicavam a data em que iam implementar a mudança, de forma livre, espontânea e esclarecida, no único pressuposto de estarem alinhadas com as

restantes insígnias nos movimentos de fixação conjunta dos PVP, nos termos da informação que lhes era transmitida pelo fornecedor (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2557. Recorde-se, nesse sentido, o documento BakeryDonuts614:

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Enviada: 24 de março de 2005 14:53
Para: | - Identidade de colaborador da Panrico:
|
Cc:
Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde

Agradeço desde já a vossa colaboração e venho apenas confirmar aquilo que a [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:] já lhe transmitiu, ou seja, temos de facto a hipótese de no dia 31 termos os preços regularizados com todas as Cadeias. Aquilo que lhe garanto é que nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvp's de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com voçês.

Obrigado e uma boa Páscoa!

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

From:
Sent: quinta-feira, 24 de Março de 2005 14:09
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

Subject: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia às 09.00 estaremos na concorrência - Dia / Carrefour / Continente / Feira Nova a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência - ou seja no dia seguinte e após verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento.

Cumprimentos a todos,

-----mensagem original-----

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico: |

Enviada: quinta-feira, 24 de Março de 2005 9:35

Para:

Cc:

Assunto: Panrico - Alinhamento de PVP

Bom dia

actualmente são inumeros os problemas que a Panrico tem quer com o Auchan , quer com todas as outras cadeias , no que respeita a PVP e margens!

1

As margens estão esmagadissimas, e o nosso objectivo neste momento é nivelar os preços para patamares aceitáveis!

Como tal, está definido para o proximo dia **31/Março/2005** um **alinhamento geral de PVP** em 4 artigos de "guerra" da Panrico, alinhamento esse ao qual as Insignias Dia%, Sonae, Carrefour e Feira Nova já aderiram!

Daqui em diante, estes produtos deixarão de fazer parte de acções quer de semana, quer de fim de semana, estando mesmo nós, internamente, proibidos de as fazer!

Os Produtos e PVP minimos são:

1870 - Donuts 4 - 1,69€

1850 - Bollycao Classico 4 - 2,39€

1827 - Pão 600Gr - 1,49€

512493 - Pão S/Codea 450Gr - 1,99€

Apelo à vossa compreensão e colaboração para que no dia 31 todos estes PVP estejam nivelados! Fico a aguardar a sua confirmação

Melhores Cumprimentos

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico - Produtos Alimentares

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

2558. Portanto, cada empresa de distribuição visada foi tendo acesso, por via do fornecedor, à estratégia comercial futura das demais empresas de distribuição concorrentes, contribuindo para isso através do fornecimento da sua própria estratégia, sendo inequívoca a expectativa da parte das insígnias quanto ao posicionamento dos PVP no mercado, o que permitiu reduzir o risco da pressão concorrencial e a incerteza normalmente associada ao comportamento estratégico de um concorrente.

2559. A AdC forma, assim e com base nos elementos de prova exhaustivamente descritos nos capítulos de análise factual, a sua convicção de que as empresas visadas estabeleceram entre si uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto aos comportamentos das insígnias concorrentes relativa ao posicionamento futuro de PVP dos produtos da Bimbo Donuts e à calendarização de sucessivos movimentos de alinhamento e subida conjunta no mercado de distribuição retalhista de base alimentar português, necessário para que se considere preenchido o critério estabelecido no n.º 1

do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, relativo à existência de uma prática concertada.

2560. Não pode a AdC deixar de referir que é verdade que a matéria de facto considerada não inclui a constatação exaustiva da existência de um paralelismo de preços no mercado de retalho alimentar português durante o período de tempo em que ocorreu a prática investigada.

2561. Sucede que a Autoridade não procedeu a essa análise, nem tinha de o fazer no contexto da apreciação jusconcorrencial da infração demonstrada, na medida em que, nos termos em que se analisarão *infra*, está em causa uma infração pelo objeto baseada em prova de uma colusão *explícita* orientada ao alinhamento dos PVP entre as insígnias visadas.

2562. Em todo o caso, a Autoridade não pode deixar de notar que a prova apreciada na presente Decisão revela que as insígnias estão muitas vezes alinhadas entre si (cf. documentos cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts658, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts600, BakeryDonuts606, BakeryDonuts717, BakeryDonuts167, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661 e BakeryDonuts118).

2563. Na linha do exposto e não obstante a ocorrência de desvios, a matéria de facto provada demonstra que as empresas de distribuição corrigiam o seu posicionamento em função do plano de ação comum, adaptando o seu comportamento em função de uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão e toda a prova aí referenciada).

2564. Neste sentido, a AdC conclui que a cooperação prática executada conjuntamente pelas visadas era reforçada por um conjunto de comportamentos conexos e sucessivos, de controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, de correção dos desvios identificados e de pressão, coação e retaliação, que eram adotados por todos os intervenientes de modo a garantir o objetivo comum de alinhamento horizontal dos PVP (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a prova aí referenciada).

2565. Independentemente do alinhamento de PVP verificado no mercado poder, em tese e noutras circunstâncias, em especial, na ausência de abundante prova de contactos diretos (com o fornecedor) e indiretos (entre empresas de distribuição, através do

fornecedor) entre as visadas que consta dos autos, resultar de condutas que se traduzissem numa mera adaptação inteligente de cada insígnia ao comportamento conhecido ou esperado das suas concorrentes, no caso concreto e de forma inequívoca não deixa certamente de resultar, de facto, dos comportamentos verificados e demonstrados na presente Decisão.

2566. A Autoridade não pode ainda deixar de referir que a conclusão da existência de tal cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, também não é afastada pela matéria de facto que revela diferenças entre as visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada (cf. capítulo III.3.3 da presente Decisão).

2567. As diferenças verificadas quanto ao grau de participação de cada empresa de distribuição visada e fornecedor não são suscetíveis de afastar a demonstração da participação de todas na cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, para além de não existirem elementos de prova que demonstrem que qualquer uma das visadas se tenha expressamente e de forma efetiva distanciado da prática ou adotado quaisquer comportamentos para lhe pôr termo, resultando demonstrada a existência de um objetivo comum entre todas as visadas (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a prova aí referenciada).

2568. Por conseguinte, a Autoridade conclui que as empresas de distribuição visadas implementaram entre elas, através e em conjunto com o fornecedor comum Bimbo Donuts, uma cooperação prática que eliminou a incerteza quanto ao comportamento das respetivas concorrentes, desse modo restringindo a sua independência e a sua capacidade para determinar de forma concorrencial e independente os PVP, substituindo conscientemente os riscos da concorrência por essa cooperação prática, com implicação direta no mecanismo de formação dos PVP de cada empresa de distribuição visada.

2569. Considera-se, portanto, verificado o primeiro elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, no caso, a existência de um concurso de vontades consubstanciado numa prática concertada (restritiva da concorrência).

IV.1.3.3 Objeto restritivo da concorrência

2570. O n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 proíbe os acordos ou práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência⁷⁴⁷.

2571. Segundo o Tribunal de Justiça, o “objeto” e o “efeito” devem considerar-se condições alternativas, sendo que o “*caráter alternativo desta condição, resultante do uso da conjunção «ou», leva, em primeiro lugar, à necessidade de considerar o próprio objetivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado*”⁷⁴⁸.

2572. Consequentemente, quando o objeto anticoncorrencial de um acordo ou de uma prática concertada se verifica, não é necessário examinar os seus efeitos concretos na concorrência.

2573. A distinção entre “restrição por objeto” e “restrição por efeito” decorre do facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao normal funcionamento da concorrência⁷⁴⁹.

2574. Com efeito, determinadas formas de coordenação entre empresas revelam um tal grau de nocividade para a concorrência, e são de tal modo suscetíveis de produzirem efeitos negativos, que se considera não ser necessário examinar os seus efeitos concretos, uma vez que a própria experiência demonstra que esses comportamentos tendem a provocar reduções da produção, divisão do mercado e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos, em prejuízo dos agentes económicos e dos consumidores⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ O n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 proíbe, igualmente, as decisões de associações de empresas que tenham semelhante objeto ou efeito.

⁷⁴⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo n.º 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381.

⁷⁴⁹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafos 16 e 17; acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de fevereiro de 1978, *Miller c Comissão Europeia*, processo n.º C-19/77, parágrafo 7.

⁷⁵⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo n.º 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381; acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, processo n.º C-32/11, parágrafo 34.

2575. Para ter um objeto anticoncorrencial basta assim que um acordo ou uma prática concertada seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência.

2576. É esta a jurisprudência unânime do Tribunal de Justiça⁷⁵¹, plasmada no acórdão *Cartes Bancaires*:

“[R]esulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que determinadas formas de coordenação entre empresas revelam um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que se possa considerar que não há que examinar os seus efeitos. Esta jurisprudência tem em conta o facto de determinadas formas de coordenação entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo da concorrência.

Assim, é pacífico que determinados comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser considerados de tal modo suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado (...). Com efeito, a experiência mostra que esses comportamentos provocam reduções da produção e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos em prejuízo, especialmente, dos consumidores⁷⁵² (sublinhados da Autoridade).

⁷⁵¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2009, *GlaxoSmithKline Services e o. c. Comissão*, processo apensos n.ºs C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P e C-519/06 P, Colet. 2009, p. 9291, parágrafo 55; acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2009, *T Mobile Netherlands, BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafos 28 e 30; acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, *Football Association Premier League e o.*, processos apensos n.ºs C-403/08 e C-429/08, Colet. 2011, p. 9083, parágrafo 135; acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, processo n.º C-439/09, Colet. 2011, p. 9419, parágrafo 34; e acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la Concurrence e o.*, processo n.º C-226-11.

⁷⁵² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafos 49 e 50; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafo 15; acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, processo n.º C-123/83, Colet. 1985, p. 391, parágrafo 22.

2577. No mesmo sentido esclarece a Comissão nas Orientações sobre cooperação horizontal que *“a troca de informações individualizadas acerca das intenções de uma empresa relativamente ao seu comportamento futuro em matéria de preços ou quantidades é particularmente suscetível de dar origem a um comportamento colusivo”*⁷⁵³. Em consonância *“o intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência por objeto”*⁷⁵⁴.

2578. Daqui resulta que certos comportamentos colusórios típicos, como a fixação dos preços, são pela sua própria natureza prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (i.e., são objetivamente suscetíveis de produzir efeitos negativos no mercado, em prejuízo dos consumidores), constituindo, assim, uma restrição pelo objeto, sem que as autoridades competentes em matéria de concorrência tenham necessidade de proceder à análise dos seus efeitos.

2579. É certo que, no referido acórdão *Cartes Bancaires*, o Tribunal de Justiça refere também que, *“[p]ara apreciar se uma coordenação entre empresas é por natureza prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, importa (...) tomar em consideração qualquer elemento pertinente, tendo em conta, designadamente, a natureza dos serviços em causa, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura dos mercados, relativo ao contexto económico ou jurídico em que a referida coordenação se insere, independentemente de esse elemento ser ou não abrangido pelo mercado relevante”*⁷⁵⁵.

2580. Não obstante, a jurisprudência europeia determina igualmente não ser necessário proceder a uma análise pormenorizada da estrutura dos mercados em causa quando esteja em causa uma prática, como a dos presentes autos, que seja concretamente apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, sob pena de, em sede de

⁷⁵³ Cf. Comunicação da Comissão *“Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”*, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 73.

⁷⁵⁴ Cf. Comunicação da Comissão *“Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”*, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 74.

⁷⁵⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafos 53 e 78; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, processo n.º C-32/11, parágrafos 36 e 37 e jurisprudência referida.

qualificação da infração como restrição pelo objeto, se poder entrar já na consideração dos efeitos concretos no mercado⁷⁵⁶.

2581.A este respeito, importa reter as Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25 de junho de 2015 no âmbito do processo C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, que procurou interpretar a orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça expressa no acórdão *Cartes Bancaires*⁷⁵⁷ de acordo com a jurisprudência estabilizada do mesmo Tribunal quanto à matéria, considerando que “o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa coordenação apresenta, em si mesma, um grau suficiente de nocividade para a concorrência. Concretamente, considero que a experiência acumulada desde há mais de sessenta anos autoriza, doravante, que se considere que as hipóteses previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE respondem à exigência de nocividade intrínseca. Entender a enumeração desta disposição como o «núcleo duro» das restrições da concorrência por objetivo responde ao duplo imperativo que decorre da jurisprudência do Tribunal de

⁷⁵⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.01.2016, *Toshiba Corporation c. Comissão*, processo n.º C-373/14 P, parágrafos 23 a 29. Cf. também acórdão do Tribunal Geral *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia* supracitado, parágrafos 162 a 188.

⁷⁵⁷ O Advogado-Geral Melchior Wathelet considera que a jurisprudência *Cartes Bancaires* “parece «ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas» e que a «linha de demarcação entre os respetivos conceitos de restrições por objetivo ou por efeito [não pode ser esbatida e] que o recurso a este conceito deve ser enquadrado de uma forma mais clara»” e que “[o] contexto económico e jurídico serve para ajudar a autoridade responsável pela análise da restrição por objetivo alegada a compreender a função económica e o significado real do acordo. (...) ter em conta o contexto económico e jurídico significa, por conseguinte, que o acordo controvertido tem apenas de ser concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Com efeito, importa não perder de vista que a vantagem em termos de previsibilidade e de redução do ónus da prova que envolve a identificação dos acordos restritivos por objetivo ficaria «comprometida se essa identificação [carecesse], em última análise, de um exame aprofundado das consequências do referido acordo sobre a concorrência, que fosse muito além do exame circunstanciado do acordo». No entanto, uma abordagem superficial só pode ser justificada em presença de comportamentos (...) que apresentem um risco intrínseco de efeito prejudicial particularmente grave, isto é, as restrições que apresentem intrinsecamente um determinado grau de nocividade” - Cf. Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25 de junho de 2015, no processo n.º C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, parágrafo 54. O Advogado Geral Melchior Wathelet partilha do entendimento expresso pelo Advogado-Geral Nils Wahl nas Conclusões apresentadas em 27 de março de 2014, no processo n.º C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, parágrafos 46 e 47: “Afigura-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, ao recordar a distinção entre os dois tipos de restrições previstas no artigo 81.º, n.º 1, CE, foi, até certo ponto, fonte de interpretações divergentes, ou mesmo de confusão. Com efeito, algumas orientações jurisprudenciais parecem ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas. De facto, em alguns processos, a consideração do contexto assemelha-se a uma verificação real dos efeitos potenciais das medidas em causa”.

*Justiça e que pretende, por um lado, que os tipos de acordos enunciados no artigo 101.º, n.º 1, TFUE não formem uma lista taxativa dos conluíus proibidos, ao mesmo tempo que precisa, por outro lado, que o conceito de restrição da concorrência por objetivo não pode ser interpretado de maneira extensiva*⁷⁵⁸ (sublinhados da Autoridade).

2582. Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, também a Comissão Europeia distingue quais as formas de coordenação que consubstanciam tipicamente restrições por objeto.

2583. Nas Orientações sobre cooperação horizontal pode ler-se que “[a]s restrições da concorrência por objecto são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1. Não é necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado”⁷⁵⁹.

2584. Nas Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, a Comissão Europeia chega mesmo a considerar existir uma presunção de que estas práticas restringem a concorrência na medida em que se trata “de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais **não é necessário**, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, **demonstrar os seus efeitos concretos no mercado**. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência. (...) No caso dos acordos horizontais, as restrições da concorrência por objetivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes”⁷⁶⁰ (sublinhado da Autoridade).

⁷⁵⁸ Cf. Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25 de junho de 2015, no processo n.º C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, parágrafos 71 a 73. 8. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça considerou que “a análise feita pelo Tribunal Geral é conforme com os critérios enunciados (...) para estabelecer o caráter de restrição por objetivo de uma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, sem que seja necessário uma análise mais pormenorizada do contexto económico e jurídico pertinente” - Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de janeiro de 2016, *Toshiba Corporation c. Comissão*, processo n.º C-373/14 P, parágrafos 23 a 26.

⁷⁵⁹ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 24.

⁷⁶⁰ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 23.

2585. Na Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (Comunicação *de minimis*), a Comissão Europeia refere que:

“O Tribunal de Justiça esclareceu igualmente que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno constitui, pela sua natureza e independentemente de quaisquer efeitos concretos que possa ter, uma restrição significativa da concorrência.

(...) a presente Comunicação não abrange os acordos que tenham por objetivo impedir, restringir ou a falsear a concorrência no mercado interno, (...) em especial, aos acordos que contenham restrições que, direta ou indiretamente, tenham por objetivo: a) a fixação de preços de venda de produtos a terceiros; b) a limitação da produção ou das vendas; ou c) a repartição de mercados ou clientes. Do mesmo modo, a Comissão não aplicará o «porto seguro» criado por esses limiares de quotas de mercado a acordos que contenham qualquer uma das restrições listadas como restrições graves (hardcore) no atual ou em futuros regulamentos relativos à retirada do benefício da isenção por categoria, que a Comissão considera que constituem, regra geral, restrições por objeto”⁷⁶¹.

2586. Daqui se conclui que determinadas formas de coordenação, como as que constam do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, entre as quais a “fixação, de forma direta ou indireta, dos preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação”, constituem, por regra, práticas em que a imputação das infrações aos agentes é feita de forma (quase) imediata, uma vez que a coordenação que delas decorre apresenta, em si mesma, um elevado grau de nocividade para a concorrência.

2587. Quanto a este ponto, refira-se que também a jurisprudência dos tribunais nacionais tem sido coerente e constante na identificação, no âmbito das práticas restritivas consagradas no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (em tudo idêntico ao anterior n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003), de uma infração de perigo, bastando que o bem jurídico

⁷⁶¹ Cf. “Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (Comunicação *de minimis*)”, JO de 30 de agosto de 2014, C 291/01, parágrafos 2 e 13.

tutelado – a proteção da concorrência – seja posto em perigo, ou seja, bastando a possibilidade de lesão ou a adequação da prática para produzir tal lesão para que a infração se considere cometida⁷⁶².

2588.A título ilustrativo, veja-se a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferida no âmbito do caso *Lactogal*, ao estabelecer que:

“Nos termos do art. 4.º da LdC [atual artigo 9.º da Lei n.º 19/2012], o acordo é ilícito quer quando tiver por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional quer quando provocar esse mesmo efeito sobre a concorrência. Na primeira situação, deparamo-nos com um tipo de mera atividade e de perigo, e na segunda situação com um tipo de resultado e de dano, em que é necessária a imputação do resultado à ação.

Por outras palavras, o preenchimento do tipo na primeira situação acima mencionada não exige a demonstração de que o acordo teve como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, bastando que o objeto do acordo tenha aptidão para produzir tal desiderato. Trata-se da usual distinção entre restrição por objeto e por efeito, sendo que provando-se a existência de um acordo cujo clausulado é por si só apto a restringir sensivelmente a concorrência (infração por objeto), torna-se despiciendo fazer a demonstração dos seus concretos efeitos anticoncorrenciais⁷⁶³ (sublinhado da Autoridade).

2589.No mesmo sentido, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no âmbito do caso *Copidata* concluiu que:

⁷⁶² Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de dezembro de 2005, 2.º Juízo, processo n.º 1307/05.6TYLSB (*Ordem dos Médicos Dentistas*), p. 24 a 27; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12 de Janeiro de 2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*); sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 18 de janeiro de 2007, 3.º Juízo, processo n.º 851/06.2TYLSB (*Ordem dos Médicos*), p. 35; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de agosto de 2007, 3.º Juízo, processo n.º 1050/06.9TYLSB (*PT Multimédia – SIC*), p. 27 a 34. Cf. ainda acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de novembro de 2008, 3.ª Secção, processo n.º 1050/06.9TYLSB.L1 (*PT Multimédia – SIC*), p. 70 a 74; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2010, 3.ª Secção, processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (*Abbott, Menarini e o.*), p. 161 a 167.

⁷⁶³ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR, p. 69 e 70.

“A realização de um acordo de fixação de preços e repartição de clientes, forma mais grave e clássica de violação do Direito da Concorrência, configura uma infração por objeto.

Quer isto dizer, que um acordo com tal objeto será considerado por si só apto a impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, não havendo necessidade de se demonstrar os efeitos de tal acordo.

A própria lei presume a existência de restrição significativa da concorrência, bastando provar a existência do acordo. Não há porém qualquer violação da presunção de inocência, pois que a existência do acordo tem de ser provada pela acusação.”⁷⁶⁴
(sublinhado da Autoridade)

2590. Mais recentemente, também o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão determinou que *“um nível de exigência demasiado elevado na aferição do contexto económico em que a prática se insere, colocando-o a par de uma análise quanto aos efeitos (...), poderia conduzir, nesses casos, à negação de uma tutela efetiva do bem jurídico tutelado contrária ao «sentido fundante da norma qual seja o de atuar de forma clara sobre certas hardcore restrictions. Acresce ainda que a jurisprudência comunitária continua a reiterar que as restrições quanto ao objeto e as restrições quanto ao efeito são alternativas e não cumulativas, pelo que essa equiparação entre a análise necessária para efeitos de verificação de um objeto anticoncorrencial e de um efeito anticoncorrencial é de rejeitar”⁷⁶⁵.*

2591. É, por conseguinte, à luz da referida jurisprudência europeia e nacional e da prática decisória da Comissão Europeia, da Autoridade da Concorrência e das autoridades da concorrência de diversos Estados-Membros, que se fará a análise da matéria de facto considerada provada na presente Decisão, para avaliar se os comportamentos em causa consubstanciam uma restrição por objeto, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

⁷⁶⁴ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de fevereiro de 2015, processo n.º 38/13.8YUSTR, p. 147, confirmada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.ª secção, de 19 de novembro de 2015.

⁷⁶⁵ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 174.

2592.No caso concreto, a matéria de facto provada revela que os comportamentos das empresas visadas foram motivados pelo objetivo comum de realizar alinhamentos conjuntos de PVP no mercado, essencialmente no sentido de subida, mediante uma prática concertada de fixação (com e através do fornecedor) dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

2593.A prática de fixação (indireta) de preços de venda descrita revela, além de um conjunto de práticas verticais bilaterais de fixação de PVP – comportamento já de si, caso fosse considerado isoladamente, anticoncorrencial e integrador de uma infração ao n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao n.º 1 do artigo 101.º do TFUE –, elementos adicionais que o configuram como uma colusão multilateral horizontal, i.e. entre empresas concorrentes, facilitada por um fornecedor comum, assim afetando diretamente a concorrência entre insígnias rivais no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

2594.Os referidos elementos adicionais que configuram a prática como uma colusão horizontal são os seguintes:

- i) As empresas de distribuição sabem, ao receber indicações de PVP do fornecedor, que idênticas informações foram/serão transmitidas às suas concorrentes (cf., capítulo III.3.1.1, parágrafos 1856(i), 1949(i) e 2067(i), e em particular, de um modo muito evidente, os documentos BakeryDonuts624 e BakeryDonuts163);
- ii) O fornecedor chega efetivamente a informar as insígnias visadas sobre as intenções de preços das concorrentes, eliminando a incerteza sobre o comportamento de cada uma entre elas (cf., capítulo III.3.1.1, parágrafos 1739(iv), 1856(iv), 1949(iv) e 2067(iv), e em particular, de um modo muito evidente, os documentos BakeryDonuts1532 e BakeryDonuts1009);
- iii) As empresas de distribuição visadas adotam a sua decisão sobre os PVP a praticar com base na informação relativa à sua concorrência veiculada pelo fornecedor (cf., capítulo III.3.1.1 parágrafos 1856(ii), 1949(ii) e 2067(ii), e em particular, de um modo muito evidente, os documentos BakeryDonuts118 e BakeryDonuts711);

- iv) As empresas de distribuição exercem elas próprias pressão junto do fornecedor, para que este atue junto da concorrência no sentido de assegurar o alinhamento dos preços (cf., capítulos III.3.1.5 e III.3.1.6, parágrafos 1739(vi), 1856(vi), 1949(vi) e 2067(vi), e em particular, de um modo muito evidente, os documentos BakeryDonuts1085 e MCH1150);
- v) Nalguns casos, as empresas de distribuição exercem mesmo ações de pressão e coação junto do fornecedor a fim de o induzir a pressionar a concorrência a alinhar preços, ou ações de retaliação junto do mesmo no sentido de manter a colusão, caso o alinhamento de preços pretendido não tenha sido respeitado pela concorrência (cf., capítulo III.3.1.6, parágrafos 1856(vii) e 2067(vii), e em particular, de um modo muito evidente, os documentos BakeryDonuts628 e BakeryDonuts822)⁷⁶⁶.

2595. Neste sentido, a matéria de facto provada revela que o processo de fixação de PVP entre as visadas envolve várias etapas, designadamente, a definição dos PVP (capítulo III.3.1.1 da presente Decisão), o controlo e a monitorização cruzada dos PVP praticados (capítulo III.3.1.4 da presente Decisão), a correção de desvios (capítulo III.3.1.5 da presente Decisão) e a execução de pressões, coação e retaliações (capítulo III.3.1.6 da presente Decisão).

Definição dos PVP

2596. Nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão Europeia reconhece que *“ao eliminar a concorrência intramarcas em matéria de preços, a imposição dos preços de revenda pode igualmente facilitar a colusão entre compradores, ou seja, a nível da distribuição. As empresas de distribuição fortes ou bem organizadas poderão estar em condições de forçar/convencer um ou vários fornecedores a fixarem o seu*

⁷⁶⁶ Neste contexto, não pode deixar de referir-se o facto das empresas de distribuição visadas representarem três dos nove GGR a atuar no mercado nacional, grupo que se caracteriza pela tendência para a concentração e para o crescente poder negocial face aos fornecedores, que é mais consentâneo com uma colusão horizontal do que com uma imposição vertical de preços, ainda que com a aquiescência dos mesmos (cf. parágrafo 834 da presente Decisão). Trata-se de um comportamento que é alimentado e perpetuado por quem tem mais poder de mercado, o que corrobora a dimensão horizontal da prática.

preço de revenda acima do nível concorrencial, ajudando-os, assim, a alcançar ou estabilizar um equilíbrio colusivo. A perda de concorrência em matéria de preços daí resultante afigura-se especialmente problemática quando a imposição dos preços de revenda é inspirada pelos compradores, cujos interesses colectivos da natureza horizontal terão, muito provavelmente, um efeito negativo para os consumidores⁷⁶⁷ (sublinhado da Autoridade).

2597. Por outras palavras, mesmo se se considerasse estar apenas em causa uma prática de fixação vertical dos PVP por parte do fornecedor em concertação com as empresas de distribuição visadas⁷⁶⁸, sempre teria de considerar-se que, no presente caso, esta prática cria condições de atuação no mercado que não correspondem às normais condições de funcionamento de um mercado concorrencial.

2598. Com efeito, a indicação, imposição ou fixação vertical dos PVP, no caso concreto, bem como os anúncios consecutivos, por parte da Bimbo Donuts, às empresas de distribuição visadas, seja dos PVP, dos PVPR ou dos PVP mínimos – apesar de constituir, por si só, uma restrição à concorrência pelo objeto⁷⁶⁹ – não é, no presente

⁷⁶⁷ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”, JO de 10 de maio de 2010, C 130/1, parágrafo 224.

⁷⁶⁸ Caso a realidade dos comportamentos, sustentada na prova disponível, se reconduzisse apenas a uma fixação vertical dos preços de revenda no mercado retalhista de base alimentar, essa mesma conduta, traduzida numa prática concertada entre fornecedor e empresas de distribuição visadas, seria em si mesma suscetível de configurar uma prática restritiva da concorrência, proibida pelo seu objetivo. Com efeito, a configuração de uma prática como fixação vertical ou fixação horizontal de preços é porventura mais decisiva em jurisdições, como na norte-americana, em que o enquadramento analítico para avaliação do carácter anticoncorrencial da prática difere significativamente, estando a primeira sujeita a uma análise de acordo com a chamada “rule of reason”, enquanto a segunda é considerada proibida “per se”. À luz do direito da concorrência nacional e da União, a relevância dessa distinção não é tão significativa, na medida em que se trata, em ambos os casos, de comportamentos proibidos, em razão do seu objeto, pelos artigos 9.º da Lei da concorrência e 101.º TFUE, não obstante a colusão horizontal, ainda que indireta, se situar naturalmente a um nível superior no espetro da gravidade, atendendo ao facto de restringir a concorrência pelo preço entre rivais, assim possuindo maior propensão para produzir efeitos nocivos sobre o bem-estar dos consumidores.

Ora, a leitura que efetivamente capta e reflete adequadamente a (globalidade da) prática consignada no acervo probatório junto ao processo, aponta, de forma inequívoca, para uma dimensão horizontal dessa prática, em acréscimo às componentes puramente verticais, já de si anticoncorrenciais, nos termos que se detalharão de seguida.

⁷⁶⁹ As Orientações relativas às restrições verticais são claras ao qualificar como uma restrição grave da concorrência “a imposição dos preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar, é considerada uma restrição grave. Quando um acordo inclui uma cláusula de imposição dos preços de revenda presume-se que aquele acordo restringe a concorrência, enquadrando-se por conseguinte no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Cria igualmente a presunção de que o acordo não preenche provavelmente as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, não lhe sendo por conseguinte aplicável a isenção por categoria” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”, JO de 10 de maio de 2010, C 130/1, parágrafo 224.

caso, senão uma das várias etapas para a concretização do plano de ação comum em que estão envolvidas todas as empresas visadas, que é o da concertação dos PVP, com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

2599. É, nessa medida (e apesar de ilícita em si mesma), instrumental de uma prática restritiva de natureza mais alargada, que a consome.

2600. Ou seja, ainda que também por esta via se possa verificar a existência de uma restrição à concorrência por objeto (na medida em que se verifica a fixação direta dos PVP por parte do fornecedor em concertação com cada empresa de distribuição), considera a Autoridade que essa situação não reflete os verdadeiros contornos do comportamento ilícito em causa nos presentes autos, facto que só é revelado pela análise do conjunto de elementos que constituem o acervo probatório do processo.

2601. Recordando que a prática restritiva de *hub and spoke* possui uma natureza simultaneamente horizontal e vertical, os feixes verticais concretizam-se em contactos diretos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas (comunicações bilaterais), através dos quais se acordam os PVP para um conjunto determinado de produtos, bem como a calendarização para o reposicionamento dos preços pelas várias insígnias, garantindo-se igualmente que serão esses os preços que o mercado (i.e. as empresas de distribuição concorrentes), se encontra a praticar ou que irá praticar brevemente (cf. capítulo III.3.1.1 da presente Decisão)⁷⁷⁰.

2602. Assim, o comportamento de cada uma das empresas de distribuição visadas é ajustado quotidianamente em função de informação relativa ao comportamento atual e futuro de

⁷⁷⁰ No acórdão *Dole Food Company*, o Tribunal de Justiça veio considerar como restrição por objeto as trocas de informação bilaterais sobre prefixação de preços de referência, por permitirem às empresas envolvidas (que, nesse caso, situavam-se no mesmo nível da cadeia de produção) reduzir a incerteza quanto aos preços, assim como a troca de informação sobre preços de referência atuais, por permitirem controlar as decisões individuais de cada concorrente quanto à fixação daqueles preços. Em particular, o Tribunal de Justiça considerou que “os preços de referência eram importantes para o mercado em causa, uma vez que, por um lado, serviam pelo menos de sinal, de tendência ou de indicação para o mercado sobre a evolução prevista dos preços [sendo certo que] os preços reais estavam diretamente ligados, em certas transações, aos preços de referência”. Nesse sentido, considerou o Tribunal que “as comunicações de pré-fixação de preços, ao permitirem reduzir, em cada um dos participantes, a incerteza quanto ao comportamento previsível dos concorrentes, tinham por objetivo levar a condições de concorrência que não correspondiam às condições normais do mercado e tinham dado, portanto, origem a uma prática concertada com o objetivo de restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º CE [atual artigo 101.º do TFUE]” - Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafos 111 a 135. O Tribunal Geral também tinha confirmado a decisão da Comissão – cf. acórdão do Tribunal Geral de 14 de março de 2013, *Dole Food Company e o. c. Comissão*, processo n.º T- 588/08.

insígnias concorrentes, veiculada através de sucessivas comunicações, estabelecidas indiretamente, pelo fornecedor (cf. parágrafos 1739(iv), 1856(iv), 1949(iv) e 2067(iv) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2603. Com efeito, este tipo de contactos entre fornecedor e empresas de distribuição dão necessariamente origem à troca de informação relativa ao posicionamento e à estratégia comercial futura de cada empresa de distribuição e, posteriormente, à divulgação da referida informação pelo fornecedor às empresas de distribuição concorrentes.

2604. Tais comunicações visam estabelecer uma concertação entre as empresas de distribuição visadas, relativa ao posicionamento presente e futuro de PVP e à calendarização para o respetivo reposicionamento, tendo em vista garantir o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de retalho alimentar.

2605. Nesse sentido, os preços indicados pela Bimbo Donuts às empresas de distribuição visadas, sejam ou não expressamente designados por PVP fixos, funcionam efetivamente como tal, não só porque determinam o *price point* com base no qual se desenrola todo o processo de concertação de PVP entre as diferentes insígnias, mas também porque desempenham um papel decisivo na correção de desvios face ao nível de PVP pretendido por todas as visadas.

2606. Não restam, portanto, dúvidas sobre a existência de um processo de alinhamento horizontal dos preços, concretizado através da troca de informação de preços atuais e futuros, regular e frequente, entre empresas concorrentes (as empresas de distribuição visadas), no âmbito da relação vertical com um parceiro comercial comum (o fornecedor), que, como tal, constitui uma restrição da concorrência por objeto.

2607. A troca de informação neste caso é apenas um elemento de um procedimento complexo de coordenação entre as empresas visadas (que inclui ainda a monitorização, a correção de desvios e a pressão e retaliação em caso de incumprimento), que tem como consequência a redução de incerteza estratégica no mercado e que conduz, *a final*, à fixação e alinhamento ao mesmo nível dos PVP praticados no mercado.

2608. Nesse sentido, tal conduta distingue-se necessariamente da mera recolha, em princípio lícita, de informações públicas e acessíveis à generalidade das empresas,

designadamente, de informações relativas aos preços atuais praticados no mercado (categoria na qual se baseia o denominado *shopping*⁷⁷¹).

2609. Esta prática tem influência direta na formação dos preços de venda a praticar por todas as empresas de distribuição visadas (e não apenas pela empresa de distribuição que contactou diretamente com o fornecedor), designadamente diminuindo o risco associado a um comportamento concorrencial e contribuindo para estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a estabilidade e o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista⁷⁷².

Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado

2610. No que concerne especificamente à utilização de ferramentas de controlo e monitorização cruzada e à sucessiva troca de informação que ocorre entre todas as empresas visadas, importa referir que, não estando naturalmente em causa que as empresas se possam adaptar inteligentemente ao comportamento conhecido e previsível dos seus concorrentes, a verdade é que a existência de determinado tipo de contactos, diretos ou indiretos, entre empresas concorrentes é passível de restringir a concorrência⁷⁷³.

⁷⁷¹ Note-se que, apesar de as informações de *shopping* não possuírem a capacidade de aumentar a transparência no mercado por já serem informações de conhecimento público, segundo as Orientações sobre cooperação horizontal, “[m]esmo que se trate de dados disponíveis publicamente (por exemplo, informações publicadas pelas entidades reguladoras), a existência de um intercâmbio de informações adicional entre concorrentes pode restringir a concorrência se provocar uma redução adicional da incerteza no mercado. Neste caso, são as informações adicionais que são determinantes para que o equilíbrio do mercado evolua no sentido de um comportamento colusivo” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 93.

No presente processo de contraordenação a troca de informação de *shopping* ocorria, essencialmente e conforme demonstrado *supra*, para controlo da implementação do alinhamento de preços previsto.

⁷⁷² Especificamente no que concerne à gravidade da prática de imposição de PVP, decorre da alínea a) do artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010 (Regulamento de isenção por categoria) que os “*acordos verticais que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, que tenham por objecto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda (...) em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes*” são consideradas restrições graves (*hardcore restrictions*) da concorrência, que implicam a retirada do benefício de isenção por categoria – cf. Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 23 de abril de 2010, L 102/1.

⁷⁷³ Desde logo, segundo as Orientações sobre cooperação horizontal da Comissão Europeia, “[q]ualquer intercâmbio de informações cujo objetivo é o de restringir a concorrência no mercado, será considerado restrição por objeto. Ao apreciar se um intercâmbio de informações constitui uma restrição da concorrência por objeto, a Comissão consagrará especial atenção ao contexto jurídico económico em que tal intercâmbio ocorre. Para o efeito, a Comissão tomará em consideração se o intercâmbio de informações é suscetível pela sua própria natureza

2611. Tal como foi referido anteriormente, a troca de informação estratégica tem o potencial de permitir que empresas envolvidas controlem desvios ao comportamento pretendido. Neste sentido, dispõe a Comissão que:

*“Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. Esse mecanismo de controlo pode ser constituído pelo intercâmbio de dados presentes ou passados. Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado”*⁷⁷⁴ (sublinhado da Autoridade).

2612. No caso *sub judice*, o processo de monitorização que é posto em prática no contexto do alinhamento horizontal dos preços é consubstanciado através de uma partilha (por vezes diária) de informação, nomeadamente referente a PVP, PVP recomendados, preços mínimos, condições comerciais, talões comprovativos da implementação de PVP em determinada insígnia, implementação de ações promocionais em certos períodos e respetivas condições, entre outros. Fornecedor e empresas de distribuição visada assumem este papel de monitorização e desenvolvem comportamentos que o traduzem ao longo do período considerado (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

Correção de desvios

2613. A informação partilhada no processo de monitorização visa interferir decisivamente na definição individual do posicionamento de PVP por cada empresa de distribuição, seja para controlar o nível de preços a ser praticado num determinado momento no mercado, seja para proceder a eventuais correções que sejam necessárias quando determinada empresa de distribuição se desvia dos PVP alinhados (cf. capítulo III.3.1.5 da presente

de dar origem a uma restrição da concorrência” - Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 72.

⁷⁷⁴ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 67.

Decisão), seja ainda para aplicar uma sanção a uma empresa que não corrija esse desvio (cf. capítulo III.3.1.6 da presente Decisão)⁷⁷⁵.

2614. É através desse procedimento que as empresas de distribuição visadas podem acompanhar e controlar, quase em tempo real, os preços que se encontram implementados, num determinado momento, no mercado retalhista e podem aferir a existência de eventuais desvios por parte de alguma empresa de distribuição concorrente ao alinhamento pretendido.

2615. Assim, sempre que o fornecedor ou uma determinada empresa de distribuição verifique a existência de algum desvio ao PVP alinhado, por parte de alguma empresa de distribuição, há uma correção ou tentativa de correção desse desvio por parte do fornecedor, de modo a manter o mercado alinhado com o nível de PVP pretendido.

2616. Amiúde, conforme demonstrado, a correção de desvios tem sucesso (cf., entre outros, os documentos BakeryDonuts642, BakeryDonut1083, BakeryDonuts637, BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts601, BakeryDonuts739, BakeryDonuts828, BakeryDonuts744, BakeryDonuts711, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts293, BakeryDonuts121, BakeryDonuts125, MCH1133).

Formas de pressão, coação ou retaliação

2617. Se alguma das empresas de distribuição visadas, ou o fornecedor, por sua própria iniciativa, verificar algum desvio ao PVP pretendido (i.e., algum afastamento ao preço que se encontra alinhado no mercado ou que se pretende alinhar), é ao fornecedor que cabe exercer pressão junto dessa empresa de distribuição no sentido de proceder, com a maior brevidade possível, ao reajustamento do PVP ou à sua correção.

2618. Concretamente sobre a correção de desvios e aplicação de retaliações, as Orientações sobre cooperação horizontal consideram que um dos “[e]feitos restritivos da

⁷⁷⁵ Neste particular, referem as Orientações sobre cooperação horizontal que “[o] intercâmbio de dados individualizados facilita um entendimento comum sobre o mercado e sobre as estratégias de sanção, permitindo que as empresas participantes na coordenação identifiquem uma empresa que se desvia” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 89.

concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. (...) Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado”⁷⁷⁶ (sublinhados da Autoridade)

2619. As referidas Orientações salientam especificamente a importância das retaliações serem suficientemente rápidas e credíveis em casos de desvios do comportamento colusivo. Com efeito, “[p]ara que um comportamento colusivo seja sustentável, devem existir probabilidades de retaliação suficientemente credíveis e rápidas. Os comportamentos colusivos não são sustentáveis em mercados em que as consequências do desvio não são suficientemente graves para convencer as empresas que participam na coordenação que têm todo o interesse em aderir às condições da coordenação. (...) A credibilidade do mecanismo de dissuasão depende igualmente do facto de as outras empresas que participam na coordenação terem um incentivo para exercerem uma retaliação, que será determinado pela comparação entre as perdas que sofrerão a curto prazo por iniciarem uma guerra em matéria de preços e os seus ganhos potenciais caso provoquem um restabelecimento da coordenação. Por exemplo, a capacidade de retaliação das empresas pode ser reforçada se estiverem igualmente interligadas através de relações comerciais verticais que possam utilizar como uma ameaça de sanção em caso de desvio”⁷⁷⁷ (sublinhado da Autoridade).

2620. No caso concreto, os elementos de prova juntos aos autos demonstram a existência de retaliações por parte do fornecedor que consistem, em regra, em cortes de fornecimento, cortes de condições comerciais ou na recusa de participar ações

⁷⁷⁶ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafos 65 a 67.

⁷⁷⁷ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 85.

promocionais – neste sentido, veja-se os documentos BakeryDonuts808 (cf. parágrafo 1590 da presente Decisão), BakeryDonuts882 (cf. parágrafo 1591 da presente Decisão), BakeryDonuts883 (cf. parágrafo 1592 da presente Decisão) e BakeryDonuts1222 (cf. parágrafo 1595 da presente Decisão).

2621. Verifica-se igualmente que as retaliações são também aplicadas por empresas de distribuição ao próprio fornecedor, pelo insucesso na correção dos desvios verificados. Nesse caso, as retaliações consistem, nomeadamente, na suspensão de compras dos produtos do *portfolio*, ou até mesmo na “reação ao desvio”, alinhando com o “PVP desviado” enquanto este não for corrigido e exigindo condições comerciais (comparticipação financeira) do fornecedor para sustentar esse realinhamento, sem perda de margem – neste sentido, veja-se os documentos BakeryDonuts852 (cf. parágrafo 1585 da presente Decisão), BakeryDonuts834 (cf. parágrafo 1568 da presente Decisão), BakeryDonuts638 (cf. parágrafo 1244 da presente Decisão), BakeryDonuts1059 (cf. parágrafo 1563 da presente Decisão) e BakeryDonuts1085 (cf. parágrafo 1570 da presente Decisão).

IV.1.3.3.1 Conclusão quanto ao objeto restritivo da concorrência

2622. Recordar-se que o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeia sobre o conceito de acordo ou prática concertada proibida consiste, precisamente, no princípio de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente.

2623. Esta exigência de autonomia na fixação dos preços opõe-se frontalmente a qualquer contacto, direto ou indireto, entre empresas suscetível de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente.

2624. Ou seja, opõe-se a que uma empresa revele a um concorrente seu, diretamente ou através de um intermediário, o comportamento que decidiu ter ou que projeta adotar no mercado com o objetivo (ou que tenha como efeito) de chegar a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa,

tendo em conta a natureza dos produtos, a sua importância, o número das empresas e o volume desse mercado⁷⁷⁸.

2625. A jurisprudência nacional e europeia é também unânime em considerar que uma fixação (direta ou indireta) de preços (com natureza vertical e/ou horizontal), pela sua própria natureza e independentemente dos seus efeitos concretos no mercado, constitui uma restrição da concorrência por objeto, na medida em que é, em si mesma, suscetível de restringir a concorrência.

2626. Nesse sentido, qualquer fixação e/ou alinhamento dos preços de venda potencia, por si só, a redução da incerteza quanto ao comportamento concorrencial dos concorrentes, sendo, nessa medida, o critério chave para a aferição da existência ou inexistência de uma contraordenação à luz do direito da concorrência, verificadas as demais condições normativas para o efeito.

2627. É, portanto, manifesto que uma prática que vise estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços no mercado, seja diretamente (entre concorrentes) ou indiretamente (através de um fornecedor ou “hub”), é suscetível de infringir as normas de concorrência⁷⁷⁹, porquanto atenua ou elimina o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, designadamente quanto à data, à dimensão e às modalidades da adaptação do comportamento no mercado que as empresas em causa vão pôr em prática⁷⁸⁰, o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o caráter restritivo, pelo objeto, destes comportamentos.

⁷⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 32 e jurisprudência aí referida.

⁷⁷⁹ Uma prática concertada, como a que está em causa nos presentes autos, que vise “fixar de forma direta ou indireta os preços de compra ou de venda ou outras condições de transação”, tem, sem si mesma, um evidente caráter restritivo da concorrência - Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 36; cf., no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafo 123.

⁷⁸⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 35 a 41; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl c. Comissão*, processo n.º C-194/99 P, Colet. 2003, p. 10821; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colet. 1975, p. 563; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, *Züchner*, proc. 172/80, Colet. 1981, p. 2021, parágrafo 13; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colet. 1994, p.

2628. Ora, a intervenção das autoridades da concorrência visa, neste quadro, garantir que essa incerteza estratégica no mercado se mantém (i.e., que não seja eliminada de forma ilícita), assegurando conseqüentemente o livre jogo concorrencial e a autonomia comercial dos seus operadores, em benefício do consumidor.
2629. Partindo dos critérios acima mencionados, a Autoridade forma a sua convicção nos presentes autos quanto à nocividade dos comportamentos em causa ao longo do período de tempo durante o qual se considera ter durado a alegada infração, correspondente, pelo menos, a aproximadamente onze anos (cf. capítulos III.3 e IV.1.5 da presente Decisão).
2630. De todo o exposto anteriormente, retira-se a conclusão de que o plano de coordenação imputado às empresas visadas consubstancia uma prática concertada que visa fixar, de forma indireta, os PVP, com o objetivo de alcançar um alinhamento de preços no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar.
2631. Esta prática é, inequívoca e manifestamente, suscetível de restringir a concorrência nos termos acima descritos.
2632. Trata-se, por conseguinte, de uma prática concertada restritiva da concorrência por objeto nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
2633. Em acréscimo, apesar de não se afigurar necessário proceder à análise ou quantificação dos efeitos concretos que se possam ter verificado no mercado em resultado desta prática, não pode negligenciar-se que os elementos de prova constantes do processo indiciam que a infração em causa produziu efetivamente efeitos nefastos no mercado e que tem vindo a manter-se ininterruptamente desde, pelo menos, o ano de 2004, não podendo excluir-se, na realidade, que esteja ainda em curso.
2634. Sendo irrelevante para o preenchimento do tipo e para imputação da infração às visadas a demonstração de que, em concreto, o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista tenha produzido tais efeitos restritivos para a concorrência, designadamente o aumento dos PVP dos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts com prejuízo para os

1307, parágrafo 63; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, *Deere c. Comissão*, processo n.º C-7/95 P, Colet.1998, p. 3111, parágrafo 86.

consumidores, a própria natureza e o objetivo de um alinhamento horizontal dos PVP compreende, em si mesmo, o tal grau de nocividade que caracteriza esta infração como uma verdadeira restrição da concorrência por objeto.

2635. Acresce o facto de não se poder igualmente ignorar que a violação das regras da concorrência é, neste caso e nestas circunstâncias, particularmente grave.

2636. Com efeito, no caso *sub judice*, as visadas participam, de forma livre e voluntária, visando o mesmo objetivo, numa prática de alinhamento horizontal dos PVP, conscientes da incompatibilidade com as regras de concorrência aplicáveis.

2637. Por um lado, a Bimbo Donuts beneficia do facto de os seus produtos serem comercializados ao público com um determinado nível de preço, garantindo as suas margens, bem como aquelas dos seus distribuidores, sendo suscetível de incentivar a venda dos seus produtos face à sua própria concorrência.

2638. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas beneficiam da vantagem de afastar conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas, deturpando desta forma o livre funcionamento do mercado.

2639. Encontra-se, assim, preenchido nos presentes autos mais um elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, verificando-se a existência de uma prática concertada entre empresas, com o objeto de impedir, falsear ou restringir a concorrência nos mercados em causa.

IV.1.3.3.2 Pronúncia das Visadas

2640. Quanto à verificação da prática de “*hub and spoke*”, a visada Auchan recorre à doutrina e à jurisprudência europeia para sustentar que a Autoridade teria de condicionar o preenchimento do tipo objetivo à verificação dos seguintes critérios⁷⁸¹:

- i) Prova que demonstre a existência de um plano estratégico comum, definido com base num conjunto de comunicações para alcançar o entendimento mútuo;

⁷⁸¹ Cf. caso Toys “R” Us (Toys “R” Us (TRU), 126 F.T.C. 415, 25.09.1997), caso Hasbro (CA/98/8/2003 Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd & Littlewoods Ltd, 2004, 4UKCLR17, para. 85: “*The emphasis on price monitoring now was to ensure that our other customers would fall in line so that Argos and Index would be confident that our plan was working throughout the UK. This would reduce the risk of them going back to price cutting in the following catalogues*). Cf. também Harrington and Others, *How do Hub-and-spoke cartels operate? Lessons from nine case studies*.

- ii) Prova que demonstre a existência de comunicação prévia e antecipada do acordo de cada insígnia relativamente ao plano estratégico comum (“*a conscious commitment to a common scheme*”);
- iii) Prova que demonstre a existência de ações de controlo e monitorização destinadas a verificar o cumprimento do plano estratégico comum (“*concern of mutual compliance*”)⁷⁸².

2641. Para além disso, a Auchan sustenta que o conceito de “restrição por objeto” deve ser interpretado de forma restritiva e que a Autoridade devia ter realizado um juízo de probabilidade sobre os efeitos restritivos para determinar se a infração poderia ser proibida por objeto, designadamente, a Autoridade devia ter examinado o conteúdo, a finalidade e o contexto económico e jurídico da prática em causa⁷⁸³.

2642. A Auchan conclui que a AdC opta por um caminho de presunção simplista, demitindo-se de considerar o real funcionamento e o contexto jurídico económico do mercado⁷⁸⁴, e afirma que nunca contactou direta ou indiretamente qualquer concorrente (inexistência de acordo horizontal), nunca celebrou qualquer acordo de fixação de PVP com o fornecedor (inexistência de acordo vertical), e atuou sempre de forma autónoma, independente e em rutura com qualquer tipo de plano estratégico comum (inexistência de prática concertada)⁷⁸⁵.

2643. Partindo da alegação de que os precedentes citados pela AdC para enquadrar o conceito de “*hub and spoke*” são desadequados, a Pingo Doce refere que a AdC devia ter analisado todos os elementos exigidos para a verificação de uma infração pelo objeto, nomeadamente, o teor das disposições das trocas de informação, os seus objetivos, o contexto jurídico-económico em que se insere e a natureza dos serviços em causa e as condições reais do funcionamento e das estruturas dos vários mercados relevantes, não deixando de analisar também os efeitos, efetivos e potenciais, da alegada prática⁷⁸⁶.

⁷⁸² Cf. capítulo III.2.2.3. da PNI Auchan.

⁷⁸³ Cf. capítulo III.2.3. da PNI Auchan.

⁷⁸⁴ Cf. §974 da PNI Auchan.

⁷⁸⁵ Cf. §20 e ss. da PNI Auchan

⁷⁸⁶ Cf. capítulo III.A. da PNI Pingo Doce.

2644. Defende a Pingo Doce que “*só um elenco de condutas extremamente limitado e restritivo é que é censurável e ilícito, e que pode ser qualificado, pela sua própria natureza, uma restrição da concorrência por objeto*”, referindo ainda que “*as diferenças assinaláveis entre os acordos horizontais cartelizantes e as práticas de hub&spoke afastam a sua equiparação e a respectiva qualificação destas últimas como uma infracção por objecto*”⁷⁸⁷.

2645. Para sustentar esta posição, a Pingo Doce invoca o acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Budapest Bank*⁷⁸⁸, alegando que inexistente uma “*experiência suficientemente sólida e fiável*” que permita qualificar a prática em causa como uma restrição pelo objeto sem analisar os seus efeitos⁷⁸⁹.

2646. Neste contexto, a Pingo Doce alega que, perante a inexistência de precedentes em Portugal, na Comissão Europeia ou nos tribunais europeus e perante a lacuna existente na Lei n.º 19/2012, a AdC tem que comprovar a existência de um *concurso de vontades* para poder concluir pela existência de um caso de “*hub and spoke*”, com base na verificação dos seguintes elementos: (i) contacto entre as empresas retalhistas; (ii) cooperação entre essas empresas como forma de suprimir o grau de incerteza; (iii) reciprocidade de comportamentos; e (iv) restrição sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional⁷⁹⁰.

2647. Em síntese, a AdC deve conseguir provar que: (i) o retalhista A partilha com o fornecedor B as suas intenções em matéria de PVP, sabendo que B partilhará essa informação com retalhista C para alterar as condições de mercado; (ii) B partilha a informação com C,

⁷⁸⁷ *Idem*.

⁷⁸⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de abril 2020, *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. e o.*, processo n.º C-228/18.

⁷⁸⁹ Cf. § 340 e 341 da PNI Pingo Doce. No mesmo sentido, a MCH faz uma referência conjugada ao acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Budapest Bank*, às respetivas conclusões do Advogado-geral Bobek (Conclusões do Advogado-geral Bobek, apresentadas em 5 de Setembro de 2019, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217497&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8857395>) e ao acórdão do Tribunal de Justiça de 11.09.2014, no caso *Cartes Bancaires* (Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 11 de setembro de 2014, processo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão Europeia*), para sustentar que a AdC devia ter analisado a prova à luz do contexto jurídico-económico em que a alegada prática se insere e que a AdC devia ter explicado de forma precisa qual o tipo de afetação da concorrência que resulta da alegada restrição (cf. § 679 a 696 da PNI MCH).

⁷⁹⁰ Cf. capítulo III.B. da PNI Pingo Doce.

que sabe as circunstâncias em que o A partilhou com B; e (iii) C usa essa informação para determinar os seus PVP⁷⁹¹.

2648. Segundo a visada, o que a prova revela são as normais relações comerciais entre fornecedor e retalhistas, tituladas por contrato de fornecimento abrangidos pelo Regulamento n.º 330/2010⁷⁹², havendo portanto uma presunção de legalidade sobre os comportamentos investigados⁷⁹³.

2649. Para além disso, a Pingo Doce afirma que a alegada infração, a ter existido, não teve quaisquer efeitos nefastos para a concorrência⁷⁹⁴ e que não há nenhuma evidência de fixação de preços pelo fornecedor e que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPR⁷⁹⁵.

2650. A MCH parte do mesmo pressuposto de desadequação dos precedentes citados pela AdC para afirmar que inexistente precedente nacional e que os precedentes no panorama internacional são poucos e dispersos, pelo que inexistem *standards* uniformes de apreciação do conceito de “*hub and spoke*” que, por esse motivo, se situa na fronteira ténue entre o ilícito e a troca lícita de informação⁷⁹⁶.

2651. A MCH faz ainda referência aos precedentes existentes para sustentar que, “[é] flagrante a incerteza quanto ao requisito subjetivo ou elemento mental que se tem de aferir nos intervenientes na cadeia, para dar por verificada uma prática *hub&spoke*”⁷⁹⁷:

- i) Nos casos *Argos e Littlewoods vs. OFT* e *JJB Sports vs. OFT*⁷⁹⁸, o CAT exigiu a aferição e prova do conhecimento e da real/efetiva intenção de todas as partes

⁷⁹¹ *Idem*.

⁷⁹² Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 23 de abril de 2010, L 102/1 (doravante designado “Regulamento n.º 330/2010”).

⁷⁹³ Cf. pág. 137 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁷⁹⁴ Cf. §389 da PNI Pingo Doce. Refere ainda a visada no §387 da sua pronúncia que a “*alegada prática concertada imputada à Visada não configuraria, mesmo que se verificasse, o que não se concede, uma infracção às regras jus-concorrenciais. Estas são o resultado da estrutura do mercado, das relações comerciais habituais de grande intensidade negocial que se estabelecem verticalmente entre o Pingo Doce e o seu fornecedor, e da adaptação do comportamento individual da Visada às práticas de mercado que as restantes retalhistas (as co-visadas e as outras que não vêm aqui identificadas) adoptam*”.

⁷⁹⁵ Cf. pág. 137 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁷⁹⁶ Cf. capítulo III da PNI MCH.

⁷⁹⁷ Cf. §618 da PNI MCH.

⁷⁹⁸ Respetivamente, *Case No: 2005/1071, 1074 and 1623 (Neutral Citation Number: [2006]EWCA Civ 1318; e Case no 1022/1/1/03 JJB Sports PLC v Office of Fair Trading [2004] CAT 17*.

envolvidas, não se bastando com um conhecimento meramente presumido ou impressionístico, como parecia pretender o OFT;

- ii) No caso norte-americano *Toys “R” Us, Inc. vs. Federal Trade Commission*⁷⁹⁹, o elemento horizontal resultou da referência constante ao acordo estabelecido entre fornecedores concorrentes nas comunicações entre o TRU e os referidos fornecedores, complementado por prova direta de comunicações entre os fornecedores;
- iii) No caso inglês *Hasbro*⁸⁰⁰, foi revelada a intenção das partes e o conhecimento efetivo do plano comum mediante prova testemunhal;
- iv) No caso inglês *Replica Football Kids*⁸⁰¹, existiu efetivamente uma reunião entre concorrentes;
- v) No caso inglês *British territorial cheeses*⁸⁰², o teor dos *emails* era substancialmente constituído por trocas de informação relativa ao comportamento futuro das empresas e existia prova de que, em momento prévio, os intervenientes haviam sido contactados por uma associação para consumarem uma subida de PVP.

2652. Conclui a MCH que, “[c]omo tal, não se afigura legítimo resolver essa dúvida em desfavor das Visadas, presumindo aquilo que uma leitura ponderada dos factos não permite presumir”⁸⁰³.

2653. Para a Bimbo Donuts, de acordo com a jurisprudência do TJUE, nomeadamente o acórdão *Cartes Bancaires*, que se tem vindo a consolidar, nos processos *Maxima Latvija*⁸⁰⁴ ou *Budapest Bank*, “o primeiro passo para a análise de uma possível restrição pelo objeto é considerar adequadamente o racional por detrás de conduta em apreço, isto é, as razões pelas quais uma empresa teria essa conduta no contexto jurídico e económico em que atua”, assim, afirma que “um acordo ou prática concertada não deve ser qualificada como restrição «pelo objeto» se tiver méritos, do ponto de vista do

⁷⁹⁹ *Toys R Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

⁸⁰⁰ Não indica nota bibliográfica.

⁸⁰¹ CA98/06/2003, 1 de Agosto de 2003 [2004] CAT 24.

⁸⁰² CA98/03/2011, 26 de Julho de 2011 (Case CE/3094-03).

⁸⁰³ Cf. §619 da PNI MCH.

⁸⁰⁴ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2015, *Maxima Latvija*, processo C-345/14.

processo concorrencial e do bem-estar dos consumidores, que superem eventuais efeitos restritivos”⁸⁰⁵.

2654.E, nesse contexto, a visada afirma existirem aspetos relacionados com objetivos e com o contexto económico da sua atividade, designadamente a natureza dos bens e as concretas condições da respetiva comercialização, que excluiriam a qualificação das condutas em análise no processo como restrições pelo objeto⁸⁰⁶.

2655.Em primeiro lugar, e no que ao seu modelo de negócio diz respeito, a Bimbo Donuts refere que vende produtos frescos, com uma periodicidade diária, em todo o território nacional, [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial], mesmo nas lojas dos grandes retalhistas e todo o esforço associado à referida distribuição atempada dos seus produtos é da Bimbo Donuts⁸⁰⁷.

2656.Associado ao mencionado esforço, está o facto de ser a Bimbo Donuts [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial]. A Bimbo Donuts vende produtos com curtos prazos de validade, [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial] e [INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial]⁸⁰⁸.

2657.Esclarece a visada que, ao contrário do referido no parágrafo 141 da Nota de Ilícitude, é a Bimbo Donuts que suporta os riscos comerciais e financeiros com a comercialização a jusante dos seus produtos e os retalhistas “[INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial]”⁸⁰⁹.

2658.A visada alicerça-se ainda na jurisprudência do Tribunal de Justiça resultante dos acórdãos *CEPSA* e *CEES*⁸¹⁰, e, em concreto, na relação entre assunção de risco e

⁸⁰⁵ Cf. §565 e ss. da PNI Bimbo Donuts.

⁸⁰⁶ Cf. capítulo VI.2. da PNI Bimbo Donuts.

⁸⁰⁷ Cf. capítulo VI.2.B. da PNI Bimbo Donuts.

⁸⁰⁸ Cf. capítulo VI.2.C. da PNI Bimbo Donuts.

⁸⁰⁹ *Idem*.

⁸¹⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2006, *CEES*, processo C-217/05 e acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2008, *CEPSA*, processo n.º C-279/06. Sobre a referida jurisprudência a visada relembra que esta entendeu que o artigo 101.º do TFUE (e, portanto, o artigo 9.º LdC) não é aplicável sempre que o revendedor não suportar os custos comerciais e financeiros relacionados com a atividade de revenda, ou só os suportar de forma negligenciável. Esclareceu que a respetiva *ratio* se prende com o facto de, nesses casos, o revendedor atuar como um agente que presta serviços ao fornecedor e não como um verdadeiro revendedor independente. Não obstante, traz à colação o facto de, no presente processo, os revendedores da Bimbo Donuts

responsabilidade pela determinação do preço de revenda, frisando a necessidade de *“qualquer análise de comportamentos da Bimbo Donuts relativos aos preços de revenda dos seus produtos, designadamente a comunicação – totalmente legítima – de preços de revenda recomendados, deve ter em devida conta este facto: a Bimbo suporta diretamente os riscos comerciais e financeiros com a revenda dos seus produtos. Esse facto tem de ser devidamente valorado em qualquer tentativa de reconduzir qualquer comportamento relacionado com o preço de revenda da Bimbo Donuts a uma restrição pelo objeto”*⁸¹¹.

2659. O segundo aspeto a ter em consideração relativamente ao modelo de negócio da Bimbo Donuts é a circunstância de ser razoável que este gere eficiências, na medida em que, de acordo com a visada, permite que os retalhistas ultrapassem quaisquer reservas relativas à aquisição e ao investimento em determinados produtos, uma vez que a Bimbo Donuts assume os riscos financeiros relacionados com a revenda dos mesmos. *“Esta solução gera (i) mais disponibilidade para os consumidores, (ii) rotação mais adequada dos produtos que são vendidos; e (iii) prevenção de situações de rutura de stock. Neste sentido, o modelo de negócio da Bimbo Donuts é promotor do bem-estar dos consumidores e incrementa a concorrência inter-marca”*⁸¹².

2660. No entender da visada, este modelo gera ainda eficiências dinâmicas, pois ao suportar a maioria dos riscos de comercialização, a Bimbo Donuts consegue assegurar que os retalhistas aceitem, mais facilmente, comercializar produtos mais inovadores, o que permite que a visada continue a investir em inovação⁸¹³.

2661. Assim, considera a visada que o seu modelo de negócio e as eficiências por este geradas excluem que qualquer prática potencialmente ilegal fosse qualificada como uma restrição à concorrência pelo objeto⁸¹⁴.

2662. Quanto à aplicação de preços recomendados indicados pela Bimbo Donuts no contexto do seu modelo de negócio, a visada afirma que *“claro que tal não significa que a Bimbo*

suportarem parcialmente os custos de comercialização dos seus produtos, *“na medida em que investem nas suas lojas, equipamentos, ações promocionais, etc”*.

⁸¹¹ Cf. §586 da PNI Bimbo Donuts.

⁸¹² Cf. capítulo VI.2.D da PNI Bimbo Donuts.

⁸¹³ Cf. §597 da PNI Bimbo Donuts.

⁸¹⁴ Cf. capítulo VI.2.F da PNI Bimbo Donuts.

*Donuts fixe os preços de revenda dos seus produtos. Não o faz. (...) É por essa razão inevitável que, não apenas tenha interações com os clientes relativamente aos preços de revenda, designadamente recomendando preços de revenda, mas também que monitorize os preços que vão sendo praticados no mercado. É, assim, necessário à Bimbo Donuts monitorizar os preços de revenda para perceber como deve planejar a produção e a distribuição, por forma a assegurar a permanente disponibilidade dos produtos nas lojas de retalho*⁸¹⁵.

2663. Por fim, a Bimbo Donuts refere ainda que o seu comportamento relativamente à revenda dos seus produtos é ainda mais evidente em relação aos preços promocionais de revenda por si financiados, na medida em que estes visam passar integralmente as reduções de preço aos consumidores. No entanto, essas ações “*têm de ser adequadamente planeadas e o preço promocional de revenda é um dado relevante para esse planeamento*”. Assim, considera a visada que tendo em conta a jurisprudência do TJUE, o seu modelo de negócio, a natureza dos seus produtos e os benefícios para os consumidores gerados pelas promoções de *sell out* acordadas com os retalhistas, “*é evidente que estes acordos promocionais, nas suas várias dimensões, não podem ser qualificados como restrições pelo objeto*”⁸¹⁶.

IV.1.3.3.3 *Apreciação da Autoridade*

2664. Aprecia a defesa das visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2665. Como ponto prévio, as visadas desconsideram toda a jurisprudência e orientações da Comissão Europeia referidas nos capítulos III.1.3.3 e III.1.3.3.1 da Nota de Ilícitude, e retomadas na presente Decisão) sobre a distinção jusconcorrencial “*objeto/efeito*” e sobre as formas de coordenação que tipicamente se qualificam como restrição por objeto (cf., *mutatis mutandis*, capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.3.1 da presente Decisão).

2666. Com efeito, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal destes conceitos há muito consagrou princípios basilares do direito da concorrência, sobejamente enraizados na

⁸¹⁵ Cf. §600 a 602 da PNI Bimbo Donuts.

⁸¹⁶ Cf. capítulo VI.2.G da PNI Bimbo Donuts.

prática decisória da Comissão Europeia e das autoridades nacionais de concorrência, dos quais decorrem três pressupostos fundamentais para a apreciação do presente caso.

2667. Em primeiro lugar, determinadas formas de coordenação compreendem um tal grau de nocividade para a concorrência e são de tal modo suscetíveis de produzir efeitos negativos, que a própria experiência já demonstrou que esses comportamentos tendem sempre a provocar redução na produção, divisão no mercado e subidas de preços, conduzindo à má repartição de recursos em prejuízo dos agentes económicos e dos consumidores, qualificando-se, pela sua própria natureza, como restrições por objeto (ou infrações de perigo).

2668. Em segundo lugar, os acordos ou práticas concertadas de fixação de preços constituem um dos exemplos paradigmáticos das tais formas de coordenação que se qualificam, pela sua própria natureza, como restrições por objeto.

2669. Em terceiro lugar, sempre que se verifique que determinado acordo ou prática concertada tem um objeto restritivo, não é necessário examinar os seus efeitos concretos na concorrência.

2670. Partindo dos referidos pressupostos, não caberá à Autoridade analisar os efeitos que os comportamentos investigados no presente caso possam ter gerado no(s) mercado(s) em causa.

2671. Neste sentido, no âmbito da jurisprudência nacional, o TCRS foi perentório em concluir que:

“A celebração deste acordo de fixação de preços e repartição de clientes integra uma infração por objeto, isto é, o objeto do mesmo é por si suscetível de impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência. Embora não se tenham provado os efeitos de tal acordo, tal não se afigura necessário para o preenchimento do tipo legal. O facto de uma infração por objeto ser considerada por si só suscetível de ter efeito nocivo para a concorrência não configura qualquer violação do princípio da presunção da inocência,

pois compete à Autoridade provar a existência do acordo com o referido objeto e demais requisitos do tipo contraordenacional”⁸¹⁷

2672. Posteriormente, também o TCRS decidiu que *“um nível de exigência demasiado elevado na aferição do contexto económico em que a prática se insere, colocando-o a par de um análise quando aos efeitos (...), poderia conduzir, nesses casos, à negação de uma tutela efetiva do bem jurídico tutelado contrária ao «sentido fundante da norma qual seja o de atuar de forma clara sobre certas hardcore restrictions». Acresce ainda que a jurisprudência comunitária continua a reiterar que as restrições quando ao objeto e as restrições quanto ao efeito são alternativas e não cumulativas, pelo que essa equiparação entre a análise necessária para efeitos de verificação de um objeto anticoncorrencial e de um efeito anticoncorrencial é de rejeitar”⁸¹⁸*

2673. No mesmo sentido, refere a Advogada-Geral J. Kokott:

“Verifica-se precisamente um objetivo anticoncorrencial particularmente manifesto nos casos em que os concorrentes celebram entre si acordos sobre os preços dos seus produtos ou em que trocam entre si informações sensíveis, com relevância para a formação dos preços. Ao contrário do que alegam as recorrentes, o artigo 101.º TFUE não proíbe apenas as coordenações dos preços, mas também a troca de informações sensíveis com vista à formação de preços.

(...)

A diferença de base entre restrição da concorrência pelo objetivo e restrição da concorrência por efeito, na aceção do artigo 101.º TFUE, ficaria esbatida caso se exigisse às autoridade da concorrência que, mesmo em caso de comportamentos colusórios de empresas cujo carácter anticoncorrencial entra pelos olhos dentro, tivessem de apreciar de forma intensiva o contexto económico e jurídico”⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 7 de março de 2014, confirmada pelo TRL em acórdão de 30 de outubro de 2014, 1.º Juízo, processo n.º 38/13.8YUSTR (COPIDATA).

⁸¹⁸ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL).

⁸¹⁹ Cf. conclusões da Advogada- Geral J. Kokott, apresentadas em 17.11.1026, sobre o acórdão do Tribunal de Justiça de 27.04.2017, C-469/15 P *FSL Holdings vs Commission*, parágrafos 99 e 101.

2674. Quanto ao acórdão *Budapest Bank* mencionado pelas visadas Pingo Doce, MCH e Bimbo Donuts para sustentar a necessidade de proceder a uma análise de efeitos, cumpre salientar que o Tribunal de Justiça refere expressamente que essa circunstância se limita aos casos de inexistência de uma “*experiência suficientemente sólida e fiável*”⁸²⁰.

2675. No processo principal que subjaz à apreciação do Tribunal de Justiça, está em causa um acordo (“Acordo TMI”) que fixa as condições de transação relativas aos respetivos serviços, suscitando, portanto, a questão prejudicial de saber se o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE pode ser interpretado no sentido de que constitui uma restrição da concorrência por objetivo o acordo que fixa um montante uniforme da taxa interbancária a pagar aos bancos emitentes pela utilização dos cartões Visa e Mastercard⁸²¹.

2676. Para responder a esta questão, o Tribunal de Justiça começa por recordar todo o referencial que determina o carácter alternativo do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, sublinhando que deve analisar-se primeiro o objeto e que se o objeto for provado não há que investigar os efeitos, sendo que certos comportamentos colusórios, como os que levam à fixação de preços, são suscetíveis de ter efeitos negativos de modo que é inútil demonstrar também os efeitos⁸²².

2677. De seguida, o Tribunal de Justiça analisa todos os aspetos relevantes relativos ao Acordo TMI, designadamente identifica os mercados envolvidos, analisa o conteúdo do acordo e procura determinar os objetivos possíveis de comprovar face à natureza dos serviços em causa, para concluir que os elementos de que dispõe não permitem determinar se a supressão da concorrência entre a Visa e a Mastercard quanto ao custo da taxa interbancária comporta em si mesma um grau suficiente de nocividade, inexistindo, portanto, naquele caso, uma “*experiência suficientemente geral e constante*”

⁸²⁰ Cf. parágrafo 76 do acórdão *Budapest Bank*.

⁸²¹ Cf. parágrafos 20 e 25 do acórdão *Budapest Bank*.

⁸²² Cf. parágrafos 33 a 40 do acórdão *Budapest Bank*. O Tribunal refere expressamente “o critério jurídico essencial para determinar se um acordo comporta uma restrição da concorrência «por objetivo» reside assim na constatação de que tal acordo apresenta, em si mesmo, um grau suficiente de nocividade para a concorrência para considerar que não é necessário apurar os respetivos efeitos” – cf. parágrafo 37.

para que se possa considerar que o carácter nocivo do Acordo TMI justifica que se dispense qualquer exame aos efeitos⁸²³.

2678. Ora, nos presentes autos não existe o mesmo (ou qualquer) estado de dúvida quanto ao conteúdo e aos objetivos comprovados dos comportamentos investigados (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2679. No presente caso, contrariamente ao mencionado pelas visadas nas suas pronúncias à Nota de Ilícitude, a AdC atendeu e descreveu, na apreciação das práticas em causa, a todos os elementos relevantes para a configuração e caracterização do contexto económico e jurídico no qual se insere o comportamento colusivo investigado.

2680. Com efeito, consta da Nota de Ilícitude, bem como da presente Decisão, a identificação e caracterização de cada uma das empresas visadas (cf. capítulo II.1 da Nota de Ilícitude e capítulo III.1 da Decisão), as características dos mercados nos quais incidiram as práticas em causa (cf. capítulo II.2 da Nota de Ilícitude e capítulo III.2 da Decisão), a posição das empresas visadas nos mercados identificados (cf. capítulo II.2.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.2.4 da Decisão), a exposição pormenorizada dos comportamentos identificados ao longo do período objeto de análise (cf. capítulo II.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.3 da Decisão), bem como o âmbito de atuação e a duração das respetivas práticas (cf. capítulo II.3.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.3.3 da Decisão), as comunicações relevantes e o seu enquadramento para efeitos de apreciação e imputação do comportamento ilícito (cf. capítulo III.1.3 da Nota de Ilícitude e IV.1.3 da Decisão).

2681. Todos estes elementos, constantes da Nota de Ilícitude e reproduzidos na presente Decisão, conformam o contexto considerado pela AdC na apreciação do comportamento das empresas visadas, bem como na determinação do preenchimento de cada um dos elementos integrantes do tipo legal de infração em causa, concluindo a AdC estar perante um caso de prática concertada de fixação indireta de preços compatível com a “*experiência suficientemente sólida e fiável*” existente, referida nos capítulos III.1.3.3. e III.1.3.3.1. da Nota de Ilícitude e, *mutatis mutandis*, nos capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.3.1 da presente Decisão.

⁸²³ Cf. parágrafos 56, 60 a 69, 76, 77 e 79 do acórdão *Budapest Bank*.

2682. Em consequência, os argumentos invocados pelas visadas, relativos à ausência de consideração do contexto económico no presente processo e à necessidade de determinar os efeitos, não podem proceder.

2683. Sem prejuízo da referida conclusão, analisam-se *infra*, em maior detalhe, os argumentos da visada Bimbo Donuts no que se refere às características do seu modelo de negócios.

2684. Relativamente ao modelo de negócio da Bimbo Donuts e às alegadas eficiências geradas como motivo de exclusão da qualificação da prática potencialmente ilegal como restrição a uma restrição por objeto, é necessário avaliar se os pressupostos e resultados enumerados pela visada se verificam e se advêm simplesmente da sua posição como fornecedora do mercado de distribuição retalhista ou, como a visada alega, se é gerado exclusivamente pelo seu modelo de negócio, nos termos do qual incorre em riscos financeiros e económicos tipicamente incorridos pelas empresas de distribuição:

- i. No que respeita ao argumento relativo a “*mais disponibilidade para os consumidores*”, deve esclarecer-se que o fornecedor tem sempre incentivos para oferecer a maior quantidade/gama de produtos ao mercado retalhista. Não é, portanto, uma característica exclusiva deste modelo de negócio;
- ii. No que respeita ao argumento relativo à *rotação mais adequada dos produtos que são vendidos*, a possibilidade de devolução de produtos perto do prazo de validade não é exclusiva da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista. Ademais, as empresas de distribuição aumentam ou diminuem as quantidades compradas ao fornecedor consoante as variações de procura por estes produtos, de forma a minimizar situações de devoluções. Destarte, esta característica também não é exclusiva deste modelo de negócio;
- iii. Por último, também quanto à “*prevenção de situações de rutura do stock*”, devido a motivos reputacionais e à perceção do produto por parte do consumidor, é constante a preocupação dos fornecedores em evitar ruturas de *stock* dos seus produtos, motivo pelo qual, também não se considera que esta característica seja exclusiva do modelo de negócio da Bimbo Donuts.

2685. Constata-se, assim, que nenhuma das especificidades apresentadas pela Bimbo Donuts advêm, exclusivamente, do seu modelo de negócio, sendo, pelo contrário, consequências da relação normal entre fornecedor-distribuidor, no âmbito da qual

aquele se preocupa em oferecer a maior variedade de produtos possível, com qualidade e sem ruturas de *stock*.

2686. Neste sentido, o contexto resultados do modelo de negócios seguido pela Bimbo Donuts não são diferentes dos de outros fornecedores com os quais as empresas de distribuição visadas mantêm relações, motivo pelo qual as características elencadas pela empresa não podem ser consideradas “eficiências” geradas exclusivamente pelo seu modelo de negócios, suscetíveis de afastar uma qualificação do comportamento desta visada como uma infração por objeto.

2687. Aliás, o que a análise do contexto económico e jurídico do funcionamento dos mercados em causa permite demonstrar é que há uma convergência de incentivos entre o fornecedor e as empresas de distribuição visadas.

2688. O fornecedor opta por uma solução de restringir a concorrência para evitar a erosão da sua própria margem, em resultado da maior pressão exercida pelos retalhistas sobre o fornecedor para obtenção de melhores condições, em face de preços mais competitivos, num cenário de concorrência a jusante.

2689. O contexto negocial entre retalhistas e fornecedor propicia a suavização da concorrência a jusante, através de um alinhamento de PVP no mercado, em benefício de todas as empresas envolvidas, prejudicando os consumidores finais.

2690. No que se refere à política de recomendação de PVP, a Bimbo Donuts afirma que não fixa os preços de revenda dos seus produtos. Ainda assim, e nos termos do modelo de negócios utilizado pela visada *supra*, por si referido, resulta que o fornecedor se assume como único a suportar os riscos financeiros inerentes à determinação desse PVP.

2691. Ora, em nada este modelo de negócios descrito pela Bimbo Donuts permite contrariar, em teoria ou em concreto, as asserções factuais que resultam da Nota de Ilícitude e da presente Decisão sobre o carácter fixo dos PVP concertados entre fornecedor e empresas de distribuição, nos termos abundantemente descritos e sustentados pela prova constante dos autos (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.1.6 e III.3.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2692. Pelo contrário, não apenas é compatível com esse tipo de comportamentos, como pode efetivamente ter servido como fator relevante adicional para os adotar, na medida em

que o controlo dos PVP permite a essa visada, em concertação com as demais, garantir a rentabilidade pretendida para todas as partes, em prejuízo dos consumidores.

2693. Assim, é inequívoco que a Bimbo Donuts, em articulação com as empresas de distribuição visadas, fixou PVP que deveriam ser implementados em determinado momento, verificando-se, também, uma monitorização recíproca dos mesmos, com base na qual as empresas visadas procedem à deteção, reporte e solicitação de correção de eventuais desvios (demonstrando, ainda, o acervo probatório que, em casos de manutenção de desvios, existem mecanismos de coação para induzir ao cumprimento dos PVP fixados.

2694. Comportamentos que, independentemente dos modelos de negócios das entidades que os adotaram, constituem restrições jusconcorrenciais qualificáveis como infrações pelo objeto.

2695. A visada Bimbo Donuts argumenta também que os acordos promocionais de *sell out* por si financiados às empresas de distribuição visadas “*não podem ser qualificados como restrições por objeto*”, uma vez que geram benefícios para os consumidores.

2696. Reitera-se aqui o argumento já apresentado pela Autoridade (cf. capítulo III.3.1.3.8 da presente Decisão) de que as campanhas promocionais financiadas pela Bimbo Donuts eram utilizadas para desenvolver a prática *sub judice* impedindo as empresas distribuidoras visadas de atuarem autonomamente no mercado retalhista relativamente a campanhas promocionais. Portanto, tendo como o objetivo o alinhamento de preços no mercado retalhista, as campanhas promocionais financiadas pela Bimbo Donuts não beneficiavam os consumidores e inseridas dentro do contexto de uma prática de *hub and spoke* devem ser qualificadas como restrições por objeto.

2697. Assim, as alegações da visada Bimbo Donuts em nada infirmam as conclusões da Autoridade.

2698. Por outro lado, também não se revela aplicável a presunção de legalidade que decorre do Regulamento n.º 330/2010, dado que nos presentes autos está em causa uma restrição grave (*hardcore restriction*), a qual implica a retirada do benefício de isenção por categoria, nos termos da alínea a) do artigo 4.º do referido Regulamento.

2699. Do ponto de vista da sua análise jusconcorrencial, os contornos da prática investigada reclamam apenas que se verifiquem os critérios para a demonstração da existência de

uma prática concertada de fixação de preços restritiva da concorrência, ainda que de forma indireta, em virtude da natureza híbrida (vertical e horizontal) que a prática comporta, análise que foi exaustivamente desenvolvida na Nota de Ilícitude e na presente Decisão.

2700. Relativamente ao argumento das visadas quanto à suposta ausência de precedente nacional e que os precedentes no panorama internacional são, ainda, poucos, apesar de serem claros na qualificação e sanção deste tipo de comportamento, o mesmo deve ser colocado em devida perspetiva.

2701. Primeiro, a conduta das visadas que resulta provada nos autos é material e formalmente proibida pela alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, as quais qualificam como ilícita a fixação direta ou indireta de preços alcançada por via de uma prática concertada (sublinhado da Autoridade).

2702. A suposta “novidade” da infração com estes contornos precisos não sobrevive ao confronto com a previsão legal explícita.

2703. Para além disso, a qualificação da prática como “*hub-and-spoke*” não tem assento na lei e sim na doutrina, não tendo esta o efeito “constitutivo” que as visadas parecem sustentar.

2704. Tal efeito constitutivo decorre, sempre, das já citadas previsões legais, que inequivocamente abrangem as condutas descritas e qualificadas na presente Decisão.

2705. Os critérios seguidos pela AdC na presente Decisão baseiam-se na jurisprudência relevante, designadamente no que toca a ações ilícitas pelas quais as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais: a saber, a prática concertada.

2706. A única particularidade deste caso, comum a outras investigações em curso na AdC, é a circunstância de as insígnias visadas conseguirem, em regra, evitar um contacto direto entre si – que seria claramente incriminatório – obtendo a referida cooperação prática através da intervenção do fornecedor como *pivot*, o qual assegura a comunicação indireta e, dessa forma, a concertação do comportamento das insígnias visadas em torno do plano comum de alinhamento de PVP tendo em vista o objetivo para o qual todas as participantes concorrem: o alinhamento dos PVP pelas insígnias visadas num movimento de subida de preços (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2707. Os referidos critérios são, aliás e na verdade, consentâneos com os critérios exigidos pelas visadas nesta matéria (cf. parágrafos 2640, 2643 e 2647 da presente Decisão)⁸²⁴.

2708. Ou seja e como se verá com maior detalhe, mesmo à luz dos critérios reclamados pelas próprias visadas para a análise, os comportamentos apreciados no presente processo se subsumem à infração nos termos acima descritos.

2709. Por fim, não fazendo sentido uma discussão sobre categorias doutrinárias quando a natureza ilícita e de restrição por objeto é abundantemente estabelecida pela prova constante dos autos, sempre se dirá que a alegada escassez de precedentes sobre casos de “*hub and spoke*” não poderia de modo algum ser a motivação para um arquivamento do processo, desonerando-se a Autoridade do seu dever de identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação da concorrência e prejudicar o bem-estar dos consumidores, sobretudo quando estejam indiciadas infrações tão graves à concorrência e tão nocivas para os consumidores.

2710. Segundo as visadas, para comprovar a existência de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, cumpriria à Autoridade demonstrar: (i) a existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) que os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevêê-los e estão prontos a aceitar o risco.

Critério (i)⁸²⁵

2711. A prática investigada visa um objetivo ou plano estratégico partilhado pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas (ainda que com papéis diferentes, específicos, para cada tipo de visada, atenta a sua posição na cadeia de distribuição, como se verá),

⁸²⁴ Cf. também §854 da PNI Auchan, onde se lê: “a Auchan concorda integralmente com a afirmação da AdC, citando o Acórdão Treuhand do Tribunal de Justiça, no sentido que: «o critério legal que a Comissão terá de provar para demonstrar a participação de uma empresa numa infração deste tipo [exige]: (i) a existência de um objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) os participantes têm intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevêê-los e estão dispostos a aceitar o risco»”.

⁸²⁵ Existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes.

que se traduz na prossecução de um alinhamento de PVP no mercado retalhista, permitindo que as empresas de distribuição retalhista possam convergir os seus movimentos comerciais estratégicos (designadamente, a definição dos seus PVP) no mesmo sentido, eliminando o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado, em prejuízo do consumidor.

2712. Este objetivo comum é partilhado por todas as empresas visadas, Bimbo Donuts⁸²⁶, MCH⁸²⁷, Pingo Doce⁸²⁸ e Auchan⁸²⁹.

2713. A prova revela evidências concretas, inilidíveis, daquilo em que se traduz o objetivo comum, estando repleta de referências a um esforço contínuo no sentido de “*nivelar*” e “*alinhar*” preços (cf. documentos BakeryDonuts665, BakeryDonuts666, BakeryDonuts603, BakeryDonuts591, BakeryDonuts602, BakeryDonuts600, BakeryDonuts775, BakeryDonuts708, BakeryDonuts798, BakeryDonuts726, BakeryDonuts800, BakeryDonuts594, BakeryDonuts624, BakeryDonuts761, BakeryDonuts746, BakeryDonuts900, BakeryDonuts1499, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1105, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts137, BakeryDonuts163, BakeryDonuts229, BakeryDonuts293), na implementação de um plano de subida de PVP (cf. documentos BakeryDonuts625, BakeryDonuts633, BakeryDonuts834, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts924, BakeryDonuts964, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts965, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts670, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1192, BakeryDonuts727, BakeryDonuts85, BakeryDonuts642, BakeryDonuts118).

2714. Mas, para além destas referências concretas, o compromisso das empresas participantes com este objetivo comum também decorre da adoção de vários comportamentos sucessivos, descritos na presente Decisão de controlo e monitorização, de correção de desvios, de pressão, coação e retaliação.

2715. Conforme demonstrado, tanto o fornecedor, como as insígnias utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP para confirmar a implementação dos PVP previamente

⁸²⁶ Cf. capítulo III.3.3.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

⁸²⁷ Cf. capítulo III.3.3.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada

⁸²⁸ Cf. capítulo III.3.3.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada

⁸²⁹ Cf. capítulo III.3.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada

concertados, com o intuito de verificar se o mercado fez o reposicionamento nas datas combinadas e está alinhado (cf. documentos BakeryDonuts614, BakeryDonuts636, BakeryDonuts658, BakeryDonuts606, BakeryDonuts602, BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts755, BakeryDonuts800, BakeryDonuts799, BakeryDonuts638, BakeryDonuts753, BakeryDonuts718, BakeryDonuts769, BakeryDonuts756, BakeryDonuts832, BakeryDonuts790, BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts745, BakeryDonuts852, BakeryDonuts839, BakeryDonuts754, BakeryDonuts729, BakeryDonuts900, BakeryDonuts893, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts975, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts965, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1096, BakeryDonuts1641, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts85, BakeryDonuts91, BakeryDonuts181, BakeryDonuts77, BakeryDonuts78, BakeryDonuts228, BakeryDonuts229, BakeryDonuts160, BakeryDonuts118, BakeryDonuts10, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, MCH1132, MCH1133, MCH1154, MCH1136).

2716. Neste ponto ficou ainda provado que os talões de compra são utilizados pelas empresas participantes com o intuito de atestar um determinado desvio ou cumprimento do posicionamento de PVP pretendido (cf. documentos BakeryDonuts670, BakeryDonuts666, BakeryDonuts633, BakeryDonuts737, BakeryDonuts840, BakeryDonuts738, BakeryDonuts739, BakeryDonuts834, BakeryDonuts709, BakeryDonuts594, BakeryDonuts749, BakeryDonuts734, BakeryDonuts733, BakeryDonuts719, BakeryDonuts828, BakeryDonuts758, BakeryDonuts744, BakeryDonuts752, BakeryDonuts714, BakeryDonuts745, BakeryDonuts851, BakeryDonuts754, BakeryDonuts746, BakeryDonuts924, BakeryDonuts907, BakeryDonuts975, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1201, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts973, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1096, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts181, BakeryDonuts77, BakeryDonuts78, BakeryDonuts168, BakeryDonuts228, BakeryDonuts229, BakeryDonuts169, BakeryDonuts46, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, MCH1154).

2717. O compromisso das insígnias com o plano comum decorre ainda do facto de as insígnias desviante anuírem aos pedidos de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condição (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts601, BakeryDonuts739, BakeryDonuts828, BakeryDonuts744, BakeryDonuts711, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts293, BakeryDonuts121, BakeryDonuts125, MCH1133).

2718. A AdC forma, assim, a sua convicção de que o critério (i) para a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre insígnias visadas, se encontra preenchido no presente caso.

Critério (ii)⁸³⁰

2719. A matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas envolvidas participou ativamente na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de alinhamento de PVP de mercado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2720. Atentas as diferentes posições das empresas visadas na cadeia de distribuição, os tipos de comportamentos de cada uma, fornecedor e insígnias, não coincidem necessariamente, mas todos concorrem para a consumação de uma prática, complexa, de fixação e alinhamento horizontal de PVP de forma indireta.

2721. Os comportamentos da Bimbo Donuts traduziram-se em: (i) obter a adesão das insígnias quanto ao posicionamento futuro de PVP; (ii) disseminar a informação obtida pelas insígnias concorrentes; (iii) monitorizar o posicionamento de PVP no mercado retalhista; (iv) identificar e sinalizar desvios ao posicionamento concertado, diligenciando pela sua correção; (v) receber reporte de insígnias que identificam desvios ao posicionamento combinado e, em virtude do mesmo, solicitar às insígnias desviantes a sua correção; (vi) pressionar as insígnias desviantes a corrigir desvios identificados,

⁸³⁰ O propósito ou a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum.

incluindo mediante ações de retaliação; *(vii)* reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios assinalados (cf. capítulo III.3.3.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2722. Os comportamentos das empresas de distribuição visadas traduziram-se em: *(i)* manifestar a adesão à Bimbo Donuts a um determinado posicionamento de PVP, no pressuposto de estar alinhada com restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor; *(ii)* implementar efetivamente o posicionamento de PVP concertado; *(iii)* monitorizar a implementação do posicionamento de PVP concertado, reportando à Bimbo Donuts desvios; *(iv)* pressionar a Bimbo Donuts para que esta atue junto de insígnias desviantes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP; *(v)* adotar comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a Bimbo Donuts a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. capítulos III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2723. Aliás, na grande maioria das vezes, o procedimento para a correção de PVP é desencadeado pelas próprias insígnias, que pressionam o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal” (cf. documentos BakeryDonuts636, BakeryDonuts637, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts718, BakeryDonuts756, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts973, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1154, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts85, BakeryDonuts91, BakeryDonuts181, BakeryDonuts77, BakeryDonuts125, BakeryDonuts221, BakeryDonuts121, BakeryDonuts66, MCH1133).

2724. Por sua vez, o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a sua correção (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts670, BakeryDonuts617, BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts744, BakeryDonuts739, BakeryDonuts638, BakeryDonuts733, BakeryDonuts754, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1072,

BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts85, BakeryDonuts168, BakeryDonuts125, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, MCH1133, MCH1120).

2725. As insígnias desviantes anuem na maioria dos casos ao pedido de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada correção (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts670, BakeryDonuts657, BakeryDonuts601, BakeryDonuts739, BakeryDonuts828, BakeryDonuts744, BakeryDonuts711, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1070, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts293, BakeryDonuts125, BakeryDonuts121, MCH1133).

2726. Para além disso, há prova de que as insígnias que detetam e sinalizam os desvios conformam o respetivo posicionamento quando recebem a informação, via fornecedor, de que os PVP que estavam “mal” foram corrigidos (cf. documentos BakeryDonuts642, BakeryDonuts617, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts125, BakeryDonuts121).

2727. Ademais, o fornecedor (cf. documentos BakeryDonuts674, BakeryDonuts685, BakeryDonuts834, BakeryDonuts798, BakeryDonuts753, BakeryDonuts780, BakeryDonuts822, BakeryDonuts765, BakeryDonuts757, BakeryDonuts690, BakeryDonuts808, BakeryDonuts845, BakeryDonuts923, BakeryDonuts883, MCH1120) e empresas de distribuição visadas (cf. documentos BakeryDonuts822, BakeryDonuts852, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts628, BakeryDonuts1011, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts973, BakeryDonuts85, BakeryDonuts77, MCH1151) adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a PVP “*desalinados*” ou “*incorretos*” (cf. documentos BakeryDonuts780, BakeryDonuts753), que é expressamente identificado nos elementos de prova como uma desconformidade ou um desvio face aos preços “*nivelados*”, ou “*PVP abaixo deste valor*” (cf. documento BakeryDonuts798).

2728. A propósito do preenchimento do critério (ii), cumpre salientar dois aspetos adicionais.

2729. Em primeiro lugar, recordar que a existência de desvios aos PVP previamente concertados (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6 da presente Decisão) não afasta necessariamente a verificação de uma prática concertada entre as empresas visadas.
2730. A matéria de facto provada demonstra que há fatores alheios à concertação e ao concurso de vontades entre insígnias que motivam desvios aos PVP previamente concertados (e.g. a “ambivalência genética” característica do mercado de retalho alimentar português, ações promocionais), que coexistem com a concertação e que, embora tenham o efeito de demorar ou interromper o reposicionamento e o alinhamento dos PVP no mercado, não o eliminam.
2731. Na realidade, não obstante a ocorrência de desvios ocasionais, o que os elementos de prova demonstram é que o mercado implementa os PVP comunicados (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts118 e conversação n.º 8).
2732. Em segundo lugar, importa recordar que as diferenças entre as empresas visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada também não impedem a demonstração de um concurso de vontades (cf. capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão).
2733. Quanto ao tipo de envolvimento, essas diferenças decorrem do facto de o fornecedor ocupar uma posição na cadeia de distribuição distinta da posição ocupada pelas empresas de distribuição visadas (cf. capítulo III.3.3.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
2734. Como referido anteriormente, a prática investigada tem uma natureza simultaneamente vertical e horizontal, uma vez que nela participam empresas que, para efeitos da fixação e alinhamento dos PVP no mercado retalhista, atuam em níveis diferentes da cadeia de distribuição.
2735. Tal facto não afasta a participação da Bimbo Donuts. Como se viu supra, os comportamentos adotados pela Bimbo Donuts revelam o propósito e a intenção expressa de contribuir, contribuindo efetivamente, através desses mesmos comportamentos, para a prossecução do objetivo comum e respetivo plano estratégico de implementação (cf. capítulo IV.1.3.2.1 da presente Decisão).

2736. Quanto ao grau de participação das empresas de distribuição visadas, as respetivas diferenças decorrem do maior ou menor envolvimento de cada uma em cada comportamento analisado, conforme evidenciado na prova junta aos autos e acima analisado (cf. capítulos III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2737. No entanto, como se verá em maior detalho no capítulo IV.1.4 desta Decisão, essas diferenças não são suscetíveis de afastar a demonstração da participação de todas no concurso de vontades (conluio ou colusão) estabelecido mediante a cooperação prática descrita.

2738. Em todo o caso, inexistem elementos de prova que demostrem que qualquer uma das empresas visadas se tenha expressamente distanciado da prática ou adotado quaisquer comportamentos para lhe pôr termo (cf. capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2739. A AdC forma, assim, a sua convicção de que o critério (ii) para a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre insígnias visadas, se encontra preenchido no presente caso.

Critério (iii)⁸³¹

2740. A matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas envolvidas tinha conhecimento dos comportamentos prospetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum e na implementação do plano estratégico de concertação de PVP⁸³² (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2741. Recordando as Orientações sobre cooperação horizontal da Comissão, “*O intercâmbio de informações pode assumir diversas formas. Em primeiro lugar, os dados podem ser directamente partilhados entre concorrentes. Em segundo lugar, os dados podem ser*

⁸³¹ Os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais prospetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevê-los e estão prontos a aceitar o risco.

⁸³² Amiúde e conforme se demonstrou, esse conhecimento decorre expressamente da informação partilhada pelo fornecedor com todas e cada uma das empresas de distribuição.

*partilhados indirectamente através de uma agência comum (por exemplo, associação do sector) ou de um terceiro, como uma organização de estudo de mercado, ou através dos fornecedores da empresa ou ainda dos retalhistas*⁸³³.

2742. *“A troca de informações individualizadas acerca das intenções de uma empresa relativamente ao seu comportamento futuro em matéria de preços [...] é particularmente susceptível de dar origem a um comportamento colusivo. O facto de os concorrentes trocarem informações sobre estas intenções pode permitir-lhes fixar um preço comum mais elevado, sem correrem o risco de perderem quotas de mercado ou iniciarem uma guerra de preços*⁸³⁴.

2743. Ficou, efetivamente, provado que a Bimbo Donuts atua como intermediário que garante a comunicação indireta entre as empresas de distribuição visadas, recebendo informação de cada insígnia relativa à respetiva intenção futura em matéria de definição de PVP, disseminando essa informação pelas insígnias concorrentes, dando sequência às interpelações de cada insígnia junto das respetivas concorrentes em matéria de desvios face ao posicionamento previamente concertado e respetiva correção.

2744. Mediante sucessivas comunicações indiretas, realizadas através do fornecedor, as empresas de distribuição visadas trocaram informação que lhes permitiu atingir uma cooperação prática entre elas, que eliminou a incerteza quanto ao comportamento futuro respetivo em matéria de definição de PVP (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada)

2745. Na presente Decisão ficou demonstrado que as empresas de distribuição visadas tomam decisões relativas ao seu posicionamento futuro de PVP e ao respetivo calendário de implementação com base na informação relativa ao posicionamento das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor (cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts618, BakeryDonuts665, BakeryDonuts613, BakeryDonuts702, BakeryDonuts657, BakeryDonuts674, BakeryDonuts612, BakeryDonuts617, BakeryDonuts605, BakeryDonuts775, BakeryDonuts739, BakeryDonuts726, BakeryDonuts800, BakeryDonuts796, BakeryDonuts594,

⁸³³ Cf. parágrafo 55 das Orientações sobre cooperação horizontal.

⁸³⁴ Cf. parágrafo 73 das Orientações sobre cooperação horizontal.

BakeryDonuts727, BakeryDonuts632, BakeryDonuts749, BakeryDonuts767,
BakeryDonuts638, BakeryDonuts777, BakeryDonuts832, BakeryDonuts790,
BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts728, BakeryDonuts744,
BakeryDonuts792, BakeryDonuts782, BakeryDonuts752, BakeryDonuts785,
BakeryDonuts711, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts908, BakeryDonuts910,
BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1040, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts1071,
BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1173,
BakeryDonuts125, BakeryDonuts121).

2746. As empresas de distribuição visadas dão, portanto, a sua adesão aos PVP pré-fixados, de forma livre, espontânea e esclarecida, no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de subida conjunta, nos termos da informação que lhes é transmitida pelo fornecedor.

2747. Para além disso, o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data da respetiva correção (cf. documentos BakeryDonuts637, BakeryDonuts670, BakeryDonuts617, BakeryDonuts828, BakeryDonuts757, BakeryDonuts744, BakeryDonuts739, BakeryDonuts638, BakeryDonuts733, BakeryDonuts754, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts125, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts1207, BakeryDonuts85, BakeryDonuts168, BakeryDonuts121, BakeryDonuts154, MCH1133, MCH1120).

2748. A este respeito, deverá ainda recordar-se o teor de documentos em que as empresas de distribuição visadas questionam expressamente o fornecedor sobre o reposicionamento de PVP em insígnias concorrentes (cf. documentos BakeryDonuts617, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts726, BakeryDonuts639, BakeryDonuts718, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts1068, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts1071).

2749. Ou seja, a influência do fornecedor e das insígnias concorrentes na formação da vontade de cada insígnia e na respetiva definição dos PVP traduz-se na formação de um *iter* cognoscitivo que proporciona e enquadra a concertação de PVP, reunindo a

participação de todos, fornecedor e insígnias, de forma livre, espontânea e esclarecida, em vez de se traduzir num exercício competitivo.

2750.A AdC forma, assim, a sua convicção de que o critério *(iii)* para a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, se encontra preenchido no presente caso.

2751.Em conclusão, a Autoridade relembra que o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeia sobre o conceito de acordo ou prática concertada anticoncorrencial consiste, precisamente, no princípio de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente.

2752.É com base na aplicação desse referencial aos presentes autos, em que está em causa a implementação de um plano estratégico por várias empresas de distribuição e o fornecedor comum Bimbo Donuts, que se traduz na concertação e na fixação (indireta) dos PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar ao longo de mais de uma década, que a Autoridade forma a sua convicção quanto à existência e nocividade dos comportamentos em causa.

2753.Neste sentido, apesar de não se afigurar necessário proceder à análise ou quantificação dos efeitos concretos que possam ter-se verificado no mercado em resultado desta prática, a Autoridade não poderá ignorar a prova que evidencia os casos em que o objetivo foi atingido⁸³⁵, nem o facto de a infração em causa se ter mantido ininterruptamente desde, pelo menos, 2005, até, pelo menos, 2016, não podendo excluir-se, na realidade, que esteja ainda em curso.

2754.Encontra-se, assim e nos termos expostos, preenchido nos presentes autos mais um elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, verificando-se a existência de uma prática concertada entre empresas, com o objeto de impedir, falsear ou restringir a concorrência nos mercados visados, pelo que a Autoridade não pode deixar de concluir pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados a este respeito pelas visadas.

⁸³⁵ Cf., designadamente, documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts118 e conversação n.º 8.

IV.1.3.4 Carácter sensível da restrição da concorrência

2755. Para ser abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, um acordo ou uma prática concertada entre empresas deve impedir, falsear ou restringir a concorrência “*de forma sensível*”.

2756. Acontece que os acordos ou práticas concertadas que tenham um objeto anticoncorrencial constituem, pela sua própria natureza e independentemente de qualquer efeito concreto, uma restrição sensível, ainda que os mesmos não atinjam os limiares de quotas de mercado estabelecidos pela Comissão na sua Comunicação *de minimis*⁸³⁶.

2757. Tal como salientou o Tribunal de Justiça no acórdão *Expedia*, “*importa recordar que, segundo jurisprudência constante, para a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...)*”⁸³⁷. A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinhou que a distinção entre «*infrações pelo objetivo*» e «*infrações pelo efeito*» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (...). Há, portanto, que considerar que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência”⁸³⁸.

⁸³⁶ Cf. “Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (Comunicação de *de minimis*)”, in JOUE n.º C 291/01 de 30 de agosto de 2014, parágrafos 2 e 13; e “Commission Staff Working Document (SWD(2014) 198 final), Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the *De Minimis Notice*” de 25 de junho de 2014, páginas 5, 6 e 7.

⁸³⁷ Neste sentido, cf., igualmente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1966, *Consten e Grundig c. Comissão*, processos apensos n.ºs 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 423.

⁸³⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e o.*, processo n.º C-226/11, parágrafos 35 a 37; cf., igualmente, Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafos 16 e 17; acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 29.

2758. Em 2011, no acórdão *KME Germany*, o Tribunal de Justiça já havia considerado que, *“para aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE [atual artigo 101.º, n.º 1 do TFUE], a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...). Tal é nomeadamente o caso, como no presente, dos acordos que incluem restrições patentes à concorrência, como a fixação dos preços e a repartição do mercado. Se um cartel fixa o estado do mercado no momento em que é celebrado, a sua longa duração pode tornar rígidas as estruturas, diminuindo o incentivo à inovação e ao desenvolvimento para os participantes no cartel. O regresso ao estado de livre concorrência será assim tanto mais difícil e longo quanto a própria duração do cartel foi longa. Mesmo se a intensidade e a eficácia do cartel variarem no tempo, a verdade é que o referido cartel continuará a existir e, por conseguinte, a tornar ainda mais rígidas as estruturas do mercado”*⁸³⁹.

2759. Por conseguinte, os acordos ou as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar de forma direta ou indireta os PVP, presumem-se restrições sensíveis da concorrência, não negligenciáveis.

2760. Da proibição do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, consta uma preocupação fundamental, a de garantir, em nome do livre jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores no mercado, enquanto elemento estruturante do processo concorrencial salvaguardado pelas regras nacionais e europeias de defesa da concorrência.

2761. Ora, nos presentes autos, conforme acima demonstrado, está em causa uma restrição da concorrência pelo objeto, nos termos que resultam da jurisprudência e prática decisória nacional e europeia, qualificável igualmente, segundo essa mesma jurisprudência e prática decisória, como uma restrição sensível.

2762. Essa restrição é materializada na substituição da incerteza e dos riscos da concorrência por uma cooperação prática concertada entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas no mercado em causa.

⁸³⁹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany e o. c. Comissão*, processo n.º C-272/09 P, Colet., p. I-12789, parágrafo 65; e acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany e o./Comissão*, processo n.º C-389/10 P, Colet., p. I-13125, parágrafo 75.

2763. Sendo certo que, mesmo que as empresas envolvidas tivessem um reduzido poder de mercado (o que também não é manifestamente o caso), sempre se diria que o impacto deste tipo de acordos ou práticas concertadas que contêm restrições graves da concorrência não é negligenciável.
2764. Tal prática contribui para a diminuição do bem-estar dos consumidores, para a redução da inovação e para o decréscimo da competitividade da economia nacional.
2765. O prejuízo para os consumidores é especialmente grave quando se tem em conta que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas são operadores importantes em mercados de extrema relevância em Portugal: o mercado nacional de panificação e pastelaria no canal alimentar e, particularmente, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.2.4. da presente Decisão).
2766. No caso da Bimbo Donuts, está-se perante uma empresa que produz e comercializa algumas das principais marcas de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos – e que, segundo a própria, é “*uma das maiores organizações do setor alimentar da Península Ibérica*” (cf. parágrafo 691 *supra*).
2767. No caso das empresas de distribuição visadas, está-se perante um conjunto de empresas que representa uma parte preponderante do mercado retalhista de base alimentar em Portugal, um setor da máxima relevância para a economia do país e para a vida dos consumidores, em que a legislação da concorrência desempenha um papel importante, o que é demonstrado pelo facto de todas estas empresas terem pleno e regular acesso a aconselhamento jurídico no domínio do direito da concorrência (cf., por exemplo, o documento MCH1721, descrito no parágrafo 1668 da presente).
2768. E se, por um lado, a Bimbo Donuts é uma das principais empresas produtoras e distribuidoras no setor de panificação e pastelaria em Portugal, por outro lado, as empresas de distribuição visadas são empresas de grande dimensão, cujo conjunto representa uma parte preponderante do mercado em que operam, exercendo a sua atividade em todo o território nacional.
2769. Salienta-se ainda que os setores em causa, particularmente o da distribuição retalhista de base alimentar, têm uma importância fulcral para a competitividade da economia nacional e para o bem-estar dos cidadãos.

2770. Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho não especializado gerava em Portugal, em finais de 2018, um volume de negócios de 20,7 mil milhões de euros, resultados que, de modo geral, foram mantidos por referência a 2019 (cf. parágrafos 806 e seguintes da presente Decisão).

2771. Conclui-se assim que, no presente caso, se está indubitavelmente perante uma restrição sensível da concorrência, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo n.º 1 do 101.º do TFUE.

IV.1.3.4.1 Pronúncia das Visadas

2772. Na sua Pronúncia, a Pingo Doce alega que, ainda que se desse por verificada uma prática de fixação e/ou alinhamento dos preços de venda nos vários sub-mercados relevantes da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, a mesma não teria constituído uma restrição sensível da concorrência, dado que os fatores relevantes para esta análise (i.e. quotas de mercado das empresas envolvidas, estrutura/grau de concentração no mercado, ou a natureza do produto) não permitiriam extrair essa conclusão⁸⁴⁰.

2773. Entende a Pingo Doce que face à “*atomicidade dos supostos mercados do pão pré-embalado e dos bolos no canal alimentar (off-trade) em Portugal e a posição relativa da Bimbo, é evidente que não pode haver qualquer restrição da concorrência sensível*”⁸⁴¹.

2774. Em resposta ao parágrafo 124 da Nota de Ilícitude, a Pingo Doce vem arguir que mais de metade da faturação da Bimbo Donuts é feita fora do suposto *hub and spoke*, “*ou seja, entre [50-60]% e [50-60]% em 2017 e entre [60-70]% e [60-70]% em 2008*”. Neste contexto, e por referência à fls. 6515-A do processo⁸⁴², refere que, face à carteira de clientes diversificada, que vai além das empresas de distribuição visadas, a Bimbo Donuts não se apresenta como um fornecedor com preponderância para estas últimas.

⁸⁴⁰ Cf. capítulo III.6.C) da PNI Pingo Doce.

⁸⁴¹ *Idem*.

⁸⁴² Resposta da visada Bimbo Donuts a pedido de elementos, em concreto, listagem dos seus principais clientes, registado sob referência interna E-AdC/2020/384.

2775. Entende igualmente a Pingo Doce que (i) alguns dos mercados sob investigação poderão revestir uma dimensão ibérica⁸⁴³ e que (ii) a adição das quotas de mercado da Bimbo e da Panrico no período de 2004 a 2016 é artificial, uma vez que estavam em causa empresas distintas⁸⁴⁴.
2776. Refere a Pingo Doce que a representatividade da Bimbo Donuts na faturação da Pingo Doce em vários dos sub-mercados foi nula (ou quase nula): (i) para o mercado de bolos para revenda MDD, a representatividade deste fornecedor situou-se em [0-5]% anteriormente ao ano de 2014; (ii) para o mercado de substitutos de pão para revenda MDF, a representatividade foi nula no período de 2013 a 2017; (iii) para o mercado de substitutos de pão para revenda MDD as vendas e quotas de mercado são sempre nulas; (iv) nos mercados de substitutos de pão para revenda MDF, por sua vez, as representatividades situaram-se entre [0-10]% a [10-20]% nos anos de 2010 a 2012.
2777. A Pingo Doce alega ainda que o volume de negócios realizado pela visada nos mercados afetados não é o que consta da Tabela n.º 5 da Nota de Ilícitude, uma vez que *«se a Bimbo não fornece muitos dos produtos identificados pela AdC como supostos “mercados relevantes”, então a conclusão lógica é a desconsideração do volume de negócios que a Pingo Doce realiza nessas “mercados”*⁸⁴⁵.
2778. Mais entende a Pingo Doce que a AdC recorreu erradamente à noção de Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR), uma vez que esta *“contempla muitas realidades no seu seio, quando a AdC pretende contraditoriamente limitar a imputação de práticas de “hub and spoke” meramente a fornecedores e às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas discount) que comercializam produtos no canal alimentar ao consumidor final”* e assim se extrair a conclusão de que estamos perante uma restrição sensível da concorrência.
2779. Quanto à Auchan, não obstante atribuir a um dos capítulos da respetiva pronúncia escrita o título *“caráter sensível da alegada restrição”*, a visada refere-se aí à apreciação jusconcorrencial desenvolvida pela Autoridade a respeito da afetação do comércio entre

⁸⁴³ Cf. decisão da Autoridade de 23 de junho de 2016, processo n.º Ccent 18/2016 (Bimbo/Ativos Panrico), disponível a fls. 6882 do processo.

⁸⁴⁴ Cf. capítulo III.6.C) da PNI Pingo Doce.

⁸⁴⁵ Cf. §677 e 678 da PNI Pingo Doce.

Estados-Membros, pelo que se remete a apreciação dos respetivos argumentos para o capítulo IV.1.3.6 da presente Decisão.

IV.1.3.4.2 *Apreciação da Autoridade*

2780. Apreciada a defesa das visadas em confronto com a matéria de facto provada com a qualificação jurídica desenvolvida na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2781. Em primeiro lugar, a pretensão da Pingo Doce de afastar a qualificação da infração *sub judice* como uma restrição sensível da concorrência não poderá ser acolhida pela Autoridade, pelas razões que se seguem.

2782. Do ponto de vista da sua análise no âmbito do direito da concorrência, os contornos da prática em causa exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas visadas na sua globalidade, pois é na sua globalidade que se verificam os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração em causa.

2783. No que respeita à prova de práticas anticoncorrenciais, em especial, as que assentam em comportamentos colusivos, como no presente caso, cumpre recordar a jurisprudência europeia sobre o tratamento da matéria de prova no caso de acordos horizontais: *“nestes processos é de grande importância considerar as provas na sua totalidade. É evidente que, mesmo quando é possível dar uma explicação alternativa razoável de um documento determinado e talvez mesmo de vários documentos considerados isoladamente, a referida explicação corre o risco de não resistir a um exame mais preciso no âmbito de uma apreciação global de toda uma série de provas. Da mesma forma, à semelhança da Comissão, devem poder deduzir-se de períodos em que a distância entre cada prova pode ser mais importante. Assim, será necessária uma explicação realmente sólida para convencer um órgão jurisdicional que, durante uma certa fase de uma série de reuniões ocorreram coisas totalmente diferentes daquelas que ocorreram no decurso de reuniões anteriores e posteriores, quando é certo que essas reuniões tinham o mesmo círculo de participantes, tiveram lugar no quadro de*

*circunstâncias externas homogêneas e tinham incontestavelmente o mesmo objetivo primordial, a saber, debater problemas internos do sector industrial em causa*⁸⁴⁶.

2784. Nestes termos, a existência de práticas anticoncorrenciais pode resultar tanto de provas diretas, que se bastam a si próprias, como de um conjunto de indícios constituídos pela ponderação de diversos elementos recolhidos ao longo da investigação que, isoladamente considerados, poderiam não ter um caráter condenatório definitivo, mas que, quando apreciados em conjunto, constituem feixes de elementos sérios, precisos e concordantes, no sentido de sustentar uma participação na infração.

2785. Dito isto, conforme já referido, o grau de participação da visada Pingo Doce na infração objeto do processo – aliás, como os graus de participação das demais visadas, nos termos descritos nos capítulos respetivos ao envolvimento de cada uma – será objeto de ponderação, nos termos da Lei n.º 19/2012, em sede de determinação de medida da coima.

2786. Em segundo lugar, não foram invocados motivos atendíveis que ponham em causa o respeito pela Autoridade da jurisprudência firmada, nacional e europeia, nesta matéria (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

2787. Assim sendo, e conforme anteriormente referido, os acordos ou práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar, de forma direta ou indireta, os PVP, constituem restrições sensíveis da concorrência.

2788. É nesse sentido que a presunção de legalidade estabelecida pelo Regulamento n.º 330/2010 é liminarmente afastada no caso das restrições graves da concorrência previstas no seu artigo 4.º (*hardcore restrictions*), entre elas, “a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda”.

2789. Em terceiro lugar, mesmo que assim não fosse, não poderia deixar de se considerar *sensível* uma restrição que decorre de uma concertação do comportamento concorrencial estabelecida entre três dos nove GGR a operar no mercado de retalho

⁸⁴⁶ Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão do TGUE (Primeira Secção), de 24.10.1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 954.

alimentar português⁸⁴⁷ (aliás, entre os principais), visando eliminar a concorrência entre eles quanto a PVP.

2790. Este mercado caracteriza-se pela existência de nove GGR, com aumento progressivo do seu poder negocial, verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final, com reforço tendencial do grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho.

2791. “Os nove GGR detinham, em 2008, uma quota de cerca de 85% do valor total de vendas no retalho alimentar, com os dois maiores grupos [MCH e Pingo Doce] representando uma quota conjunta de cerca de 45% deste total. O valor total de vendas no retalho alimentar ascendia, segundo estimativas da AdC, a cerca de 12.154,0 M€ (milhões de euros) em 2008, representando cerca de 7,3% do PIB. Este valor registou um aumento de cerca de 30% em relação ao ano de 2004, de 9.345,6 M€ a esta data (cerca de 6,5% do PIB nesse ano). Refira-se, igualmente, que o conjunto dos nove GGR empregou, no ano de 2008, cerca de 57.000 colaboradores – dos quais cerca de 39.000 no conjunto dos dois principais GGR –, um aumento de cerca de 63% face ao valor do ano de 2004, de cerca de 35.000 colaboradores”⁸⁴⁸.

2792. Assim sendo, sempre se diria, em todo e qualquer caso, que o impacto dos comportamentos investigados seria, na melhor das hipóteses, não negligenciável.

2793. Acresce o facto de a Bimbo Donuts ser uma das principais empresas produtoras e distribuidoras no setor de panificação e pastelaria em Portugal, pelo que também por aqui o impacto dos comportamentos seria, em todo o caso, atendível (cf. parágrafo 761 da presente Decisão).

2794. Saliencia-se, novamente, que os setores em causa, particularmente o da distribuição retalhista de base alimentar, têm uma importância fulcral para a competitividade da economia nacional e para o bem-estar dos consumidores, não podendo, tão-pouco

⁸⁴⁷ Cf. §21 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, publicado pela Autoridade, em Outubro de 2010 (disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

⁸⁴⁸ Cf. § 22 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores.

ignorar-se a grande dificuldade que o país (e, em particular, os consumidores portugueses) atravessava no período em que a prática investigada ocorreu⁸⁴⁹.

2795. Quanto à alegação sobre a dimensão geográfica de alguns dos mercados relevantes, a Autoridade reitera o que foi referido *supra* acerca da dimensão geográfica nacional dos mercados relevantes a nível grossista e ao facto de a mesma ter em consideração, no que respeita ao mercado retalhista, aspetos como as características da procura, a qual é composta por empresas de distribuição que operam a nível nacional, assim como a tributação e legislação aplicável, entre outros (cf. parágrafo 742 *supra*).

2796. Relembra-se, ainda, que, tal como referido no capítulo IV.1.2.3 da presente Decisão, independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões sobre a infração não se alterariam.

2797. Relativamente à alegada superficialidade da adição das quotas de mercado da Bimbo e da Panrico entre 2004 e 2016, cumpre esclarecer que, a partir da avaliação e não oposição à operação de concentração “Ccent. 18/2016 – Bimbo / Ativos Panrico” pela Autoridade, a Bimbo Donuts tornou-se responsável tanto pelo seu próprio comportamento, como pelo comportamento passado da empresa Panrico (cf. capítulo II.6 da presente Decisão). Uma vez que constam dos autos elementos de prova quanto à Bimbo Donuts e quanto à Panrico, as respetivas quotas de mercado devem ser consideradas conjuntamente para esta análise. Neste sentido, é injustificada a afirmação da Pingo Doce de que “*é artificial a adição das quotas de mercado da Bimbo e Panrico no período de 2004 a 2016, uma vez que a Bimbo Donuts deve ser considerada a empresa detentora das quotas de mercado de ambas as empresas para o período analisado.*”

2798. No que respeita ao alegado pela Pingo Doce quanto à representatividade da Bimbo Donuts na sua faturação em relação a determinados produtos, não é possível afirmar que esta seja nula (ou quase nula), dado que, nesse(s) caso(s), a ausência de informações sobre determinado fornecedor apenas significa que esse fornecedor não

⁸⁴⁹ Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho alimentar gerava em Portugal, em finais de 2016, um volume de negócios de 18,1 mil milhões de euros (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

se encontra entre os cinco maiores fornecedores no(s) mercado(s) analisado(s) (cf. nota de rodapé 306 da presente Decisão).

2799. Mas ainda que assim fosse quanto a determinado(s) mercado(s), não o é, de forma clara, quanto a outros, como pães pré-embalados (MDF) e bolos (MDF), nos quais a representatividade do fornecedor na faturação daquela insígnia varia entre 40% e 85% ao longo do período considerado (cf. Figura 8).

2800. Quanto à concreta alegação da Pingo Doce acerca da representatividade das empresas de distribuição visadas no volume de negócios total da Bimbo Donuts, a Autoridade salienta que, por se tratar do volume de negócios total da empresa, são levadas em consideração tanto as vendas ao canal *off-trade*, quanto a comercialização de produtos no canal *on-trade* (horeca).

2801. Caso fosse considerado somente o mercado identificado na Nota de Ilícitude e na presente Decisão – o mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal –, a representatividade das empresas de distribuição visadas seria consideravelmente mais elevada⁸⁵⁰.

2802. Além disso, quanto à afirmação de que "*mais de metade da faturação da Bimbo é feita fora do suposto «hub&spoke», ou seja, entre [50-60]% e [50-60]% em 2017 e entre [60-70]% e [60-70]% em 2008*", a Autoridade nota que o cálculo foi feito somente com as empresas de distribuição que são visadas no processo, no entanto, como referido ao longo da presente Decisão, não é possível excluir perentoriamente que outras empresas ativas neste setor possam ter participado nas práticas em causa⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ A representatividade das empresas de distribuição visadas sobre o volume de negócios no canal de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal — em comparação com o volume de negócios total que inclui as vendas de produtos ao canal Horeca — da Bimbo Donuts por ano foi:

Vol. Neg.- canal off-trade	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Empresas de distribuição visadas	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%	[50-60]%

⁸⁵¹ Existindo, aliás, alguns indícios nesse sentido, os quais, no entanto não foram suficientes para sustentar uma imputação às mesmas.

2803. De qualquer modo, o objetivo da informação apresentada (cf. capítulo III.2.4.1.1) foi o de aferir e demonstrar a importância que as transações comerciais com as empresas de distribuição visadas assumem para a empresa Bimbo Donuts.

2804. Por fim, quanto às alegações da Pingo Doce relativas à utilização do conceito de Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR) no capítulo II.2.4.2 da Nota de Ilicitude, a mesma visa dimensionar a importância que as grandes cadeias de distribuição alimentar, incluídas nas UCDR e constituindo algumas das suas principais representantes, possuem no setor de comércio retalhista. Assim, tal utilização não se restringiu somente a analisar “cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas discount) que comercializam produtos no canal alimentar ao consumidor final”, mas teve como objetivo contextualizar o seu enquadramento nas UCDR e demonstrar a sua importância para a economia portuguesa como um todo.

2805. A Autoridade conclui, assim, pela verificação do quarto elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, estando, indubitavelmente, em causa uma restrição *sensível* da concorrência, pelo que procedem os argumentos de defesa apresentados a este respeito pela Pingo Doce.

IV.1.3.5 Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional

2806. O preenchimento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 depende, por fim, da verificação de uma restrição sensível da concorrência “*no todo ou em parte do mercado nacional*”.

2807. No presente caso, por um lado, tanto a Bimbo Donuts, como as empresas de distribuição visadas, exercem a sua atividade em todo o território português, incluindo as regiões autónomas da Madeira e dos Açores (cf. capítulo III.1 da presente Decisão).

2808. Por outro lado, todos os mercados relevantes identificados na presente Decisão possuem dimensão nacional (cf. capítulos III.2 e IV.1.2.2 da presente Decisão).

2809. Consequentemente, os comportamentos das visadas assumem uma verdadeira dimensão nacional, o que é confirmado pelos elementos de prova constantes do processo, que se referem a inúmeras zonas do território português ou mesmo a um “nível nacional” (neste sentido, veja-se os documentos BakeryDonuts638,

BakeryDonuts883, MCH1120, BakeryDonuts1767, BakeryDonuts1661 referidos e analisados *supra*), o que apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo tais elementos de prova serem considerados isoladamente.

2810. Aliás, a circunstância de os elementos de prova se referirem a inúmeras zonas do território português apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo cada um de tais elementos de prova ser considerado isoladamente. Na verdade, o que resulta da prova é a dispersão generalizada das condutas e a monitorização cuidadosa realizada pelas visadas quanto a eventuais desvios, reagindo não apenas a desvios no plano local, mas também a nível nacional.

2811. Tratando-se de uma infração de natureza particularmente lesiva, importa também sublinhar o facto de os setores em causa se assumirem como absolutamente fulcrais para a economia nacional.

2812. Se, por um lado, a produção e comercialização de alimentos (em particular, de pães pré-embalados e bolos) desempenha no nosso país um papel muito relevante ao nível do consumo interno, por outro lado, o setor do comércio de retalho alimentar e, especificamente, o setor da grande distribuição, é provavelmente o que tem maior importância junto dos consumidores e das empresas fornecedoras de produtos.

2813. Tratam-se, na realidade, de duas atividades económicas essenciais ao bom funcionamento da economia, sendo fundamental que obedeçam aos princípios e regras que visam garantir o funcionamento da concorrência livre e não falseada.

2814. Pelo exposto, a infração em apreço afeta todo o território português, encontrando-se, desta forma, preenchido o último elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

IV.1.3.5.1 Pronúncia das Visadas

2815. Relativamente à restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional, a Pingo Doce entende que a AdC não efetuou a delimitação dos mercados relevantes de forma economicamente sustentável e assinala que no período em questão não tinha lojas nos Açores e não explorava diretamente lojas na Madeira. Refere que “a *insuficiência de tais*

elementos de prova não permite sustentar uma restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional”⁸⁵².

IV.1.3.5.2 *Apreciação da Autoridade*

2816. Apreciada a defesa da visada em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2817. Pelos motivos aduzidos nos capítulos III.2.6 e IV.1.2.5 da presente Decisão, a Autoridade concluiu pela manutenção da posição adotada na Nota de Ilícitude quanto à dimensão geográfica nacional dos mercados em causa.

2818. Com efeito, os contornos da prática em causa exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas visadas na sua globalidade, pois é dessa globalidade que decorrem os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração e que formam o conjunto de meios de prova que fundamenta a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência.

2819. E o que a globalidade dos elementos de prova revela é que, efetivamente, a prática investigada tem por objeto impedir, falsear ou restringir a concorrência em todo o país, incluindo as regiões autónomas da Madeira e dos Açores⁸⁵³, nos termos já analisados e que se sintetizam *infra*.

2820. Por um lado, a matéria de facto provada revela que o objetivo partilhado por todas as empresas visadas se traduz num plano estratégico de alinhamento horizontal dos preços de mercado em todo o país (cf. capítulos III.3 e IV.1.3.2.3 da presente Decisão).

2821. Para que fique mais claro, recorde-se as seguintes passagens:

- “*Sonae alinhou para 1,09€ a nível nacional. Pode confirmar novamente o seu Shopping*” (cf. documento BakeryDonuts638);
- “*Meus caros, junto segue nova tabela de PVP a praticar no mercado. Quero que peguem nisto e até 6ªfeira, SEM FALTA, tenham estes preços em todos os*

⁸⁵²Cf. §701 e 702 da PNI Pingo Doce.

⁸⁵³ Independentemente de nem todas as visadas poderem estar presentes em todas as regiões do país.

Leclerc e Auchan. Falem com todas as vossas lojas e garantam que temos isto alinhado em todo o lado até 6ªfeira. O PD sobre amanhã (...).

Sonae sobe quando?

Esta semana também” (cf. documentos que integram a conversação n.º181);

- *“2- Manhãzitos 8 – alinhados em todo o mercado a 2,99” (cf. documento BakeryDonuts910);*
- *“Amanhã dia 11 de Agosto vamos fazer um alinhamento de preços em todas as cadeias em donuts 6 e bollycao 4. Agradeço que colabore connosco nestes alinhamentos” (cf. documento BakeryDonuts142);*
- *“As margens estão esmagadissimas, e o nosso objectivo neste momento é nivelar os preços para patamares aceitáveis! Como tal, está definido para o próximo dia 31/Mar/2005 um alinhamento geral de PVP em 4 artigos de “guerra” da Panrico, alinhamento esse ao qual as Insignias Dia%, Sonae, Carrefour e Feira Nova já aderiram!*

[...]

“Agradeço desde já a vossa colaboração e venho apenas confirmar aquilo que a [Confidencial – Dados Pessoais] já lhe transmitiu, ou seja, temos de facto a hipótese de no dia 31 termos os preços regularizados com toda as Cadeias. Aquilo que lhe garanto é que nós próprios vamos estar muito atentos desde as 9 horas da manhã aos pvp’s de todas as lojas e se alguma coisa não estiver regularizada nesse mesmo dia, seremos os primeiros a entrar em contacto com vocês” (cf. documento BakeryDonuts614).

2822. Por outro lado, do acervo probatório constam inúmeras referências à localização das lojas das empresas de distribuição visadas e que estas se situam dispersas por todo o território nacional (cf. documentos BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1195, BakeryDonuts77, BakeryDonuts78, BakeryDonuts834, BakeryDonuts632, BakeryDonuts596, BakeryDonuts611, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts91, BakeryDonuts10, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts226, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts66, BakeryDonuts85, BakeryDonuts228, BakeryDonuts796, MCH1133 e MCH1151).

2823. Neste sentido, a circunstância de os elementos de prova se referirem a inúmeras zonas do território português apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo cada um de tais elementos de prova ser isoladamente considerado.

2824. Acresce que a circunstância de uma determinada empresa de distribuição visada poder não estar presente numa zona específica do território nacional não determina que a prática em causa, globalmente considerada e por referência às demais visadas, não possa incluir essa zona na sua abrangência territorial.

2825. Por último e conforme já avançado, a atribuição de uma dimensão geográfica diferente aos mercados envolvidos não teria impacto na avaliação jusconcorrencial dos comportamentos investigados, pois independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração não se alterariam.

2826. Pelo exposto, considera-se que a infração em apreço afeta todo o território português, im procedendo a argumentação apresentada pela Pingo Doce a este respeito.

IV.1.3.6 Suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

2827. O n.º 1 do artigo 101.º deverá ser aplicado pela AdC sempre e quando a prática em causa se enquadre na correspondente disposição do ordenamento jurídico nacional, o n.º 1 do artigo 9.º da Lei 19/2012, e seja suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-membros.

2828. Ora, para que se dê por preenchido o tipo objetivo do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, revela-se necessário que o acordo ou prática concertada seja suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros.

2829. A este respeito, importa sublinhar que o mercado nacional de um Estado-Membro da União Europeia corresponde a uma parte do mercado interno. Com efeito, mesmo que esteja em causa um único Estado-Membro, a natureza muito grave da infração e, sobretudo, a sua vocação para falsear o mercado nacional – o que, como se viu, sucede no caso em apreço – fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos serem suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

2830. De facto, desde o Acórdão de 17/10/1972 no caso *Cementhandelaren*⁸⁵⁴, e posteriormente em 1985, com o Acórdão no caso *Remia*⁸⁵⁵, que o Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, o efeito de entravar a interpenetração económica pretendida pelo Tratado da União Europeia.

2831. Com efeito, nas palavras do Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 24/09/2009, no caso *Club Lombard - Erste Group Bank AG e o. c. Comissão*:

"(...) o facto de um acordo ter apenas por objeto a comercialização de produtos num único Estado-Membro não basta para excluir a possibilidade de afetar o comércio entre Estados-Membros.

Com efeito, um acordo que abranja todo o território de um Estado-Membro tem como efeito, pela sua própria natureza, consolidar barreiras de carácter nacional, entretendo assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE (...)"⁸⁵⁶.

2832. Tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria, a noção de afetação do comércio entre os Estados-Membros foi objeto de uma Comunicação da Comissão Europeia, que estabeleceu as Orientações a seguir na sua interpretação (Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros)⁸⁵⁷.

2833. Para além de outras indicações relevantes a que se fará referência *infra* na presente secção, as Orientações da Comissão confirmam o acima referido a propósito da jurisprudência dos tribunais da União Europeia quanto a acordos que afetam todo o território de um Estado-Membro:

⁸⁵⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17/10/1972, *Vereeniging van Cementhandelaren c. Comissão*, processo n.º 8/72 – parágrafo 29.

⁸⁵⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11/07/1985, *Remia B.V. e o. c. Comissão*, processo n.º 42/84 – parágrafo 22.

⁸⁵⁶ Cf., Acórdão do Tribunal de Justiça de 24/09/2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P - parágrafo 38; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 23/11/2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, processo n.º C-238/05, - parágrafo 37.

⁸⁵⁷ Cf. Comunicação da Comissão Europeia "Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado" (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101.

“(...) Os tribunais comunitários sustentaram numa série de processos que os acordos que cobrem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado”⁸⁵⁸.

2834. Este entendimento foi também já sufragado pela jurisprudência nacional, conforme resulta do Acórdão de 25/05/2017 do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no caso *Firno c. AdC*, no qual é aliás citada jurisprudência dos tribunais da União Europeia já acima referida, bem como as Orientações da Comissão:

“Por fim, quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, é ainda necessário que o acordo seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros.

É jurisprudência assente que para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros.

*A jurisprudência comunitária tem também entendido, desde o acórdão *Remia e o. c.* Comissão, proc. 42/84, que um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado.*

Partindo destes e de outros princípios afirmados pela jurisprudência comunitária, a Comissão Europeia emitiu as Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, publicadas no JO 2004/C 101/07. Não são vinculativas, é certo, mas desenvolvem de forma bastante aprofundada a matéria.

E no que respeita aos acordos horizontais que são restritivos da concorrência por objeto e que abrangem o território de um Estado-Membro exarou que os mesmos “são, em

⁸⁵⁸ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101 – parágrafo 78.

princípio, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Os tribunais comunitários sustentaram numa série de processos que os acordos que cobrem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado (...).

Por conseguinte, há que concluir que, nestes casos, a natureza do acordo permite sustentar a existência de uma probabilidade suficiente de afetação do comércio entre Estados-Membros, face à inexistência de elemento suscetíveis de afastar essa probabilidade”⁸⁵⁹.

2835.O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nesta mesma sentença respeitante ao caso *Firmo c. AdC*, seguiu este racional para concluir que, estando em causa um acordo de natureza horizontal restritivo da concorrência extensivo à totalidade do território nacional, tal acordo estava abrangido pelo disposto no artigo 101.º do TFUE (e violava o mesmo preceito legal em virtude do preenchimento dos restantes elementos típicos):

“Tais acordos são restritivos da concorrência por objeto, conforme resulta do seu conteúdo em conjugação com os parâmetros supra enunciados, foram extensivos à totalidade do território nacional, pelo que se conclui que afetam o comércio entre Estados-Membro e de forma sensível”⁸⁶⁰.

2836.No caso *sub judice*, ficou amplamente demonstrado, com recurso a elementos de prova sérios, precisos e concordantes, que a prática em causa tinha um objeto restritivo da concorrência, na medida em que consubstanciou uma prática concertada de fixação e alinhamento de preços do mercado da distribuição retalhista nacional.

2837.Com efeito, tratam-se de comportamentos de natureza particularmente lesiva, que são pela sua própria natureza prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (*i.e.*, são objetivamente suscetíveis de produzir efeitos negativos no mercado, em prejuízo dos

⁸⁵⁹ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 25/05/2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR – página 125.

⁸⁶⁰ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 25/05/2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, página 127.

consumidores), sendo como tal considerados, à luz da jurisprudência dos tribunais da União Europeia e nacionais, como restrições com um objeto anticoncorrencial.

2838. Por outro lado ficou clara e inequivocamente estabelecido que a infração em apreço afeta todo o mercado nacional.

2839. Com efeito, o facto de a prática em causa ter por objetivo fixar, alinhar, nivelar ou estabilizar preços no mercado nacional, atenua ou elimina o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, reduzindo a concorrência *intramarca*, comprometendo o bem-estar dos consumidores em Portugal.

2840. Efetivamente, em virtude de prática concertada em apreço, as empresas de distribuição visadas abstiveram-se de concorrer pelo preço dos produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts em todo o território nacional.

2841. Além disso, o comércio entre Estados-Membros afetado pela prática anticoncorrencial poderá ter sido hipoteticamente agravado pelo desincentivo à entrada de novas empresas advindas de outros Estados-Membros no mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

2842. Também se poderá acrescentar que as condições de vantagem comercial criadas pela prática anticoncorrencial criam desincentivos aos investimentos por empresas portuguesas em outros Estados-Membros, uma vez que as margens obtidas em território português são superiores àquelas obtidas em outros Estados Membros dado o mesmo nível de investimento.

2843. Nestes termos, aplicando a jurisprudência acima referida, tratando-se de uma prática concertada com um objeto anticoncorrencial que abrange o território nacional, tem, pela sua natureza, “*o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificulta a penetração económica pretendida pelo Tratado*”, devendo como tal concluir-se pela aplicação do artigo 101.º do TFUE, uma vez a prática concertada em causa é apta a afetar o comércio entre Estados-Membros.

2844. Sem prejuízo, remete-se de seguida para as considerações efetuadas pela Comissão Europeia nas suas Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, no sentido de evidenciar os elementos que sustentam esta conclusão, resultante da aplicação da jurisprudência europeia e nacional.

2845. Das referidas Orientações da Comissão decorre que o conceito de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros desdobra-se em três segmentos, a saber: (i) o conceito de “*comércio entre os Estados-Membros*”; (ii) a noção de “*suscetível de afetar*”; (iii) o conceito de “*carácter sensível*”

IV.1.3.6.1 O conceito de comércio entre os Estados-Membros

2846. A respeito do conceito de “*comércio entre Estados-Membros*”, a Comissão clarifica que tal conceito não se limita às tradicionais trocas transfronteiriças de bens e serviços, tratando-se, ao invés, de um conceito mais amplo, que cobre toda a atividade económica transfronteiriça, uma vez que só esta interpretação é coerente com o objetivo fundamental do TFUE de promover a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais⁸⁶¹.

2847. Esclarecem ainda as Orientações da Comissão que este conceito, tal como configurado pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia, abrange situações em que os acordos ou práticas concertadas afetam a estrutura concorrencial do mercado. No caso de uma empresa ser eliminada ou correr o risco de ser eliminada em resultado de um acordo ou de uma prática concertada restritiva da concorrência, a estrutura concorrencial no mercado comum é necessariamente afetada, do mesmo modo que as atividades económicas que a empresa desenvolve⁸⁶².

2848. Saliente-se, ainda, que a aplicação do critério de afetação do comércio entre Estados-Membros é independente da definição dos mercados geográficos relevantes. O comércio entre os Estados-Membros pode ser igualmente afetado em casos em que o mercado relevante é nacional ou local (tal como acontece no caso *sub judice*)⁸⁶³.

⁸⁶¹ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101 - parágrafo 19.

⁸⁶² Cf. Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 20.

⁸⁶³ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 22.

2849. Daqui decorre que o facto de o mercado da distribuição retalhista de base alimentar ter um âmbito geográfico nacional em nada impede, antes reforça, a conclusão de que se verifique a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros.

2850. No caso concreto, nos termos desenvolvidos *supra* nos capítulos III.2 e III.3, a prática em causa, desenvolvida durante mais de uma década, abrangeu a totalidade do território nacional, com impacto necessário no comércio entre Estados-Membros afetando (ou sendo suscetível de afetar), a estrutura concorrencial do mercado nacional, nomeadamente de distribuição retalhista de base alimentar.

IV.1.3.6.2 A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros

2851. No sentido de aferir como deve ser avaliado o potencial efeito acima referido, importa concretizar o que se entende por uma restrição concorrencial que seja “*suscetível de afetar*” o comércio entre Estados-Membros, tal como desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e explicada nas Orientações da Comissão.

2852. Segundo as Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, para que o direito da União Europeia seja aplicável, não é necessário que o acordo ou a prática restritiva tenha, ou tenha tido, efetivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, bastando que seja “*suscetível*” de ter esse efeito⁸⁶⁴.

2853. Refira-se ainda que, de acordo com as Orientações da Comissão, a avaliação da suscetibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros se baseia em fatores objetivos, não sendo necessária uma intenção subjetiva por parte das empresas em causa⁸⁶⁵.

2854. De acordo com o critério desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros implica que deve ser

⁸⁶⁴ Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 26.

⁸⁶⁵ Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 25.

possível prever, com um grau de probabilidade suficiente, e com base num conjunto de fatores objetivos de facto ou de direito, que o acordo ou a prática restritiva possa ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros⁸⁶⁶.

2855. A expressão “*suscetível de afetar*” e a referência do Tribunal de Justiça a “*um grau de probabilidade suficiente*” determina que, para que o direito da União Europeia seja aplicável, não é necessário que o acordo ou a prática restritiva tenha, ou tenha tido, efetivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, bastando que seja *suscetível* de ter esse efeito.

2856. Certo é que, na determinação daquele “*grau de probabilidade*”, não há qualquer obrigação ou necessidade de calcular o volume efetivo de comércio entre os Estados-Membros afetados pelo acordo ou pela prática restritiva em causa⁸⁶⁷.

2857. Neste sentido, destaca-se a jurisprudência da União Europeia que tem sido clara na adoção de uma interpretação ampla relativamente ao conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, preconizando uma conceção segundo a qual o facto de uma prática anticoncorrencial abranger apenas um único Estado-Membro não ser impeditiva de afetar a estrutura do comércio entre concorrentes de outros Estados-Membros, podendo implicar um encerramento do mercado nacional a concorrentes estrangeiros, desencorajando-os de exportar ou de entrar no mercado de qualquer outra forma⁸⁶⁸.

2858. Nesse sentido, segundo a jurisprudência consolidada dos tribunais europeus, “*um acordo que abranja todo o território de um Estado-Membro tem como efeito, pela sua própria natureza, consolidar barreiras de carácter nacional, entervando assim a*

⁸⁶⁶ Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado* (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 23.

⁸⁶⁷ Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado* (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafos 26 e 27.

⁸⁶⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 25/03/1981, *Coöperative Stremsel – en Kleurselfabriek c. Comissão*, processo 61/80 - parágrafo 15; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24/09/2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P - parágrafo 38.

*interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE*⁸⁶⁹, prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2859. Conforme será melhor explicitado *infra*, a prática restritiva em causa nos presentes autos – uma prática concertada de “*hub and spoke*” tendente a estabelecer, garantir, ou pelo menos promover um alinhamento horizontal de PVP no mercado português de distribuição retalhista de base alimentar – é suscetível de reforçar as barreiras nacionais, contribuindo para o isolamento do mercado nacional e dificultando a penetração económica pretendida pelo TFUE.

IV.1.3.6.3 O conceito de carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

2860. Por fim, de acordo com as Orientações da Comissão, importa ainda que o acordo seja suscetível de afetar “*sensivelmente*” o comércio entre Estados-Membros. Deste modo, o conceito de afetação do comércio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito da União Europeia a acordos e práticas restritivas suscetíveis de produzir efeitos de certa importância⁸⁷⁰.

2861. De acordo com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado em causa. Assim, segundo as Orientações, “[q]uanto mais forte for a posição de mercado das

⁸⁶⁹ Cf., acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, Processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet. 2009, p. 8681, parágrafo 38; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1985, *Remia B.V. e o. c. Comissão*, Processo n.º 42/84, Colet. 1985, p. 2545; acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Processo n.º C-238/05, Colet. 2006, p. 11125, parágrafo 37.

⁸⁷⁰ Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101- parágrafo 44.

*empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível*⁸⁷¹.

2862. Partindo desta premissa, a Comissão estabelece duas presunções elidíveis: uma presunção negativa elidível, aplicável a todos os acordos e práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, de ausência de um efeito sensível no comércio entre Estados-Membros em função das quotas de mercado e dos volumes de negócio das empresas⁸⁷²; e uma presunção positiva elidível, aplicável no caso de um acordo ser suscetível, pela sua própria natureza, de afetar o comércio entre os Estados-Membros, de que esses efeitos no comércio são sensíveis quando o volume de negócios das partes em relação aos produtos objeto do acordo for superior a 40 milhões de euros ou quando a quota de mercado das partes exceder o limiar de 5%.

2863. A Comissão frisa ainda que “[n]o caso de redes de acordos concluídos pelo mesmo fornecedor com diferentes empresas de distribuição, são tidas em conta as vendas realizadas por toda a rede” e que “[p]ara efeitos da aplicação da regra NASC, os contratos que fazem parte da mesma operação global constituem um único acordo. As empresas não podem, para beneficiar destes limiares, segmentar um acordo que, numa perspectiva económica, constitua um todo”⁸⁷³ (sublinhado da Autoridade).

2864. Daqui resulta que o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas nos mercados em causa, sendo a avaliação desse carácter sensível determinada em função das circunstâncias específicas do caso concreto, designadamente da natureza do acordo ou prática concertada em

⁸⁷¹ Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 44.

⁸⁷² “A Comissão considera que, em princípio, não são susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que satisfaçam, cumulativamente, as seguintes condições: a) A quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na Comunidade afectado pelo acordo não ultrapassa 5 %, e b) No caso de acordos horizontais, o volume de negócios anual agregado na Comunidade das empresas em causa em relação aos produtos objecto do acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos respeitantes à compra conjunta de produtos, o volume de negócios relevante é o correspondente à compra agregada dos produtos cobertos pelo acordo” - Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 52.

⁸⁷³ Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafos 56 e 57.

apreço, da natureza dos produtos abrangidos e das quotas de mercado das empresas em causa⁸⁷⁴.

2865. Nos parágrafos 86 a 92 das referidas Orientações, a Comissão fornece exemplos de acordos – ainda que verticais – suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros:

“[o]s acordos verticais que abrangem a totalidade de um Estado-Membro e que têm por objecto produtos susceptíveis de ser exportados podem igualmente ser susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, mesmo que não criem obstáculos directos ao comércio. Acordos no âmbito dos quais as empresas acordam na imposição de preços de venda podem ter efeitos directos no comércio entre os Estados-Membros ao aumentarem as importações de outros Estados-Membros e ao diminuírem as exportações do Estado-Membro em causa. Acordos que prevêm a imposição de preços de venda podem ainda afectar a estrutura do comércio de forma muito similar à dos cartéis horizontais. Se os preços de venda impostos forem superiores aos preços praticados noutros Estados-Membros, o seu nível só é sustentável se as importações de outros Estados-Membros puderem ser controladas” (sublinhado da Autoridade).

2866. No caso em apreço, como decorre da descrição dos elementos probatórios constante do capítulo III.3 da presente Decisão, a prática concertada implementada permite a cada uma das empresas de distribuição visadas conhecer a estratégia comercial (atual e futura) adotada pelas insígnias concorrentes, criando um nível de transparência no mercado nacional que de outra forma não existiria.

2867. Com efeito, a prática concertada de *hub and spoke* aqui em causa visa, precisamente, que as empresas de distribuição visadas conheçam o posicionamento futuro de PVP de insígnias concorrentes, possibilitando assim o alinhamento das respetivas políticas comerciais no mercado retalhista.

2868. Só por si, esta prática é suscetível de influenciar sensivelmente as características do mercado nacional, globalmente considerado.

⁸⁷⁴ Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 45.

2869. Acresce o facto de o volume de negócios anual agregado das visadas em relação aos produtos objeto da prática concertada ser bastante superior a 40 milhões de euros em Portugal (cf. capítulo III.2.4 da presente Decisão), e de as quotas de mercado agregadas das visadas, nomeadamente das empresas de distribuição visadas, bem como da Bimbo Donuts nos mercados dos pães pré-embalados e bolos, ultrapassarem o limiar de 5%.

2870. De facto, a prática em causa abrange uma das maiores empresas portuguesas na produção e comercialização no setor de panificação e pastelaria e as principais empresas de distribuição retalhista de base alimentar a operar no território nacional, o que contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e, conseqüentemente, para o reforço das barreiras nacionais (cf. capítulos III.1 e III.2.4 da presente Decisão)⁸⁷⁵.

2871. Deste modo, considera-se que as visadas dispõem de um poder económico suficientemente significativo para que as suas práticas sejam suscetíveis de afetar de uma maneira sensível o comércio entre Estados-Membros.

2872. Efetivamente, a Bimbo Donuts é reconhecida, desde logo por si mesma, mas também pelas suas concorrentes, pelos seus clientes, bem como pelos consumidores em geral, como “*uma das maiores organizações do setor alimentar da Península Ibérica*”, cuja visão é “*transformar a indústria da panificação e expandir a [...] liderança global*”, (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2873. Acresce que a Bimbo Donuts é detida pelas empresas Bimbo Iberia e Bimbo S.A.U., integrando o Grupo Bimbo, de capital mexicano (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2874. Em termos logísticos, a Bimbo Iberia, detentora da Bimbo Donuts, possui sete fábricas de pão, pastelaria e tostas em Espanha e uma fábrica de pão e pastelaria em Portugal. Além das fábricas, a empresa ainda detém setenta e três delegações de vendas sendo que treze estão localizadas em território português. A cadeia de produção da Bimbo

⁸⁷⁵ A este respeito, refira-se igualmente que o elevado grau de concentração no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal reflete que os investimentos necessários para que um potencial novo concorrente, com abrangência nacional, possa entrar neste mercado são relativamente elevados, funcionando deste modo como uma barreira à entrada.

Iberia é conectada por cerca de mil e duzentas rotas que cobrem toda a Península Ibérica, Ilhas Baleares e Ilhas Canárias (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2875. Em termos de *portfolio*, a Bimbo Donuts considera os seus produtos “*muito bem aceites pelo consumidor, tornaram-se líderes de mercado nas categorias de padaria e pastelaria*”, incluindo-se as marcas Bimbo, Oroweat e Thins, no segmento de pão pré-embalado e tostas e as marcas Donuts, Donettes, Bollycao e Manhãzitos, no segmento de bolos (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2876. Existe pois, pelo menos no que à atividade da Bimbo Donuts se refere, uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2877. Sucede que também as empresas de distribuição visadas pertencem a alguns dos grupos económicos com maior peso em Portugal.

2878. Por um lado, a Auchan é detida por uma sociedade sedeada noutro Estado-Membro (cf. capítulos III.1.2 da presente Decisão).

2879. Por outro lado, a MCH e a Pingo Doce têm uma forte presença internacional, em especial noutros Estados-Membros da União Europeia, sendo que o Grupo Jerónimo Martins têm mais de 3.000 estabelecimentos comerciais na Polónia⁸⁷⁶ e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia⁸⁷⁷ (cf. capítulos III.1.3 e III.1.4 da presente Decisão).

2880. Acresce, conforme referido anteriormente, que o conjunto das empresas de distribuição visadas tem um peso significativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, pelo que, também no que se refere à atividade das empresas de distribuição visadas, sempre seria manifesto o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros decorrente da prática adotada (cf. capítulo III.2.4 da presente Decisão).

⁸⁷⁶ A página da Jerónimo Martins na internet refere o seguinte: “*Com mais de 3.000 lojas dispersas por todo o país, somos líder destacado no retalho alimentar na Polónia, oferecendo qualidade, diferenciação e inovação nos produtos alimentares, com grandes descontos todos os dias*”, tendo alcançado mais de 12.621 milhões de euros em vendas (dados a 31 de dezembro de 2019) – cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/>, disponível a fls. 6882 do processo.

⁸⁷⁷ De acordo com o documento interno da Sonae “*Os Nossos Valores: O ADN de uma Empresa Sustentável*”, disponível em https://www.sonae.pt/fotos/ag/rcsonae2018pt_19192675395c9df23c6f15b.pdf, disponível a fls. 6882 do processo.

2881. Adicionalmente, como foi também amplamente referido *supra*, os acordos e práticas concertadas que abrangem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo TFUE⁸⁷⁸, assim prejudicando os objetivos comuns previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2882. Ora, a natureza muito grave da infração em apreço, o facto de cobrir todo o território nacional e, sobretudo, o facto de abranger, por um lado, os principais intervenientes no setor da distribuição de retalho alimentar e, por outro lado, uma das principais empresas de panificação e pastelaria, contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e conseqüentemente para o reforço das barreiras nacionais que subsistem na distribuição de retalho alimentar.

2883. Por conseguinte, é de concluir que a prática concertada em causa é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, estando verificados os pressupostos de facto indicados nas referidas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente, a afetação da totalidade do território nacional, compartimentando-o e, desta forma, impedindo a penetração económica de forma significativa nos mercados relevantes identificados.

2884. Deste modo, considera-se verificada, *in casu*, a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais transfronteiriços entre os Estados-Membros, nos termos descritos nas Orientações sobre a afetação do comércio entre os Estados-Membros, tendo aplicação o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE no presente processo de contraordenação.

IV.1.3.6.4 Pronúncia das Visadas

⁸⁷⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet. 2009, p. 8681; cf., igualmente, acórdão do Tribunal Geral de 11 de dezembro de 2003, *Adriatica di Navigazione c. Comissão*, processo n.º T-61/99, Colet. 2003, p. 5349 e a Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE)”, JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 78.

2885. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a Auchan alega que a Autoridade não logrou fazer prova dos três requisitos fundamentais para determinar a aplicação do direito da União Europeia, nomeadamente: (i) o conceito de comércio entre Estados-Membros; (ii) a noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros; (iii) o conceito de carácter sensível⁸⁷⁹.

2886. Em maior detalhe, a Auchan considera que a AdC:

- i) Não analisou o contexto jurídico e económico em que a prática se insere para concluir se existe um impacto mínimo na atividade transfronteiriça⁸⁸⁰;
- ii) Desconsiderou que a atividade em causa (distribuição retalhista) se desenvolve necessariamente a nível nacional, inexistindo qualquer restrição à entrada de empresas que visem concorrer com as visadas no mercado português, como atesta a entrada recente e a implementação de novos operadores no território português⁸⁸¹;
- iii) Não demonstrou a existência de um acordo anticoncorrencial ou sequer um alinhamento entre as empresas visadas, nem que a prática implementada tenha permitido a todas as visadas conhecer a estratégia comercial das suas concorrentes, uma vez que toda a informação veiculada entre elas constitui resultados de ações de *shopping* (logo, informação passada ou presente)⁸⁸².

2887. Para a Pingo Doce, “o facto de determinada prática ocorrer na totalidade de um mercado nacional não leva necessariamente, e sem mais, à conclusão de que a mesma seja ou pudesse ter sido suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros”⁸⁸³.

2888. Assim, a Pingo Doce sustenta recorrer à jurisprudência e doutrina para recusar a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE à prática *sub judice*, alegando que:

⁸⁷⁹ Cf. capítulo III.2.4. da PNI Auchan, em particular §980.

⁸⁸⁰ Cf. §984 e 988 da PNI Auchan.

⁸⁸¹ Cf. §1000 a 1003 da PNI Auchan.

⁸⁸² Cf. §1010 e 1011 da PNI Auchan.

⁸⁸³ Cf. §703 da PNI Pingo Doce.

- Seriam necessários factos demonstrativos de que, a existir qualquer tipo de afetação do comércio entre os Estados-Membros, esta teria de considerar-se como sensível, isto é, significativa ou notória;
- Para se avaliar a “susceptibilidade de afetação”, há que ter em conta determinados fatores, nos quais se incluem a natureza da prática concertada em causa, a natureza dos produtos abrangidos, a posição no mercado das empresas envolvidas, o contexto jurídico e factual em que o acordo ou prática concertada ocorre e se determinada prática criou ou seria suscetível de criar ou reforçar barreiras ao comércio entre os Estados-Membros;
- Os mercados geográfico e de produto relevantes têm de estar claramente identificados, para que se possa concluir (ou não) que o comércio entre os Estados-Membros em tal mercado foi ou era suscetível de ter sido sensivelmente afetado; e
- Seria necessário demonstrar de que forma ocorreu uma segmentação do mercado interno, ou que medidas é que as empresas de distribuição visadas adotaram para excluir os concorrentes de outros Estados-Membros.

2889. Deste modo, de acordo com a Pingo Doce, a AdC, ao tentar demonstrar a existência dos elementos mencionados, que se devem verificar de forma cumulativa, entra em diversas contradições e não demonstra estarem verificados os pressupostos de que depende a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE.

2890. Finalmente, defende a Pingo Doce que, de acordo com as orientações da Comissão Europeia, esta entende que não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que preencham, cumulativamente, determinadas condições, pelo que, em função das quotas de mercado e dos volumes de negócio das visadas, verifica-se a presunção negativa aplicável à pretensa prática concertada na aceção do n.º 1 do artigo 101º do TFUE, de modo que inexistente um efeito sensível no comércio entre Estados-Membros.

2891. Concluem as visadas em causa que não se vislumbra a probabilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros.

IV.1.3.6.5 *Apreciação da Autoridade*

2892. Apreciada a defesa das visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude, acima retomada, a respeito da suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros.

2893. A Autoridade começa por recordar dois pressupostos fundamentais nesta matéria que as visadas parecem pretender afastar.

2894. Em primeiro lugar, sendo certo que a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais é mais evidente nos casos em que a prática restritiva da concorrência cobre ou está implantada em vários Estados-Membros, tal não significa que uma prática restritiva da concorrência que cobre apenas um Estado-Membro não seja igualmente suscetível dessa afetação⁸⁸⁴, sendo jurisprudência consolidada da União Europeia que *“as práticas restritivas que se estendem a todo o território de um Estado membro têm por efeito, pela sua própria natureza, consolidar uma compartimentação dos mercados a nível nacional, entrando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado”*⁸⁸⁵.

2895. Em segundo lugar, a expressão *“suscetível de afetar”* e a referência do Tribunal de Justiça a *“um grau de probabilidade suficiente”* determina que, para que o direito da União Europeia seja aplicável, não é necessário que o acordo ou a prática tenha, ou tenha tido, efetivamente, qualquer efeito no comércio entre os Estados-Membros, bastando que o acordo ou prática seja suscetível de ter esse efeito (sublinhado da Autoridade)⁸⁸⁶.

2896. Consequentemente, na determinação do grau suficiente de probabilidade, não é necessário apreciar se os efeitos se verificaram, não há sequer a obrigação ou necessidade de calcular o volume efetivo de comércio entre os Estados-Membros afetado pelo acordo ou prática⁸⁸⁷, podendo apreciar-se o tal *caráter sensível* por referência, por exemplo, à posição e à importância das empresas envolvidas no caso concreto⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Cf., neste sentido, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1.º juízo, de 4 de junho de 2014, processo n.º 204/13.6YUSTR, p. 210.

⁸⁸⁵ Cf., neste sentido, Acórdão *Remia BV*, de 11.07.1985. Cf. também Acórdão C-125/07 P *Club Lombard* de 24.09.2009 e C-238/05 *AsnexEquifax e Administración del Estado* de 23 de novembro de 2006.

⁸⁸⁶ *Idem*, parágrafo 26.

⁸⁸⁷ *Idem*, parágrafo 27.

⁸⁸⁸ *Idem*, parágrafo 45.

2897. Na Nota de Ilícitude, à luz das Orientações da Comissão, da jurisprudência europeia e nacional e na esteira do que tem sido também a prática decisória da própria Autoridade, destacavam-se, relativamente ao caso concreto, os seguintes aspetos:

- i) A prática investigada permite a cada uma das empresas de distribuição visadas conhecer a estratégia comercial adotada pelas insígnias concorrentes, criando um nível de transparência no mercado nacional que de outra forma não existiria;
- ii) A prática concertada de “*hub and spoke*” em causa visa, precisamente, que todas as empresas de distribuição alinhem horizontalmente os seus PVP e as respetivas políticas comerciais no mercado retalhista, através do conhecimento do posicionamento futuro dos PVP das empresas de distribuição concorrentes;
- iii) A Bimbo Donuts é uma das maiores empresas portuguesas na produção e comercialização no setor de panificação e pastelaria;
- iv) O conjunto das empresas de distribuição visadas tem, de facto, um peso significativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, pelo que, também no que se refere às empresas de distribuição visadas, sempre seria manifesto o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros (cf. capítulo III.2.4 da presente Decisão);
- v) A Auchan integra um grupo internacional sediado noutro Estado-Membro (cf. capítulo III.1.2 da presente Decisão);
- vi) A MCH e a Pingo Doce têm uma forte presença internacional, em especial noutros Estados-Membros da União, sendo que o Grupo Jerónimo Martins têm mais de 3.000 estabelecimentos comerciais na Polónia⁸⁸⁹ e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia⁸⁹⁰ (cf. capítulos III.1.3 e III.1.4 da presente Decisão);

⁸⁸⁹ A página da Jerónimo Martins na internet refere o seguinte: “*Com mais de 3.000 lojas dispersas por todo o país, somos líder destacado no retalho alimentar na Polónia, oferecendo qualidade, diferenciação e inovação nos produtos alimentares, com grandes descontos todos os dias*”, tendo alcançado mais de 12.621 milhões de euros em vendas (dados a 31 de dezembro de 2019) – cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/>, disponível a fls. 6882 do processo.

⁸⁹⁰ De acordo com o documento interno da Sonae “*Os Nossos Valores: O ADN de uma Long-living Company*”, disponível em https://www.sonae.pt/fotos/comunicados/rc17ptsonaesgps_13253617025abd46af4ffdd.pdf.

- vii) A Bimbo Donuts é reconhecida, desde logo por si mesma, mas também pelas suas concorrentes, pelos seus clientes, bem como pelos consumidores em geral, como “*uma das maiores organizações do setor alimentar da Península Ibérica*”, cuja visão é “*transformar a indústria da panificação e expandir a [...] liderança global*”;
- viii) Acresce que a Bimbo Donuts é detida pelas empresas Bimbo Iberia e Bimbo S.A.U., integrando o Grupo Bimbo, de capital mexicano (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão);
- ix) Em termos logísticos, a Bimbo Iberia, detentora da Bimbo Donuts, possui sete fábricas de pão, pastelaria e tostas em Espanha e uma fábrica de pão e pastelaria em Portugal. Além das fábricas, a empresa ainda detém setenta e três delegações de vendas sendo que treze estão localizadas em território português. A cadeia de produção da Bimbo Iberia é conectada por cerca de mil e duzentas rotas que cobrem toda a Península Ibérica, Ilhas Baleares e Ilhas Canárias (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão);
- x) Em termos de *portfolio*, a Bimbo Donuts considera os seus produtos “*muito bem aceites pelo consumidor, tornaram-se líderes de mercado nas categorias de padaria e pastelaria*”;
- xi) A prática investigada visa e produziu, de facto, efeitos em todo o país (cf. documentos BakeryDonuts910, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts638 e BakeryDonuts1191).

2898. Adicionalmente, a Autoridade salientava que, em todo o caso, o preenchimento do critério da afetação do comércio entre Estados-Membros decorria, no caso concreto, desde logo, do facto de a prática investigada se qualificar como uma restrição por objeto e uma restrição sensível da concorrência, por inerência muito grave, o que a torna suscetível, por si só, de influenciar as características estruturais do(s) mercado(s) em causa (cf. parágrafo 705 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2868 da presente Decisão).

2899. Concluía, assim, a Autoridade que a natureza muito grave da infração, o facto de cobrir todo o território nacional e, sobretudo, o facto de abranger, por um lado, os principais intervenientes no setor da distribuição de retalho alimentar e, por outro lado, uma das principais empresas produtoras e distribuidoras no setor de panificação e pastelaria,

contribuiu (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o reforço das barreiras nacionais e para o isolamento do mercado português (cf. parágrafo 719 da Nota de Ilícitude e parágrafo 2882 da presente Decisão).

2900. Não assiste, portanto, razão às visadas quando alegam que a Autoridade não justificou devidamente a afetação do comércio entre Estados-Membros, não fazendo prova dos três requisitos fundamentais.

2901. Mas mais: em primeiro lugar, o conceito de *comércio* envolve todo o tipo de atividade económica transfronteiriça, no espírito da promoção da livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, o que inclui obviamente a atividade a que se dedicam as empresas envolvidas no caso concreto, designadamente a produção e a distribuição no setor de panificação e pastelaria.

2902. Em segundo lugar, recorde-se que o pressuposto de que o acordo ou prática concertada afeta fluxos comerciais poderá verificar-se mesmo que a prática cubra apenas um Estado-Membro quando ela se estende a todo o território nacional, tendo por efeito reforçar a segmentação ou a compartimentação dos mercados a nível nacional, circunstância que se verifica no caso concreto, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo TFUE⁸⁹¹, assim prejudicando os objetivos comuns previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2903. Efetivamente, a prática acontece em mercados de âmbito geográfico nacional e visa e produziu efeitos em todo o país, sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas visadas (cf. capítulo IV.1.3.5.2 da presente Decisão).

2904. Em terceiro lugar, recorde-se que o pressuposto de que o acordo ou prática concertada é suscetível de afetar o comércio de forma sensível implica a possibilidade de prever, com um grau de probabilidade suficiente, uma influência de certa magnitude, direta ou

⁸⁹¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.09.2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet. 2009, p. 8681; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 11.12.2003, *Adriatica di Navigazione c. Comissão*, processo n.º T-61/99, Colet. 2003, p. 5349 e a Comunicação da Comissão Europeia “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE) do Tratado*”, JO de 27.04.2004, C 101, parágrafo 78.

indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio, com base num conjunto de fatores objetivos, de facto ou de direito.

2905. No caso concreto, é entendimento da Autoridade que a referida suscetibilidade de influenciar, com certa magnitude, a estrutura do comércio decorre do conjunto de fatores enunciados no parágrafo 2897 da presente Decisão.

2906. Não obstante, refira-se ainda que, “[a] possibilidade de este tipo de acordos segmentar o mercado interno decorre do facto de as empresas participantes sentirem normalmente a necessidade de tomar medidas para excluir os concorrentes de outros Estados-Membros”⁸⁹².

2907. “[D]ado que se trata de efeitos potenciais, não é determinante saber se em determinado momento são ou não tomadas medidas contra os concorrentes. O que importa é saber se, no caso de as condições de mercado virem a alterar-se, existe a probabilidade de o fazerem e essa probabilidade depende da existência de barreiras naturais ao comércio no mercado (e.g. suscetibilidade de exportação do produto)”⁸⁹³.

2908. Sucede que o mercado nacional de retalho alimentar caracteriza-se por:

- i) Existência de nove GGR (três dos quais envolvidos na prática investigada), com reforço tendencial do grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho, com aumento progressivo do poder negocial dos GGR, que atuam como verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final⁸⁹⁴;
- ii) Grande transparência, que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação (cf. parágrafo 779 da presente Decisão).

2909. Para além disso, como resulta da matéria de facto provada, a prática investigada traduziu-se num *concurso de vontades* estabelecido entre três dos nove GGR a operar

⁸⁹² Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 79.

⁸⁹³ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 80.

⁸⁹⁴ Cf. Relatório AdC 2010 disponível no site internet da AdC, em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuiçao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf.

no mercado de retalho alimentar português, visando precisamente eliminar a concorrência entre eles (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2910. Conclui-se, assim, que a prática investigada visa um mercado em que existem já barreiras à entrada e, sobretudo, à expansão de (novos) concorrentes.

2911. Neste sentido, a conjugação dos fatores referidos *supra* (parágrafo 2897 da presente Decisão) com as barreiras identificadas, leva a Autoridade a concluir que mesmo que a prática investigada não produzisse obstáculos diretos e efetivos ao comércio transfronteiriço, ela é, com toda a certeza, suscetível de produzir esse efeito, dada a natureza da prática em causa, o tipo de produtos a ela associados, a posição de mercado das empresas envolvidas e, finalmente, as características dos mercados envolvidos e as barreiras existentes.

2912. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que sempre seria manifesta, *in casu*, o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros⁸⁹⁵, considerando-se verificado o critério de jurisdição do TFUE e a aplicação ao caso concreto do respetivo artigo 101.º, sendo impropriedade a argumentação das empresas visadas também nesta matéria.

IV.1.3.7 Conclusão da Autoridade quanto ao tipo objetivo da infração

2913. Concluída a análise de todos os elementos constitutivos do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, a Autoridade conclui estarem reunidos os pressupostos que permitem considerar que se verificou uma prática concertada de *hub and spoke* tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover uma fixação e um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, implementada pela Bimbo Donuts e pelas empresas de distribuição visadas desde, pelo menos, o ano de 2005, e até, pelo menos,

⁸⁹⁵ O Tribunal Geral já considerou sensível a afetação do comércio quando as empresas visadas representavam cerca de 37% a 40% do mercado - cf., neste sentido, Acórdão do Tribunal Geral *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf e Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven c. Comissão*, de 22 de outubro de 1997, processos apensos T-213/95 e T-18/96, Coletânea de Jurisprudência 1997, p. II-1739, parágrafo 181.

junho de 2016, a qual tem uma natureza intrinsecamente restritiva, consubstanciando uma restrição da concorrência por objeto.

IV.1.4 Tipo subjetivo da infração

2914. Para que a infração que resulta da restrição por objeto identificada nos presentes autos possa imputar-se às visadas, é necessário demonstrar que, para além do preenchimento dos elementos objetivos, estão também preenchidos os elementos subjetivos do tipo de infração constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

2915. O n.º 1 do artigo 8.º do RGIMOS, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*”, sendo neste âmbito a negligência punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

2916. No caso das contraordenações por violação às regras da concorrência, a jurisprudência nacional é clara ao referir que “*as condutas não são axiologicamente neutras, pelo que a simples ignorância da proibição não pode afastar o dolo e deve ser apreciada em sede de consciência da ilicitude*”⁸⁹⁶.

2917. Nos termos melhor desenvolvidos no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, a matéria de facto considerada provada, detalhadamente descrita no capítulo III.3, constitui fundamento para a verificação da existência de uma prática concertada de fixação de “*hub and spoke*”, que se traduziu numa fixação e alinhamento de PVP, alcançada entre todas as empresas de distribuição visadas, de forma indireta, através do fornecedor.

2918. Com a implementação desta estratégia concertada de alinhamento horizontal dos PVP, as empresas de distribuição visadas e o fornecedor pretenderam (e, amiúde, conseguiram) que os produtos da Bimbo Donuts fossem vendidos no mercado retalhista a preços semelhantes ou nivelados, garantindo assim um determinado nível de preços no mercado, estável e alinhado transversalmente (v.g. documentos BakeryDonuts1009,

⁸⁹⁶ Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12 de janeiro de 2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB, p. 28 (*Ordem dos Médicos Veterinários*). O Tribunal acrescenta: “*Ora, precisamente, estamos ante uma contraordenação em que se não pode clamar por qualquer neutralidade axiológica. Protege-se a concorrência e o livre funcionamento do mercado, que se reflete em todos os seus intervenientes, consumidores incluídos, sendo aliás a proteção da concorrência instrumental ao bem comum*”.

BakeryDonuts614, BakeryDonuts711, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts907, BakeryDonuts834, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts121, referidos nos parágrafos 1107 a 1108, 1279, 1430, 1109 a 1110, 1447, 1568, 1251 a 1254, 1991 e 1487 a 1495, respetivamente).

2919. Recorde-se que, nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, a AdC conclui que, independentemente da designação “PVP”, “PVPR” ou “PVP mínimos”, os preços indicados pela Bimbo Donuts às empresas de distribuição visadas são considerados e discutidos efetivamente como PVP, manifestando as visadas o seu consentimento de forma, livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento futuro, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias.

2920. Assim se cristalizam os PVP pré-fixados que são identificados nos meios de prova, traduzindo mais que uma simples recomendação, uma prática concertada de fixação indireta de preços.

2921. A implementação dos PVP pré-fixados era posteriormente objeto de monitorização por todas as empresas intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário concertados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.1.6 da presente Decisão).

2922. Em concreto, os comportamentos da Bimbo Donuts revelam que: (i) solicitou expressamente às empresas de distribuição que implementassem determinado posicionamento de PVP; (ii) obteve das insígnias a sua adesão quanto ao posicionamento futuro de PVP; (iii) disseminou a informação obtida pelas insígnias concorrentes; (iv) monitorizou o posicionamento de PVP no mercado, (v) solicitou a empresas de distribuição que corrigissem eventuais desvios face ao PVP concertado, por sua própria iniciativa e em virtude da pressão exercida por insígnias concorrentes não desviantes, e (vi) exerceu ações de retaliação sobre empresas de distribuição com o intuito de as levar a corrigir desvios e garantir um alinhamento no mercado (cf. capítulo III.3.3.1 e toda a prova aí citada).

2923. Por sua vez, as empresas de distribuição visadas: (i) manifestaram à Bimbo Donuts a sua adesão a um determinado posicionamento (presente ou) futuro de PVP, no

pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias; (ii) informaram a Bimbo Donuts sobre a data em que estariam dispostas a alterar os PVP; (iii) implementaram efetivamente o posicionamento de PVP concertado; (iv) monitorizaram a implementação do posicionamento de PVP concertado, reportando à Bimbo Donuts desvios; (v) pressionaram a Bimbo Donuts para que esta atuasse junto de insígnias desviantes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP; (vi) adotaram comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a Bimbo Donuts e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. capítulos III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2924. Para além disso, cada uma das empresas envolvidas (Bimbo Donuts⁸⁹⁷, MCH⁸⁹⁸, Pingo Doce⁸⁹⁹ e Auchan⁹⁰⁰) tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas visadas na prossecução do objetivo comum.

⁸⁹⁷Cf. documentos BakeryDonuts1661, BakeryDonuts623, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts637, BakeryDonuts714, BakeryDonuts1069, BakeryDonuts684, BakeryDonuts612, BakeryDonuts768, BakeryDonuts742, BakeryDonuts772, BakeryDonuts1532, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts1161, BakeryDonuts1151, BakeryDonuts605, BakeryDonuts726, BakeryDonuts792, BakeryDonuts293, BakeryDonuts142, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts163, BakeryDonuts789, BakeryDonuts767, BakeryDonuts910, BakeryDonuts667, BakeryDonuts775, BakeryDonuts797, BakeryDonuts594, BakeryDonuts784, BakeryDonuts908, BakeryDonuts907, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts121, BakeryDonuts670, BakeryDonuts728, BakeryDonuts744, BakeryDonuts648, BakeryDonuts1173, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts796, BakeryDonuts839, BakeryDonuts754, BakeryDonuts834, BakeryDonuts733, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts125, BakeryDonuts118, BakeryDonuts1097, BakeryDonuts702, BakeryDonuts606, BakeryDonuts662, BakeryDonuts264, BakeryDonuts752, BakeryDonuts1501, BakeryDonuts973, BakeryDonuts739, BakeryDonuts755, BakeryDonuts753, BakeryDonuts756, BakeryDonuts757, BakeryDonuts154, BakeryDonuts793, BakeryDonuts1122, BakeryDonuts1083, BakeryDonuts1610, BakeryDonuts1223, BakeryDonuts1192.

⁸⁹⁸ Cf. documentos BakeryDonuts623, BakeryDonuts665, BakeryDonuts714, BakeryDonuts772, BakeryDonuts726, BakeryDonuts1009, BakeryDonuts767, BakeryDonuts910, BakeryDonuts667, BakeryDonuts712, BakeryDonuts908, BakeryDonuts907, BakeryDonuts727, BakeryDonuts663, BakeryDonuts670, BakeryDonuts728, BakeryDonuts1082, BakeryDonuts1080, BakeryDonuts1253, MCH1133, BakeryDonuts957, BakeryDonuts882, BakeryDonuts1086, BakeryDonuts1653, BakeryDonuts1011, MCH1134, BakeryDonuts834, BakeryDonuts853, BakeryDonuts733, BakeryDonuts1006, BakeryDonuts1071, BakeryDonuts1085, BakeryDonuts1403, BakeryDonuts702, BakeryDonuts709, BakeryDonuts1501, BakeryDonuts1018, BakeryDonuts719, MCH1120, BakeryDonuts1083.

⁸⁹⁹ Cf. documentos BakeryDonuts1580, BakeryDonuts623, BakeryDonuts637, BakeryDonuts742, BakeryDonuts772, BakeryDonuts1198, BakeryDonuts1153, BakeryDonuts712, BakeryDonuts792, BakeryDonuts789, BakeryDonuts767, BakeryDonuts667, BakeryDonuts775, BakeryDonuts797, BakeryDonuts594, BakeryDonuts787, BakeryDonuts828, BakeryDonuts782, BakeryDonuts793, BakeryDonuts908, BakeryDonuts1065, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts228, BakeryDonuts796, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts702.

⁹⁰⁰ Cf. documentos BakeryDonuts662, BakeryDonuts610, BakeryDonuts613, BakeryDonuts614, BakeryDonuts637, BakeryDonuts657, BakeryDonuts654, BakeryDonuts642, BakeryDonuts612, BakeryDonuts605, BakeryDonuts726, BakeryDonuts293, BakeryDonuts142, BakeryDonuts163,

2925. Objetivo comum esse que se traduz num plano estratégico partilhado por todas as visadas no sentido de fixar, alinhar ou nivelar os PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal, essencialmente no sentido de subida, eliminando o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, numa clara violação às normas da concorrência, em benefício das empresas visadas.

2926. Para ilustrar o que acaba de referir-se, recorde-se, entre muitos outros casos ilustrativos identificados ao longo da presente Decisão, o documento BakeryDonuts1009, entre a Bimbo Donuts e a MCH:

From: [Confidencial - dados pessoais] @sonaedistribuicao.pt>
Sent: 10 de setembro de 2008 17:48
To: @sonaedistribuicao.pt>
Cc: [Confidencial - dados pessoais]
colaborador da Panrico:
Subject: FW: pvp's sugeridos - PANRICO - 11/9/08

[Confidencial - dados pessoais]

P.f. altera os pvp's a verde.

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
O desconto dado ao 2004717 – Pão 310 gr ([0-5]%) era para um pvp a 1,34€, como vamos estar a 1,29€ o desconto tem de ser de [5-10]%, aguardo amanhã

Logo que tenha saiba para os outros artigos acompanharemos o movimento do mercado

Com os melhores cumprimentos

[Confidencial - dados pessoais]

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
D.C. Alimentar - U.N. Mercaria
G.C. Temperos / Pão e Afins
Telf.: [Confidencial - dados pessoais]
E-mail
Ext:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]
Sent: terça-feira, 9 de Setembro de 2008 16:56
To: [Confidencial - dados pessoais]
Cc:
Subject: FW: pvp's sugeridos

Olá,

Junto seguem os pvp's que entre 4ª e 5ª feira teremos no mercado.

A encarnado seguem os produtos que ainda não conseguimos alterar e que apenas sofrerão alterações na próxima semana.

Peço-vos que procedam às alterações desde já.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:]

BakeryDonuts767,	BakeryDonuts910,	BakeryDonuts121,	BakeryDonuts648,	BakeryDonuts617,
BakeryDonuts1097,	BakeryDonuts702,	BakeryDonuts638,	BakeryDonuts974,	BakeryDonuts181,
BakeryDonuts168,	BakeryDonuts652,	BakeryDonuts618,	BakeryDonuts631,	BakeryDonuts603,
BakeryDonuts1138,	BakeryDonuts147,	BakeryDonuts1122,	BakeryDonuts14,	BakeryDonuts167,
BakeryDonuts973,	BakeryDonuts266,	BakeryDonuts633.		

2927.O documento BakeryDonuts1159, entre a Bimbo Donuts e a Pingo Doce:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: 28 de outubro de 2008 22:36
To
Subject: RE: Shopping Semana 43.2008

Em relação ao seu shopping

Sonae: tudo ok . Em relação a bollycao de 1 o preço correcto é 0,79€

Jumbo: os dados actuais de shopping não são os indicados. Envio em anexo talão de hoje, se precisar de alguma informação adicional por favor diga-me

Lidl: Minibollycao e Minidonuts vai seguir a indicação esta semana. Depois de ter subido a Lidl baixou em algumas tarifas devido a shoopings incorrectos mas ja esta resolvido

Mpreço: O preço de Bollycao de 4 não está correcto no seu shopping. O preço actual é 2,89€. Subiram no mesmo timing (setembro) do Pingo Doce

Em relação a Minidonuts, bollycao balance e minibollycao envio-lhe o comprovativo na quinta feira (ou eu ou alguém da minha equipa vai fazer chegar-lhe o documento)

Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações (principalmente em termos promocionais).

O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objectivo.

Agradeço a sua colaboração para tudo o que temos feito. Se tiver alguma duvida em relação ao mercado, não hesite em contactar-me. Estou ao seu dispor para esclarecer qualquer situação

Obrigado

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

From
Sent: terça-feira, 28 de Outubro de 2008 18:05
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Shopping Semana 43.2008

Olá [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Em anexo segue o shopping efectuado durante a semana passada:

Fico a aguardar o seu feedback.

2928.E o documento BakeryDonuts121, entre a Bimbo Donuts e a Auchan:

From:
Sent: 5 de novembro de 2014 21:53
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: RE: alteração pvp's

Boa tarde [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Os Donuts vão estar a 2.59 a partir do dia 07/11.

Cumprimentos,

De: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Enviada: terça-feira, 4 de Novembro de 2014 14:02
Para:
Assunto: alteração pvp's

Boa tarde

Em anexo envio uma cópia de uma talão de compra de Donuts Glace 4, da loja Ping Doce de Coimbrões, a loja onde foi feito o vosso shopping.

Neste talão pode confirmar que o pingo doce já tem os Donuts a 2,59€.

Peço-lhe as seguintes correções de PVP's:

Donuts glace 4 (sirius: 1870) => 2,59€
Pão Sem codea 450g (sirius: 922900) => 1,99€
Pão com codea 310g (sirius: 1824) => 1,49€

Desde já agradeço a sua colaboração

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Departamento Comercial
[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Panrico – Produtos Alimentares, Lda
Zona Industrial de São Carlos, Lote D
2725-473 Mem Martins

2929. De todo o exposto se conclui que todas as visadas participaram ativamente na prática investigada, tendo vontade expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum, estando sempre perfeitamente conscientes de que os seus comportamentos e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto criava um entrave à concorrência.

2930. Portanto, o fornecedor (Bimbo Donuts) e cada uma das empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) atuaram ao longo de mais de uma década de forma perfeitamente livre, voluntária e intencional na prática da infração que lhes é imputada, não tendo adotado qualquer comportamento no sentido de dela se distanciar ou de lhe pôr fim.

2931. Neste sentido, o fornecedor (Bimbo Donuts) e as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) agiram com dolo, praticando de forma deliberada os factos descritos na presente Decisão.

2932. Ainda que assim não fosse, a matéria de facto considerada provada revela que o fornecedor (Bimbo Donuts) e as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) não podem deixar de representar a fixação e o alinhamento horizontal dos PVP como uma consequência necessária ou, pelo menos, possível, para os seus comportamentos, não existindo nenhum elemento que indicie que a Bimbo Donuts ou as empresas de distribuição visadas tenham afastado ou querido afastar essa possibilidade.

IV.1.4.1 Ilicitude

2933. Os comportamentos da Bimbo Donuts, da MCH, da Pingo Doce e da Auchan, detalhadamente descritos na presente Decisão e que constituem uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, são expressamente proibidos pela alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, inexistindo *in casu* qualquer causa de justificação do facto ou de exclusão da ilicitude do comportamento das visadas.

2934. Conforme detalhadamente explicado na presente Decisão, a classificação doutrinal desta prática como “*hub and spoke*” constitui apenas uma designação para a forma indireta como é prosseguido um objeto proibido de fixação de PVP entre empresas concorrentes, através de um “facilitador”, o “*hub*”. (cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

2935. O facto de a prática em causa ter por objetivo fixar, alinhar, nivelar ou estabilizar preços no mercado, configura-a, em qualquer circunstância, como uma infração às normas de concorrência, na medida em que atenua ou elimina o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, reduzindo a concorrência *intramarca*.

2936. Deste modo, tanto o comportamento das empresas de distribuição visadas (*spokes*), como a ingerência do fornecedor (“*hub*”) na prossecução do referido objetivo comum, através de uma prática concertada de fixação indireta de preços, configuram, manifesta e inequivocamente, uma restrição muito grave da concorrência que se qualifica como

uma infração por objeto, como é do conhecimento dos agentes económicos em geral, e da Bimbo Donuts e das empresas de distribuição visadas em particular⁹⁰¹.

2937. Ainda que assim não fosse, a prática de fixação dos PVP que é concretizada através de cada um dos diferentes feixes de comunicação bilateral estabelecidos entre a Bimbo Donuts e cada uma das empresas de distribuição visadas, que prossegue o mesmo objetivo, configura, em toda e qualquer circunstância, um ilícito contraordenacional, previsto e punido pelo mesmo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (e pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE).

2938. É, aliás, por esse motivo, que o Regulamento n.º 330/2010 exclui expressamente a prática de fixação de preços do benefício de isenção nele prevista, consagrando este tipo de prática restritiva da concorrência como, por si só e em qualquer circunstância, uma restrição grave da concorrência (*hardcore restriction*), nos termos da alínea a) do artigo 4.º do referido Regulamento.

2939. Para além disso, inexistem outros regulamentos de isenção por categoria que devam ser considerados no presente caso, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012.

2940. Mesmo admitindo, em tese, que este tipo de prática restritiva da concorrência, apesar da sua gravidade, pudesse ser justificada pelas partes envolvidas (sendo claro na prática decisória e jurisprudencial nacional e europeia que não pode), os elementos de prova constantes do processo indiciam que não se verifica nenhum dos critérios cumulativos expressamente consagrados no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012 (ou no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE), desde logo pela eliminação da concorrência numa parte substancial do mercado e pelo facto de os consumidores serem privados do benefício da concorrência pelo preço através do alinhamento de PVP em subida, o que inviabiliza a sua aplicação.

⁹⁰¹ Todas as empresas visadas conhecem, ou no mínimo têm obrigação de conhecer, atendendo à sua dimensão e preponderância nos mercados envolvidos, as normas que regem o funcionamento do mercado, nomeadamente as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, todas dispendo de aconselhamento especializado e todas tendo tido, previamente, contacto direto com a atividade da AdC, *maxime* em sede de poderes de supervisão.

2941. Em suma, a conduta adotada pela Bimbo Donuts e pelas empresas de distribuição visadas, para além de ser típica, é ilícita, sendo expressamente proibida pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.4.2 Culpa

2942. Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do RGIMOS, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, “[a]ge sem culpa quem atua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro sobre a ilicitude lhe não for censurável”.

2943. No presente caso, é indubitável que todas as visadas agiram plenamente conscientes da censurabilidade da conduta que lhes é imputada, e de que a mesma conduta é expressamente proibida por Lei, em particular pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, tendo ainda assim prosseguido com a mesma.

2944. A Autoridade formou, na presente Decisão, a sua convicção de que existe, efetivamente, um conjunto de circunstâncias no presente caso que revelam um secretismo associado à prática investigada, que resulta numa preferência pelo contacto pessoal e/ou telefónico entre os agentes envolvidos e por mensagens sucintas e com recurso a uma linguagem específica, sucinta e pouco detalhada (cf. capítulo III.3.2 da presente Decisão)

2945. Em todo e qualquer caso, os acordos ou as práticas concertadas que têm por objeto a fixação de preços, bem como a ingerência dos fornecedores na determinação desses preços, são práticas sobejamente reconhecidas por todos os agentes económicos como restrições da concorrência muito graves e ilegais.

2946. Em concreto, neste caso, qualquer das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso, por exemplo, à estratégia de preços futura de uma insígnia concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e que não deve condicionar a sua própria estratégia em função de uma coordenação de estratégias concorrentes, por intermédio do fornecedor.

2947. Da mesma forma, também o fornecedor Bimbo Donuts tem conhecimento, ou não pode desconhecer, que qualquer ingerência sua no mecanismo de formação do preço de revenda de empresas que distribuem os seus produtos configura uma restrição muito

grave da concorrência⁹⁰², e, bem assim, o que o papel que desempenhou para promoção ou garantia do alinhamento horizontal é, igualmente, ilícito).

2948. Os documentos MCH1721 e BakeryDonuts10, referidos e analisados *supra* no capítulo III.3.2 são, aliás, reveladores de que as empresas visadas sempre estiveram perfeitamente conscientes de que os comportamentos em causa por si praticados e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante mais de uma década, criam entrave à concorrência.

2949. Tais documentos demonstram que as empresas visadas têm plena consciência dessa censurabilidade uma vez que são as próprias a dar o alerta interno para a ilegalidade das condutas praticadas, tal como demonstra o teor das seguintes mensagens:

2950. O documento MCH1721, referido e analisado nos parágrafos 1714 e seguintes *supra*, no qual a Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo (nos quais se inserem os produtos do *portfolio* da Bimbo Donuts) instruiu expressamente os seus colaboradores a eliminar todo os *emails* que versem sobre preços com fornecedores e também entre as equipas:

⁹⁰² A prática de fixação vertical de PVP constitui, aliás, um dos exemplos paradigmáticos de práticas restritivas da concorrência, sendo comumente identificada por quem exerce uma atividade económica como uma prática violadora das regras legais da concorrência.

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 19:44
To:
Subject: Cuidados a ter

Boa tarde,

Envio para conhecimento.

Parece-me uma excelente recomendação.

Para evitar a divulgação deste mail sugiro que destruam o mesmo e que passem (reforcem) a mensagem verbalmente.

Devem tb ter cuidado com toda a documentação escrita, seja prints de mails, sejam notas de reuniões.

Obrigado,

From:
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 9:02
To:
Cc:
Subject:

Bom dia,

Tendo em conta todas as notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores, venho alertar para a necessidade, se ainda não o fizeram, de eliminarem todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas.

Principalmente aqueles que não obedecem ao mail-tipo que temos implementado com a ajuda do Dep. Legal.

Obrigada.

Atentamente,

[ASSINATURA MCH]

2951.O documento BakeryDonuts10, referido e analisado no parágrafo 1707 *supra*:

From: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Sent: terça-feira, 21 de Maio de 2013 16:15
To: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaboradores da Panrico:
Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:
Subject: Auchan: Urgente Urgente Urgente - Shopping Sonae
Importance: High

Boa Tarde a todos,

Envio em anexo as recolhas de Shopping ao dia 20 Maio (2ªFeira).

1

Coloquei alguns comentários sobre situações muito críticas.

Não percebo como é que vocês que visitam as lojas deixam que uma loja vossa tenha margens negativas de [30-40]%, [10-20]% e [10-20]%...

Volto a reforçar a ideia que faz parte do vosso trabalho controlar esta questão nas vossas lojas! Os recomendados são para cumprir sempre.

Liguem para as lojas, se enviarem mails tem que ter muito cuidado com o que escrevem.

Obg

[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico

2952. Acresce que todas as empresas visadas conhecem, ou no mínimo têm obrigação de conhecer, atendendo à sua dimensão e preponderância nos mercados envolvidos, as normas que regem o funcionamento do mercado, nomeadamente as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, e que visam essencialmente garantir o livre funcionamento da concorrência e o bem-estar dos consumidores.
2953. Em todo o caso, todas as empresas visadas têm interagido com a AdC ao longo dos anos, incluindo no período da infração.
2954. Não pode, assim, aceitar-se que uma prática como aquela que se descreve na presente Decisão possa resultar de uma falta de cuidado ou desatenção das empresas de visadas ou de uma consequência inadvertida da sua atuação no mercado, até porque todas estas empresas dispõem de aconselhamento jurídico especializado na área do direito da concorrência.
2955. Não obstante, a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas, conhecendo a ilicitude da prática que lhes é imputada, quiseram implementá-la e quiseram o seu resultado, mostrando total insensibilidade perante as suas consequências, nomeadamente à sua eventual responsabilidade contraordenacional.
2956. Neste termos, considera-se, por um lado que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas quiseram praticar a infração, agindo de forma livre, consciente e voluntária, sabendo que a conduta que lhe é imputada era proibida por lei, não resultando do acervo probatório qualquer intenção de cessar a sua atuação.
2957. Por outro lado, há uma evidência objetiva da falta de sensibilidade das visadas para as consequências das suas condutas, designadamente à responsabilidade contraordenacional em que poderiam a vir a incorrer, uma vez que a prática se manteve durante cerca de aproximadamente onze anos.

2958. Revelando, assim, uma atitude de contrariedade ou indiferença perante a responsabilidade social⁹⁰³ que sobre as visadas impendia, enquanto profissionais no mercado.

2959. Deste modo, a Autoridade forma a sua convicção que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas⁹⁰⁴ agiram deliberadamente, com manifesto dolo, de forma ilícita e culposa, implementando em conjunto uma prática concertada de fixação horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, que preenche todos os elementos do tipo legal previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como na alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.4.3 Punibilidade

2960. No presente caso, não se vislumbram quaisquer factos que possam contender com ou mesmo determinar a extinção de quaisquer condições objetivas de punibilidade da Bimbo Donuts ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas.

2961. Nesse sentido, os comportamentos descritos na presente Decisão são puníveis nos termos do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo 101.º do TFUE.

⁹⁰³ Sobre a culpa jurídico-contrordenacional e a sua associação à imputação do facto à responsabilidade social do seu autor, *vd.* Albuquerque, Paulo Pinto de, in *Comentário do Regime Geral das Contraordenações*, à luz da Constituição da República da Convenção Europeia dos Direitos Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 66 a 67 e Dias, Jorge de Figueiredo, “O movimento de descriminalização do ilícito de mera ordenação social”, in *CEJ*, Jornadas de direito criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, I, Lisboa, p. 331, e § 12931 da decisão do TCRS de 06.10.2021, processo n.º 71/18.3YUSTR-M, Ac. do TRE, de 24.05.2005, processo n.º 665/05-1, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁰⁴ Sem prejuízo do grau de participação na infração, melhor analisado *infra*.

IV.1.4.4 *Pronúncia das Visadas*

2962. De um modo geral, as visadas alegam que, na falta do preenchimento do tipo objetivo, inexistem fundamentos para a verificação dos elementos do tipo subjetivo da infração que lhes é imputada na Nota de Ilícitude⁹⁰⁵.

2963. Sem conceder quanto à falta de preenchimento do tipo objetivo, a Auchan acrescenta que:

- i) À luz das considerações anteriormente tecidas, a Autoridade não logrou demonstrar a prática de um ilícito pela visada Auchan, inexistindo prova que revele a prática dos quatro sub-comportamentos que caracterizam o tipo objetivo de ilícito jusconcorrencial de “*hub and spoke*”;
- ii) Pelo contrário, a Auchan agiu frequentemente como empresa “desviante”, prosseguindo a sua política comercial autónoma, distanciando-se de uma alegada prática de alinhamento e fixação de PVP;
- iii) Face à escassez de base jurídica e jurisprudencial sobre o ilícito tipificado, a única conclusão possível é a de que a Auchan agiu com falta de consciência da ilicitude, excluindo-se a culpa;
- iv) Em todo o caso, não se pode aceitar a existência de dolo, mas de mera negligência inconsciente, uma vez que, a admitir-se que a Auchan infringiu o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias, fê-lo sem conceber a possibilidade de estar a participar numa ação concertada restritiva da concorrência⁹⁰⁶.

2964. Segundo a Bimbo Donuts, por razão de erro quanto aos elementos de facto e quanto à proibição, a visada nunca poderia ser condenada⁹⁰⁷.

2965. Em primeiro lugar, refere a visada que caso a AdC considere que a sua participação em discussões relativas a dados retirados de *shopping* acarretaram reduções muito significativas do grau de incerteza, “[à] *Bimbo Donuts não poderá ser subjetivamente*

⁹⁰⁵ Cf. capítulo VI.4 e VI.5 da PNI Bimbo Donuts, capítulos III.3 da PNI Auchan, e IV da PNI Pingo Doce (páginas 183 a 184).

⁹⁰⁶ Cf. capítulo III.3 da PNI Auchan.

⁹⁰⁷ Cf. capítulo VI.4 da PNI Bimbo Donuts.

imputada esta redução no grau de incerteza sentida pelas empresas de distribuição (...), porquanto a Visada internamente acreditava que a discussão acerca de preços presentes ou passados teria, sim, relevância para as negociações a ter com as empresas de distribuição, mas nunca para essa redução do grau de incerteza”. Situação que, alegadamente, sempre levaria à exclusão do dolo por falta ou errada representação dos elementos do tipo⁹⁰⁸.

2966. Por outro lado, a Bimbo Donuts afirma que a possibilidade ter existido um erro sobre a proibição não pode ser afastada, uma vez que *“a imputação a empresas por hub and spoke, ao tempo da suposta prática, era inaudita, nunca tendo a AdC, nem tampouco a Comissão, acusado ou condenado qualquer empresa por uma prática deste género”⁹⁰⁹.*

2967. Acrescenta ainda que *“tendo em consideração que nunca a AdC, nem a Comissão, ao tempo da suposta conduta ora em crise, acusaram ou condenaram qualquer empresa por hub and spoke, não será por a Bimbo Donuts ter assessoria jurídica que poderia conhecer a norma proibitiva correspondente”⁹¹⁰.*

2968. Destarte, a visada concluiu que o conhecimento dos elementos de facto e da proibição referente ao *hub and spoke* não podem ser presumidos, existindo, até, fortes indícios da sua ausência, *“o que sempre levaria à ausência do dolo do tipo”⁹¹¹.*

2969. A Bimbo Donuts defende que a ter cometido qualquer ilícito, fê-lo de forma negligente e, quanto muito, através de negligência inconsciente, uma vez que a empresa não teria representado a possibilidade de com a sua conduta ter objetivamente feito parte de uma prática de *hub and spoke*⁹¹².

2970. No que à culpa diz respeito, a Bimbo Donuts descreve a realidade inerente à sua atuação no mercado, a qual, no entender da visada, determina a exclusão da culpa ou a sua forte diminuição⁹¹³.

⁹⁰⁸ Cf. capítulo VI.4 i) da PNI Bimbo Donuts.

⁹⁰⁹ Cf. capítulo VI.4 ii) da PNI Bimbo Donuts.

⁹¹⁰ Cf. §666 da PNI Bimbo Donuts.

⁹¹¹ Cf. capítulo VI.5 da PNI Bimbo Donuts.

⁹¹² Cf. capítulo VI.4 ii) da PNI Bimbo Donuts.

⁹¹³ *Idem*.

2971. A visada afirma que o desequilíbrio negocial entre fornecedores e retalhistas, associado ao facto de estes últimos poderem comprar produtos [CONFIDENCIAL – Estratégia Comercial], *“faz com que o poder da Bimbo Donuts junto das empresas de distribuição seja muito diminuto, o que leva, por definição (sendo este um jogo de soma zero), a que o poder das empresas de distribuição junto da Bimbo Donuts seja muito significativo”*⁹¹⁴.
2972. A Bimbo Donuts acrescenta: *«impõe-se a pergunta: acaso a intenção das empresas de distribuição fosse incluir a Bimbo Donuts nessa suposta infração de hub and spoke, e dadas as armas negociais de que as primeiras dispõem sobre a segunda, seria à Bimbo Donuts “exigível um comportamento adequado ao direito?” E esta pergunta tem de ser respondida também à luz do facto de que há documentos que mostram que a Bimbo Donuts comunicava às empresas de distribuição a sua fidelidade ao direito e às regras da concorrência (cf. documentos BakeryDonuts48 e BakeryDonuts49 (...)).*⁹¹⁵»
2973. A visada considera estar-se perante uma situação de inexigibilidade que acarreta a exclusão da culpa ou a diminuição punitiva, *“acarretando uma desnecessidade da aplicação da coima ou a uma forte redução da mesma”*⁹¹⁶.
2974. Por fim, refere ainda que, a partir de 2010, não existe intervenção ativa de pessoas em posições de liderança, pelo que o incumprimento dos deveres de vigilância ou controlo, nos termos do n.º 2 do artigo 73.º da LdC, para efeitos da correta determinação da medida da culpa, *“poderá assumir, quanto muito, um carácter omissivo que, do ponto de vista subjetivo, resulta de mera negligência”*, uma vez que os comportamentos dos seus colaboradores correspondem, alegadamente, no máximo, a *“tentativas de mitigar os constantes pedidos das empresas de distribuição no sentido de exigir melhores condições comerciais do fornecedor e não podem, de modo algum, ser configurados como supostos atos de execução de um plano orquestrado pelos membros da direção da empresa no sentido de cometer um ilícito jusconcorrencial”*⁹¹⁷.

⁹¹⁴ *Idem.*

⁹¹⁵ *Idem.*

⁹¹⁶ *Idem.*

⁹¹⁷ Cf. capítulos VI.3 e VI.5 da PNI Bimbo Donuts.

IV.1.4.5 *Apreciação da Autoridade*

2975. Apreciada a defesa das visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude quanto ao tipo subjetivo da infração, pelas razões a seguir indicadas.

2976. Em primeiro lugar, a Autoridade procedeu à apreciação jusconcorrencial de cada um dos elementos constitutivos do tipo objetivo da infração, concluindo pela sua verificação e pela existência de uma prática concertada de fixação (indireta) de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as empresas de distribuição (correspondendo à designação doutrinária de “*hub and spoke*”) (cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

2977. Em segundo lugar, a Autoridade procedeu à apreciação jusconcorrencial de cada um dos elementos constitutivos do tipo subjetivo da infração, alicerçando as suas conclusões na matéria de facto considerada provada, que está devidamente fundamentada nos meios de prova junto aos autos, abundante e detalhadamente referidos na Nota de Ilícitude e na presente Decisão, concluindo pela sua verificação e pela demonstração de que as empresas visadas adotaram, de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional, comportamentos que consubstanciam um ilícito jusconcorrencial (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).

2978. Em terceiro lugar, quanto ao argumento da inexistência de prova que demonstre a participação da Auchan em todos os sub-comportamentos identificados na presente Decisão, a Autoridade salienta que os elementos de que depende a verificação da infração são os indicados nos capítulos IV.1.3 e IV.1.4 (elementos que constituem o tipo objetivo e o tipo subjetivo da infração) e os critérios de que depende a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (designada pela doutrina como “*hub and spoke*”) são os indicados no capítulo IV.1.3.3.3 (existência de um objetivo comum, para o qual os participantes têm o propósito de contribuir, contribuindo de facto, tendo conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo ou podendo razoavelmente prevêê-los, estando prontos a aceitar o risco).

2979. Assim, na realidade, os sub-comportamentos identificados no capítulo III.3 da presente Decisão dão corpo e permitem contextualizar melhor a prática investigada, analisando todos os mecanismos diretos e indiretos, utilizados pelas visadas para atingir a fixação de PVP, mas não é imprescindível para a consumação desta prática o desenvolvimento por toda e cada visada de todo e cada sub-comportamento identificado. Como em qualquer infração complexa em que exista comparticipação, pode existir variância e complementaridade nas condutas adotadas pelas diferentes visadas.
2980. Sem prejuízo do exposto, cumpre lembrar que não é verdade a alegação da Auchan sobre a inexistência de prova que revele a prática dos quatro sub-comportamentos identificados. Neste sentido, recorde-se o teor dos documentos BakeryDonuts634 e BakeryDonuts628, melhor descritos e analisados nos parágrafos 2247 a 2253 e 2254 a 2257, respetivamente, *supra*.
2981. Em quarto lugar, quanto ao argumento da caracterização da Auchan como “empresa desviante”, a Autoridade recorda que a existência de desvios não afasta, por si, a participação da visada na prática investigada, como anteriormente referido e fundamentado pela prova constante dos autos a respeito da sua participação na prática ilícita (cf. capítulo III.3.3.4.2 da presente Decisão).
2982. Efetivamente, a matéria de facto provada revela que algumas lojas da insígnia Auchan se desviam do posicionamento de PVP pré-fixado, em algumas referências, em determinadas alturas do movimento conjunto de alinhamento de preços.
2983. Não obstante, a matéria de facto também revela que as lojas Auchan não só implementam os PVP que são objeto de concertação prévia descrita na presente Decisão, como corrigem muitas vezes os desvios detetados face a essa concertação (cf. capítulo III.3.3.4.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
2984. Acresce ainda a existência de meios de prova que demonstram que a Bimbo Donuts ora contactava a visada Auchan (designada “central” em alguns dos elementos de prova juntos aos autos), ora estabelecia contactos diretos com as lojas na implementação e fixação dos PVP a vigorar, podendo por essas duas vias serem fixados e alterados os preços praticados pela Auchan (cf. capítulo III.3.3.4.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2985. Neste sentido e conforme referido anteriormente, a Autoridade conclui que o facto de algumas lojas da cadeia Auchan contribuírem para uma maior volatilidade na participação da insígnia nos movimentos de reposicionamento conjunto de PVP de mercado, não significa que a visada Auchan não tenha tido intenção de participar, e não tenha participado efetivamente, na prática investigada, sendo que a intenção e a efetiva participação resultam ambas provadas nos autos.

2986. Pelo que esta circunstância não afasta a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos imputados à visada Auchan, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junta aos autos de que esses desvios ocorram por indicação da visada Auchan, podendo apenas repercutir-se no seu grau de participação e na subsequente determinação das sanções aplicáveis, nos termos que se detalham *infra*.

2987. Relembre-se que é a própria visada Auchan que refere na sua defesa “[a] existência de um acordo caracteriza-se pela verificação de uma concordância de vontades que se manifesta pelo paralelismo de comportamentos, sendo natural a existência de desvios em situações concretas, em que um dos membros desse cartel pretende captar clientela, alcançar determinado mercado, etc..” (parágrafo 767 da PNI Auchan).

2988. O mesmo se aplica, necessariamente, quando o desvio se regista em algumas lojas de insígnia.

2989. Em quinto lugar, quanto ao argumento da escassez de base jurídica e jurisprudencial sobre o ilícito tipificado e a causa de exclusão do dolo ou culpa que as empresas visadas dela pretendem retirar, a Autoridade começa por salientar que não há qualquer escassez de base jurídica.

2990. Com efeito, há muito que os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que visam a fixação de preços, de forma direta ou indireta, constituem uma prática restritiva da concorrência à luz da legislação aplicável em Portugal (cf. capítulo IV.1.1.1 da presente Decisão).

2991. Há muito também que o mesmo acontece no ordenamento jurídico europeu.

2992. Como referido anteriormente, qualquer das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso, por exemplo, à estratégia de preços futura de uma insígnia concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e também o fornecedor Bimbo Donuts tem conhecimento, ou não

pode desconhecer, que qualquer ingerência sua mecanismo de formação do preço de revenda de empresas que distribuem os seus produtos configura uma restrição muito grave da concorrência (cf. capítulo IV.1.4.2 da presente Decisão).

2993. Neste contexto, o facto de as visadas configurarem como uma lacuna legal os contornos típicos de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (correspondendo à categoria doutrinal de “*hub and spoke*”), que se traduzem afinal, de forma simplista e numa linguagem corrente, num mecanismo indireto de fixação de preços entre empresas concorrentes, não pode deixar de encarar-se com alguma perplexidade.

2994. Com efeito, o alinhamento de preços entre concorrentes constitui uma das práticas restritivas da concorrência mais conhecida, claramente plasmada na lei e abundantemente tratada na doutrina e na jurisprudência, atenta a respetiva gravidade.

2995. Destarte, as visadas não podiam deixar de conhecer as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais, aliás, qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado.

2996. Na verdade, o tipo objetivo da infração ora em análise não se consubstancia na figura do “*hub and spoke*”, mas numa prática concertada de fixação de preços entre as empresas de distribuição visadas, alcançada por via do fornecedor.

2997. Nesta medida, a prática concertada em causa tem uma natureza simultaneamente vertical e horizontal, uma vez que a fixação dos PVP é estabelecida através das relações verticais existentes entre o fornecedor e as várias empresas de distribuição, para, desta forma, alcançarem o alinhamento dos PVP no mercado retalhista.

2998. Ora, a prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas integra, de resto, o tipo exemplificativo da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, o que refuta inequivocamente a alegada “lacuna”.

2999. Visando as previsões legais em causa a fixação indireta de preços entre empresas concorrentes, não é a circunstância de a comunicação entre as concorrentes ser estabelecida através do fornecedor comum, ou o facto de a doutrina de lhe atribuir a designação de “*hub and spoke*”, que afastam a respetiva tipicidade (expressamente prevista, aliás).

3000. Por outro lado, a dimensão das visadas, as suas estruturas internas (que tipicamente integram departamentos jurídicos, recorrendo igualmente a assessoria jurídica externa), faz improceder a argumentação das visadas no sentido da falta de consciência da ilicitude da sua atuação ou de erro (dos elementos de facto ou da proibição, por desconhecimento) nos pressupostos, reiterando-se que não poderiam as visadas deixar de conhecer as regras de concorrência que lhes são aplicáveis.
3001. O objetivo comum, partilhado entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas, de alinhamento de PVP no mercado, substituiu os riscos da concorrência por uma concertação e cooperação prática, durante todo o hiato temporal em que durou a infração, sendo este demonstrativo de que as visadas atuaram com intenção e vontade de o realizar.
3002. O que se mostra ainda mais grave quando considerada a dimensão das empresas visadas e o peso preponderante do setor em que as mesmas empresas operam, setor esse com uma importância fulcral para a economia do país e para a vida dos consumidores.
3003. Inexiste, pois, qualquer causa de exclusão da culpa por uma alegada inconsciência da ilicitude ou de exclusão do dolo por um alegado erro sobre a proibição ou sobre os elementos de facto, resultando, sim, da prova, que as visadas agiram com dolo, praticando de forma deliberada os atos anteriormente descritos na presente Decisão, levando a cabo condutas que preenchem todos os elementos do tipo legal da contraordenação em causa.
3004. A matéria de facto demonstra, assim, a existência de um processo de alinhamento horizontal dos preços, concretizado através da troca de informação de preços atuais e futuros, regular e frequente, entre empresas concorrentes (as empresas de distribuição visadas), no âmbito da relação vertical com um parceiro comercial comum (o fornecedor).
3005. Quanto ao argumento de exclusão de culpa invocado pela Bimbo Donuts, a Autoridade salienta que também este não é consentâneo com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, nem com os meios de prova que lhe subjazem.

3006. A visada, alicerçada no argumento do desequilíbrio negocial entre as partes, alega estar perante uma situação de inexigibilidade de um comportamento diverso que não a participação numa suposta ilegalidade que se consubstancia numa infração.
3007. Sucede que a matéria de facto demonstra que a Bimbo Donuts contribuiu, através do seu próprio comportamento (e com manifesta vontade) para o objetivo comum, atuando, de facto, no âmbito da sua livre iniciativa, adotando comportamentos que concorrem para a prossecução do plano estratégico de fixação de PVP dos seus produtos no mercado retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.3.3.1.2 e toda a prova aí citada).
3008. Relembre-se, assim, que a matéria de facto provada permitiu que a Autoridade formasse a sua convicção de que a Bimbo Donuts participava ativamente na prática descrita na presente Decisão, adotando comportamentos que se traduzem em (i) disseminar junto das insígnias um determinado PVP para o alinhamento concertado no mercado; (ii) obter de cada insígnia informação quanto à sua estratégia futura em matéria de definição de PVP e respetiva calendarização; (iii) disseminar pelas insígnias informação obtida junto das respetivas concorrentes; (iv) monitorizar a implementação dos PVP previamente concertados no calendário definido; (v) identificar e sinalizar desvios ao posicionamento concertado, diligenciando pela sua correção; (vi) receber o reporte de insígnias que identificam desvios ao posicionamento concertado e direcioná-las para as insígnias desviantes; (vii) pressionar as insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados, incluindo mediante ações de retaliação; (viii) reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios sinalizados.
3009. A Bimbo Donuts optou, assim, efetivamente, por contribuir para a prossecução do objetivo comum, o qual lhe possibilita gerir de forma mais estável a sua própria política comercial e garantir um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos seus concorrentes, bem como as suas margens.
3010. E nem se diga que, tal como a Bimbo Donuts quer fazer transparecer, que os documentos BakeryDonuts48 e BakeryDonuts49 demonstram a fidelidade da Bimbo Donuts ao direito da concorrência.
3011. O documento BakeryDonuts48 demonstra uma discussão, a exigência da ITMP relacionada com a melhoria das condições comerciais, face aos PVP praticados pela MCH. Após uma reapreciação do documento à luz da pronúncia da Bimbo Donuts, a

Autoridade considera que, neste caso específico, a relevância e aptidão probatória do documento é inconclusiva, pelo que não pode sustentar a respetiva imputação, embora também não assuma qualquer carácter exculpatório.

3012. Relativamente ao documento BakeryDonuts49, não obstante da sua leitura isolada resultar que um KA da Bimbo Donuts, quando confrontado com uma tabela de *shopping* enviada pela ITMP, esclarece os motivos para os PVP identificados, referindo igualmente “*Nota: Não garantimos margens em nenhuma cadeia.*”, a leitura contextualizada do documento permite afirmar que é razoável concluir que o referido alerta é, na realidade, um subterfúgio escrito demonstrativo da consciência da ilegalidade dos comportamentos em causa.

3013. Neste sentido, relembre-se o documento BakeryDonuts14, de 23 de maio de 2015, no qual se constata que o mesmo KA envia ao seu ponto de contacto na Auchan uma tabela de preços (denominados como “PVPR”), referindo que “[a]ssim como tínhamos combinado envio os produtos para corrigir os pvp’s. Estes foram os pvp’s que alteramos hoje (dia 23 de Maio) no e.leclerc. Agradeço a correção dos pvps recomendados na sua loja”. Constata-se, assim, uma real ingerência na definição dos PVP das empresas de distribuição por parte da Bimbo Donuts, através do mesmo colaborador que enviara a informação constante do documento BakeryDonuts49.

3014. Ademais, são várias as referências à garantia das margens das empresas de distribuição no presente acervo probatório. Recordem-se, assim, as seguintes mensagens enviadas pela Bimbo Donuts a colaboradores das empresas de distribuição retalhistas, constantes dos os documentos BakeryDonuts764 (“*Como temos desconto carregado não lhe posso carregar desconto nenhum sobre este, mas compenso-lhe a margem no final!*”), BakeryDonuts714 (“*(para não dizer que não me preocupo com as suas margens...)*”), BakeryDonuts684 (mensagem interna Bimbo Donuts – “*Tendo em conta o facto dos preços no mercado estarem muito muito baixos, e tendo em conta a perda de margem de que todos os clientes se têm vindo a queixar, a partir da próxima 5ª feira a Pannico vai subir pvp’s no mercado (...)*Peço a vossa maior atenção para que não se façam folhetos com estes produtos, ou caso os façam que os preços nunca sejam abaixo destes valores. É muito importante que daqui para a frente se consiga controlar estes preços por forma a mantermos estáveis as margens dos nossos clientes”), BakeryDonuts1086 (mensagem da MCH para a Bimbo Donuts –

“Independentemente do 600gr, podes ver no shopping problemas em muitas lojas nestes três artigos. Não vamos perder condições em todos os artigos. Preciso de garantir a margem que tinha nos artigos em baixo referidos. Assim, solicito o ok nestes descontos a partir de amanhã até ao dia 10/07”, resposta da Bimbo Donuts – “OK, de amanhã até dia 20/07”. e BakeryDonuts965 (“Como sabe aumentámos a nossa tabela a 1 Setembro e estamos desde essa data a tentar nivelar preços no mercado de forma a tentar manter as margens dos nossos clientes”).

3015. Face ao exposto, a Autoridade concluiu que o que a análise global dos elementos probatórios, que se acumulam por mais de uma década e dizem respeito às visadas, permite perceber é que todas as ações, que *supra* se descreveram no contexto dos comportamentos tipificados, visavam o propósito conjunto do alinhamento do mercado e da fixação coordenada (ainda que por intermédio do fornecedor) de PVP.

3016. Atendendo ao referido *supra*, importa decidir se a Bimbo Donuts agiu ao abrigo de alguma das concretizações legais de inexigibilidade previstas no Código Penal (“CP”), aplicáveis ao processo contraordenacional *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da LdC e 32.º do RGCO⁹¹⁸.

3017. De facto, entende-se que a inexigibilidade não constitui uma “*causa geral de exclusão da culpa*”, devendo só ser aceite “*nas hipóteses em que a lei tenha entendido dever exprimi-la*”⁹¹⁹.

3018. Neste sentido, veja-se a decisão do TRP, proferida em 15 de novembro de 2020, no âmbito do processo n.º 0110413⁹²⁰:

“O Código Penal não reconhece a inexigibilidade como cláusula geral desculpante, limitando-se a reconhecê-la nos casos de excesso de legítima defesa asténico, estado de necessidade desculpante e obediência indevida desculpante”.

⁹¹⁸ Sobre a aplicação das causas de exclusão da culpa (e de justificação) do CP no processo contraordenacional, *vd.*, a título exemplificativo, Ac. do TRC, de 28.09.2016, processo 7168/15.0T8VIS.C1: “O RGCO não contém, no respectivo articulado, normas que prevejam especificamente, quer o *estado de necessidade desculpante*, quer o direito de necessidade, havendo que, por força do disposto no seu art. 32.º, lançar mão da regulamentação contida sobre estas causas de exclusão, no C. Penal”. Disponível em: www.dgsi.pt

⁹¹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 610

⁹²⁰ Disponível em: www.dgsi.pt

3019. Assim sendo, atendendo à factualidade e argumentação mobilizada pela visada, *in casu*, importa indagar pelo enquadramento da sua conduta no âmbito do estado de necessidade desculpante, previsto no n.º 1 do artigo 35.º do CP

3020. O n.º 1 do artigo 35.º do CP dispõe que:

“1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

3021. Da leitura do preceito conclui-se que têm de ser observados vários requisitos cumulativos para que se verifique o estado de necessidade desculpante e, conseqüentemente, se dê por desculpada a conduta, a saber: a atualidade do perigo, a adequação e indispensabilidade da ação, a natureza do bem jurídico em perigo, o *animus salvandi*⁹²¹.

3022. Sendo que a particularidade do estado de necessidade desculpante (que exclui a culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º do CP) face ao estado de necessidade justificante (que exclui a ilicitude, nos termos do artigo 34.º do CP) é que aquele “só entrará, na verdade, em questão quando não esteja em causa a salvaguarda de bens jurídicos claramente preponderantes mas, bem ao contrário, quando se salvaguardem bens inferiores, iguais ou no máximo não sensivelmente superiores ao bem jurídico lesado”⁹²².

3023. Assim, atendendo aos bens suscetíveis de serem lesados, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º do CP, que estatui:

“Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

⁹²¹ Cf. Ac. do TRC, de 28.09.2016, processo 7168/15.0T8VIS.C1, disponível em: www.dgsi.pt

⁹²² Cf. Ac. do STJ, de 17.11.2015, processo 69/15.3YFLSB, disponível em www.dgsi.pt

3024. Primeiramente, apraz referir que o mesmo não é uma concretização legal à inexigibilidade (como causa de exclusão da culpa), antes “*refere uma **causa de diminuição ou de exclusão da pena**, e portanto um problema **de carência de pena***”⁹²³.

3025. Nesse sentido, veja-se, Figueiredo Dias, quando esclarece que:

*“[n]ão se trata nem de uma extensão do conceito de estado de necessidade desculpante, nem sequer de um problema de culpa. (...) no caso do art. 35.º-2 a culpa (e o seu reconhecimento pela ordem jurídica) persiste, porventura diminuída; o que falta – como em toda a dispensa de pena, mas agora sem atenção ao limite máximo da moldura penal aplicável ao facto: cf. art. 74.º-1, proémio – é a **necessidade de pena**. Em suma, o n.º 2 do artigo 35.º não refere uma causa de diminuição ou de exclusão da culpa, e portanto um problema de culpa; refere uma **causa de diminuição ou de exclusão da pena**, e portanto um problema **de carência de pena**”*⁹²⁴.

3026. No entanto, o enquadramento da conduta da Bimbo Donuts no aludido preceito também não se afigura juridicamente correto.

3027. De facto, ainda que, *in casu*, estejam presentes “*interesses jurídicos diferentes*” dos referidos no n.º 1 do artigo 35.º do CP – a saber, a alegada viabilidade económico-financeira da Bimbo Donuts *versus* a defesa da concorrência – e o bem jurídico que se salvaguarda seja inferior àquele que se sacrifica⁹²⁵, não se encontra a preenchida a “*cláusula de inexigibilidade*”, aplicável *ex vi* n.º 2 do artigo 35.º do CP que remete para o n.º 1 do mencionado preceito: “*quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente*”.

3028. Desta feita, como ensina Figueiredo Dias, “*o art. 35.º-1 não desculpa o facto quando nele convirjam os elementos acima referenciados, mas apenas quando, para além daqueles pressupostos, não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. É nesta exigência que se contém aquilo que chamamos a verdadeira cláusula de inexigibilidade e para interpretação da qual necessário se toma o recurso directo ao fundamento que àquela apontámos no contexto*

⁹²³ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., p. 619.

⁹²⁴ *Ibidem*

⁹²⁵ Relembre-se que a a defesa da concorrência surge como interesse público e com respaldo constitucional e no TFUE. §183 da presente Decisão.

de um direito penal da culpa. (...) [torna-se] sempre indispensável que o juiz comprove que não era razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. O que constitui um critério claramente pessoal - como se impõe ao nível da culpa - sem por isso se tomar meramente individual, antes merecendo ainda a caracterização de critério pessoal-objectivo: um certo dever de suportar perigos (não apenas gerais, o que é evidente, mas também concretos) é inafastável. manifestadas no facto e da sua maior ou menor censurabilidade⁹²⁶.

3029. Assim sendo, é por demais evidente que a Bimbo Donuts dispunha de suficiente margem de atuação, sem que a sua atuação se traduzisse, necessariamente, em qualquer restrição à concorrência, pelo que se conclui que era “razoável” exigir-lhe um comportamento diferente.

3030. Mais, nem o perigo para os interesses patrimoniais (viabilidade económica da empresa), nem a natureza de único meio para o afastar ficaram minimamente provados com base no que é alegado pela visada (o n.º 2 do artigo 35.º do CP que exige a verificação dos pressupostos definidos pelo seu n.º 1).

3031. Desta feita, a Bimbo Donuts incorre numa prática ilícita e culposa, sendo que não pode vir desculpar-se alegando inferioridade negocial ou a transferência para si do risco comercial. A necessidade de sobrevivência comercial, que não demonstrou, não desculpou em concreto, nem desculpava em abstrato, a comportamento ilegal em causa.

3032. Tudo visto e ponderado, a conduta da Bimbo Donuts não pode ser legitimamente desculpada ao abrigo do estado de necessidade desculpante, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º do CP, nem a coima pode ser especialmente atenuada ou a visada dispensada de coima, nos termos do n.º 2 do artigo 35.º, aplicáveis *ex vi* artigos 13.º da LdC e e 32.º do RGCO.

3033. Nestes termos, considera-se, por um lado, que a visada Bimbo Donuts representou e quis praticar a infração, agindo de forma livre, consciente e voluntária, sabendo que a conduta que lhe é imputada era proibida por lei, não resultando do acervo probatório

⁹²⁶ Cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., p. 615 e Ac. do STJ, de 17.11.2015, processo 69/15.3YFLSB, disponível em www.dgsi.pt.

qualquer intenção de cessar a sua atuação. Por outro lado, o cometimento da infração resulta de um atitude da visada “*contrária ou indiferente ao Direito e às suas normas*”⁹²⁷, estando desse modo afirmado o dolo.

3034. Improcede, pois, também, o argumento de exclusão da culpa.

3035. Por fim, o argumento da Bimbo Donuts referente à inexistência de prova, a partir de 2010, do envolvimento em possíveis infrações de colaboradores que integram, na sua estrutura orgânica, uma “posição de liderança”, o que, para efeitos da determinação da culpa, no caso concreto, determinaria o incumprimento dos deveres de vigilância ou controlo e, conseqüentemente, do ponto de vista subjetivo, resultaria a mera negligência, não pode colher.

3036. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a referida alegação não é verdadeira.

3037. Relembre-se, nesse sentido, o documento BakeryDonuts228, de 11 de janeiro de 2012, já transcrito e analisado nos parágrafos 1486 e 2041 a 2044 *supra*, nos termos do qual, através do envio de uma tabela comparativa de *shopping*⁹²⁸ que identifica desvios ao nível de PVP designados de “recomendados”, os quais, da leitura do referido documento demonstram ser verdadeiros PVP, constata-se, designadamente, a intenção do fornecedor em retificar e confirmar os desvios identificados: “[*o*s que estiverem fora dos PVP recomendados da Panrico devem ser alterados o quanto antes”, referindo ainda a KAM que solicitará à central da Auchan a retificação de três situações de desvios, alertando também para a necessidade de correção do PVP de um produto em específico numa loja em específico da Auchan para posterior envio do respetivo talão (corrigido e alinhado) à Pingo Doce.

3038. Ora, um dos destinatários do *email* em análise é precisamente o diretor comercial da Bimbo Donuts, [*Confidencial – Dados Pessoais*].

3039. Mais, mesmo que assim não fosse, atentos os comportamentos investigados (nomeadamente os contactos regulares e institucionais e o teor da informação trocada), não é crível que a mesma pudesse ter ocorrido ao longo de mais de uma década sem

⁹²⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., p. 529.

⁹²⁸ A qual aparenta ser enviada pela MCH.

que as direções dos colaboradores que dela participam tivessem conhecimento ou, pelo menos, devessem ter tomado conhecimento no exercício das respetivas “posições de liderança”.

3040. O que a matéria de facto provada e a globalidade da prova demonstram é que, tal como referido no capítulo III.3.2 da presente Decisão, a prática *sub judice* estava perfeitamente implementada nas relações comerciais estabelecidas entre as empresas visadas, sendo do conhecimento (ou, pelo menos, não podendo ser desconhecidas) das direções comerciais e respetivas administrações.

3041. Inexiste, assim, a necessidade de fazer intervir qualquer outro fator de conexão, na medida em que a prática foi, durante toda a sua duração, levada a cabo pelos seus colaboradores em seu (da Bimbo Donuts) nome e no seu interesse, pelo que se refuta o entendimento da Bimbo Donuts, nos termos do qual considera que a sua culpa será diminuta pelo facto de, alegadamente, “*qualquer prática potencialmente ilegal não ter sido cometida por colaboradores da Visada que ocupem uma posição de liderança na empresa, nem ter resultado de instruções dadas por tais pessoas às respetivas equipas*”⁹²⁹.

3042. O facto de responsáveis de “posições de liderança” não intervirem em documentos com relevância probatória para a prática ilícita em causa, não afasta a responsabilidade que das empresas visadas daí advém.

3043. Aliás, é a própria lei da concorrência que o estabelece, expressamente, nos termos do n.º 2 do artigo 73.º:

“2 – As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior respondem pelas contraordenações previstas na presente lei, quando cometidas:

a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbe.”

⁹²⁹ Cf. §694 da PNI Bimbo Donuts.

3044. Neste contexto, a globalidade da prova permite concluir que as pessoas de liderança da Bimbo Donuts tinham perfeito conhecimento da infração posta em prática, sendo, por vezes, mencionados em *emails* com relevância probatória ou, até, por vezes, constando como destinatários e/ou remetentes dos mesmos, em representação direta da visada na violação das regras impostas pelo direito da concorrência.
3045. Ademais, o que a alegada ausência de intervenção nos *emails* pode, porventura, significar, não é uma redução da culpa da empresa, a título de negligência, mas sim, uma omissão, intencional, de pôr termo à prática, demonstrando-se, assim, que continuaram a ser responsáveis pela sua implementação.
3046. Assim sendo, estão preenchidos os requisitos que permitem concluir pela imputação da infração a título de dolo.
3047. Conclui, assim, a Autoridade pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados quanto ao tipo subjetivo da infração, formando a sua convicção sobre a inexistência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade das visadas.

IV.1.5 Execução temporal e natureza permanente da infração

3048. De acordo com os elementos considerados relevantes para efeitos de prova nos presentes autos, a infração contraordenacional imputada às visadas terá tido início em 28 de outubro de 2004 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento BakeryDonuts662), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 9 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento BakeryDonuts120).

3049. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação da duração total da infração, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, com o intuito de adotar a perspetiva mais favorável às visadas, a AdC limitará a referida duração ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor.

3050. Neste sentido, a AdC considerará que a infração jusconcorrencial imputada às visadas teve início em, pelo menos, 23 de março de 2005 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento das visadas MCH e Pingo Doce – cf. documento BakeryDonuts667⁹³⁰), tendo-se mantido, pelo menos, até 28 de junho de 2016⁹³¹ (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1136).

3051. A Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meios de prova para determinar o início e o fim da prática investigada, dado que os documentos se revelam, respetivamente, o mais antigo e o mais recente de toda a documentação relevante para efeitos de prova no processo.

3052. De qualquer forma, a Autoridade não poderá ignorar que não é possível excluir que a prática restritiva em causa se tenha iniciado antes e/ou se encontre em curso, dado que

⁹³⁰ A data de 23 de março de 2005 é posterior à data do documento BakeryDonuts662 (de 28 de outubro de 2004) que, noutras circunstâncias, determinaria o início do envolvimento da Bimbo Donuts e da Auchan – cf. documento BakeryDonuts662 de 28 de outubro de 2004 (cf. capítulos III.3.3.1.2 e III.3.3.4.2 da presente Decisão).

⁹³¹ A data de 28 de junho de 2016 é anterior à data do documento BakeryDonuts120 (de 9 de maio de 2017) que, noutras circunstâncias, por se tratar do elemento mais recente com aptidão probatória, determinaria o término do envolvimento da Bimbo Donuts e da Auchan – cf. documento BakeryDonuts120 de 9 de maio de 2017 (cf. capítulos III.3.3.1.2 e III.3.3.4.2 da presente Decisão).

inexiste no processo qualquer elemento de prova que demonstre que as visadas tenham posto fim aos comportamentos descritos na presente Decisão ou deles se tenham expessamente distanciado.

3053.A Autoridade salienta que, não obstante existirem, de facto, períodos de intermitência entre *emails* utilizados como meio de prova na Nota de Ilícitude e *mutatis mutandis*, na presente Decisão, o confronto com a matéria de facto provada levou a AdC a formar a sua convicção de que a prática investigada ocorreu de forma permanente durante o período de tempo considerado.

3054.As conclusões da AdC nesta matéria têm, primeiramente, em consideração o facto deste tipo de prática anticoncorrencial ser por natureza secreta e muito difícil de detetar e o conjunto de circunstâncias evidenciadas na prova junta aos autos que revelam um secretismo associado à prática investigada e no recurso a formas de comunicação que não deixem um lastro documental (cf. capítulo III.3.2 da presente Decisão).

3055.Mas as conclusões da AdC alicerçam-se também e sobretudo num conjunto vsto e abundante de elementos de prova que revelam um lastro probatório coerente que comprova a manutenção ininterrupta da infração.

3056.Com efeito, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das empresas visadas, que decorre não só do facto de existirem várias mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

3057.A este propósito deverá ainda atentar-se ao que referiu o Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão *Rhône-Poulenc vs. Comissão*⁹³², relativamente a períodos com maior e com menor abundância probatória:

“Nestes processos é de grande importância considerar as provas na sua totalidade. É evidente que, mesmo quando é possível dar uma explicação alternativa razoável de um documento determinado e talvez mesmo de vários documentos considerados

⁹³² Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão do TGUE (Primeira Secção), de 24.10.1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 954

isoladamente, a referida explicação corre o risco de não resistir a um exame mais preciso no âmbito de uma apreciação global de toda uma série de provas. Da mesma forma, à semelhança da Comissão, devem poder deduzir-se de períodos em que as provas são relativamente abundantes conclusões respeitantes a outros períodos em que a distância entre cada prova pode ser mais importante. Assim, será necessária uma explicação realmente sólida para convencer um órgão jurisdicional que, durante uma certa fase de uma série de reuniões, ocorreram coisas totalmente diferentes daquelas que ocorreram no decurso de reuniões anteriores e posteriores, quando é certo que essas reuniões tinham o mesmo círculo de participantes, tiveram lugar no quadro de circunstâncias externas homogêneas e tinham incontestavelmente o mesmo objetivo primordial, a saber, debater problemas internos do sector industrial em causa”.

3058. O Advogado-geral Vesterdorf acrescenta ainda, com especial relevância para o caso em apreço, que: *“A duração deve ser apreciada em função de todo o período durante o qual houve uma actividade que pode ser considerada como estritamente ligada às infracções”*⁹³³.
3059. No caso concreto, a referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo momento da consumação perdura no tempo, enquanto subsistem os comportamentos ilícitos das visadas.
3060. Está-se, assim, perante uma ação indivisível no tempo, que constitui uma única infração, com a duração de, pelo menos, aproximadamente onze anos⁹³⁴.
3061. Com efeito, no caso das infracções permanentes — que se distinguem das infracções instantâneas, no âmbito das quais, perante a modificação da lei vigente, se aplicará a lei mais favorável às visadas —, considerando que o momento da consumação perdurou no tempo (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito), o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível.

⁹³³ Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção), de 24.10.1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 1021.

⁹³⁴ Para efeitos de cálculo de duração de uma infração, os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo - cf. *Linhas de Orientação da Autoridade sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012* (doravante “*Linhas de Orientação para o cálculo de coimas*”), parágrafo 29.

3062. Ora, se a sua execução se tiver iniciado na vigência da lei antiga mas prosseguir na vigência da lei nova, sendo que o facto ilícito já era punido pela lei antiga, a lei aplicável será a lei vigente no momento em que cessa o facto censurável, ainda que esta última seja mais gravosa.

3063. Recorde-se a jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa:

“Vêm as Arguidas acusadas da prática, em coautoria, da contraordenação prevista no art. 4.º da Lei 18/2003 de 11 de Junho que dispõe: são proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional...

A contraordenação aqui prevista apresenta-se como um ilícito não de natureza instantânea mas sim de natureza permanente: a sua execução e a consumação perduram no tempo: a uma primeira fase, que compreende toda a conduta do agente até ao aparecimento do evento, segue-se uma segunda fase que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado. A violação do bem jurídico prolonga-se no tempo enquanto perdura a resolução criminosa, isto é, a execução persiste no tempo porque o agente voluntariamente mantém a situação jurídica”⁹³⁵ (sublinhado da Autoridade).

3064. A referida jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa esclarece ainda que *“uma vez que a conduta das Arguidas se prolongou durante a vigência da lei nova (...), tendo as Arguidas, no seu domínio continuado a praticar todos os atos integradores do tipo, a consumação do ilícito foi-se dando ao longo de todo o tempo até à data da cessação. Assim, uma vez que a atual lei da concorrência entrou em vigor “antes de esgotada a última possibilidade de intervenção jurídico-penalmente adequada” (Taipa de Carvalho, in Sucessão de Leis Penais, Cª Editora, 1990, p. 62) é esta que se aplica e é relativamente a esta que a conduta das Arguidas se tem de subsumir”⁹³⁶.*

⁹³⁵ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02.05.2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 78.

⁹³⁶ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02.05.2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 79.

3065. No mesmo sentido também se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, afirmando que: “[e]stamos perante um ilícito contraordenacional permanente, existindo uma conduta antijurídica mantida [ao longo] do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infração. (...) ou seja, perdurando no tempo a consumação da infração, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova”⁹³⁷.
3066. Também o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão concluiu que “[t]endo-se provado que a prática de intercâmbio de informações ocorreu desde 1998 até fevereiro de 2007 e consubstanciando esta prática uma infração permanente ou continuada, cuja concertação de vontades e desvalor da conduta se manteve ao longo de tal período, há que aplicar a lei em vigor à data da cessação de tal prática, independentemente de durante o período referido ter estado em vigor lei mais favorável”⁹³⁸.
3067. Importa, por fim, realçar que, apesar de se tratar de uma única infração de natureza permanente, em que a prática do facto censurável pelas empresas visadas se prolongou no tempo, quer a duração da participação individual de cada uma das visadas, quer o seu grau do envolvimento na prática restritiva, foram distintos, conforme demonstrado capítulo III.3.3 da presente Decisão.
3068. Em particular, considerados os elementos de prova constantes dos presentes autos, a duração da infração para a Bimbo Donuts durou de 23 de março de 2005 a 28 de junho de 2016 (cf. capítulo III.3.3.1.2 *supra*), a MCH prolongou-se de 23 de março de 2005 a 28 de junho de 2016 (cf. capítulo III.3.3.2.2 *supra*), para o Pingo Doce prolongou-se de 23 de março de 2005 a 15 de junho de 2016 (cf. capítulo III.3.3.3.2 *supra*) e para a Auchan prolongou-se de durou de 23 de março de 2005 a 28 de junho de 2016 (cf. capítulo III.3.3.4.2 *supra*).
3069. Deste modo, apesar de a execução dos comportamentos ilícitos se ter iniciado, pelo menos, na vigência da Lei n.º 18/2003, a verdade é que subsistiu, em todos os casos, para lá do momento de início da vigência da Lei n.º 19/2012.

⁹³⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.12.2007, 9.ª Secção, processo n.º 5352/07 (*Ordem dos Médicos*), p. 88.

⁹³⁸ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 19.07.2013, 1.º Juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração coletiva*), p. 251.

IV.2 Determinação das sanções

IV.2.1 Prevenção geral e prevenção especial

3070. A aplicação de coimas em processos contraordenacionais visa a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas que proíbem, no presente contexto, a adoção de determinados comportamentos anticoncorrenciais.

3071. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos na sua ordem jurídica e na tutela da concorrência como garantia do funcionamento eficiente dos mercados e do bem-estar dos consumidores tem de ser tutelada e firmemente protegida.

3072. Deve, por conseguinte, atender-se às exigências da prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre agentes económicos e, por outro lado, dissuadir os agentes económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, restabelecendo a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no ordenamento jurídico.

3073. Em sede contraordenacional, a prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da coima.

3074. A prevenção geral é entendida como um instrumento de política sancionatória destinado a atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de ilícitos, seja através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força da vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração), seja através da intimidação causada à generalidade dos agentes, devido ao prejuízo que a sanção causa aos infratores e que os leva a não cometerem factos puníveis (prevenção geral negativa ou de intimidação).

3075. Por sua vez, a prevenção especial assenta na ideia de que a coima é um instrumento de atuação preventiva que incide direta e concretamente sobre o infrator, com o fim de evitar que, no futuro, este cometa novos ilícitos.

3076. A prevenção especial atua quer ao nível da intimidação individual do agente para que este não repita o facto praticado (prevenção especial negativa), quer através da criação de condições para que este aja de harmonia com as regras jurídicas (prevenção especial positiva).

3077. Estes elementos serão tidos em conta, nos termos da Lei n.º 19/2012 e das Linhas de Orientação para cálculo de coimas, na determinação do *quantum* a aplicar no caso concreto.

IV.2.2 Medida legal e determinação da coima

3078. A violação do disposto no artigo 9.º da Lei 19/2012, assim como a violação do artigo 101.º do TFUE, constituem contraordenações puníveis com coima, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

3079. No caso das pessoas coletivas, a coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios realizado por cada uma das empresas infratoras no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3080. Assim, as coimas aplicáveis às empresas visadas não poderão exceder:

(i) No caso da Bimbo Donuts, o montante total de 7.353.777 € (sete milhões, trezentos e cinquenta e três mil, setecentos e setenta e sete euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2020 foi de 73.537.774 € (setenta e três milhões, quinhentos e trinta e sete mil, setecentos e setenta e quatro euros);

(ii) No caso da MCH, o montante total de 434.404.182 € (quatrocentos e trinta e quatro milhões, quatrocentos e quatro mil, cento e oitenta e dois euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2020 foi de 4.344.041.819 € (quatro mil trezentos e quarenta e quatro milhões, quarenta e um mil, oitocentos e dezanove euros)⁹³⁹;

(iii) No caso da Pingo Doce, o montante total de 415.312.793 € (quatrocentos e quinze milhões, trezentos e doze mil, setecentos e noventa e três euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2020 foi de 4.153.127.932 € (quatro mil cento e cinquenta e três milhões, cento e vinte e sete mil, novecentos e trinta e dois euros)⁹⁴⁰; e

⁹³⁹ Cf. capítulo III.1.4 da presente Decisão.

⁹⁴⁰ Cf. capítulo III.1.3 da presente Decisão.

(iv) No caso da Auchan, o montante total de 144.760.599 € (cento e quarenta e quatro milhões, setecentos e sessenta mil, quinhentos e noventa e nove euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2020 foi de 1.447.605.990€ (mil quatrocentos e quarenta e sete milhões, seiscentos e cinco mil, novecentos e noventa euros)⁹⁴¹.

3081. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade atenderá aos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 tal como refletidos na metodologia constante das suas Linhas de Orientação sobre aplicação de coimas⁹⁴².

3082. Assim, para calcular o montante base da coima, a Autoridade utilizará o volume de negócios realizado pelas empresas nos mercados afetados (cf. capítulos III.2.4.1 e III.2.4.3 da presente Decisão) nos anos em que participaram na infração, de acordo com a Tabela 5 *infra*:

⁹⁴¹ Cf. capítulo III.1.2 da presente Decisão.

⁹⁴² Cf. Linhas de Orientação da Autoridade para o cálculo de coimas.

Tabela 5: Volume de negócios realizado das visadas nos mercados afetados (€) - 2005 a 2016

Ano	Bimbo Donuts		MCH		Pingo Doce			Auchan
	MDF	MDF	MDD	Total	MDF	MDD	Total	Total*
2005	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	[60.000.000 – 70.000.000]
2006	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	[60.000.000 – 70.000.000]
2007	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	[60.000.000 – 70.000.000]
2008	[20.000.000 – 30.000.000]	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	[60.000.000 – 70.000.000]
2009	[20.000.000 – 30.000.000]	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	[70.000.000 – 80.000.000]
2010	[20.000.000 – 30.000.000]	[15.000.000 – 17.500.000]	[5.000.000 – 7.500.000]	[22.500.000 – 25.000.000]	[15.000.000 – 17.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[30.000.000 – 32.500.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2011	[20.000.000 – 30.000.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[7.500.000 – 10.000.000]	[25.000.000 – 27.500.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[15.000.000 – 17.500.000]	[32.500.000 – 35.000.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2012	[20.000.000 – 30.000.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[10.000.000 – 12.500.000]	[27.500.000 – 30.000.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[32.500.000 – 35.000.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2013	[20.000.000 – 30.000.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[32.500.000 – 35.000.000]	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2014	[30.000.000 – 40.000.000]	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[35.000.000 – 37.500.000]	[25.000.000 – 27.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2015	[30.000.000 – 40.000.000]	[22.500.000 – 25.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]	[30.000.000 – 32.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[42.500.000 – 45.000.000]	[70.000.000 – 80.000.000]
2016	[30.000.000 – 40.000.000]	[25.000.000 – 27.500.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[37.500.000 – 40.000.000]	[32.500.000 – 35.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[45.000.000 – 47.500.000]	[70.000.000 – 80.000.000]

Fonte: Visadas; valores aproximados. Elaboração: AdC

*categoria interna “Mercearia Doce”

3083. De salientar que na determinação do volume de negócios afetado pela prática restritiva da concorrência, a AdC considerou o cenário mais favorável a cada uma visadas, restringindo, no caso da Bimbo Donuts, aos produtos de marca própria para revenda no canal alimentar.

3084. No caso das empresas de distribuição visadas, o volume de negócios direta e indiretamente afetado pela prática restritiva da concorrência diz respeito às vendas de

pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista de base alimentar⁹⁴³.

3085. Também é tida em consideração, nos termos abaixo referidos, a representatividade que as vendas dos produtos da Bimbo Donuts tiveram nos volumes de negócios das empresas de distribuição visadas nos mercados afetados.

3086. Neste contexto, as vendas dos produtos da Bimbo Donuts representaram pelo menos⁹⁴⁴, para o período considerado, aproximadamente, as seguintes percentagens dos volumes de negócios das empresas de distribuição visadas nos mercados afetados:

- [0-10]% para a Auchan⁹⁴⁵;
- [50-60]% para a Pingo Doce⁹⁴⁶; e
- [40-50]% para a MCH⁹⁴⁷.

3087. A Tabela 6 *infra* apresenta a faturação das empresas de distribuição visadas com a comercialização de produtos MDF da Bimbo Donuts entre os anos 2004 a 2017:

Tabela 6: Faturação das visadas com produtos Bimbo Donuts (MDF) nos mercados afetados (€) - 2005 a 2016

Ano	MCH	Pingo Doce	Auchan*
2005	n.d.	n.d.	[2.500.000 – 5.000.000]
2006	n.d.	n.d.	[2.500.000 – 5.000.000]
2007	n.d.	n.d.	[2.500.000 – 5.000.000]
2008	n.d.	n.d.	[2.500.000 – 5.000.000]
2009	n.d.	n.d.	[2.500.000 – 5.000.000]

⁹⁴³ De notar que, conforme acima referido (cf. capítulo III.2 da presente Decisão), as segmentações do mercado do produto e do mercado geográfico, a este respeito, ficaram em aberto.

⁹⁴⁴ Os cálculos realizados pela Autoridade levaram em consideração os volumes de negócios de todos os mercados identificados reportados pelas visadas, inclusive aqueles em que a Bimbo Donuts não estava entre os cinco maiores fornecedores, ou seja, com representatividade nula.

⁹⁴⁵ O cálculo tem como fonte as informações disponíveis nas respostas a pedido de elementos da Auchan de 27 de julho de 2018, a fls. 4979 a 4987 do processo e de 06 de agosto de 2018, a fls. 5149 a 5152 do processo; tratamento da Autoridade.

⁹⁴⁶ O cálculo tem como fonte as informações disponíveis na resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 28 de dezembro de 2018, a fls. 5916 a 5924 do processo; tratamento da Autoridade.

⁹⁴⁷ O cálculo tem como fonte as informações disponíveis nas respostas a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 5193 a 5195 do processo e de 01 de outubro de 2018, a fls. 5289 a 5296 do processo; tratamento da Autoridade; tratamento da Autoridade.

2010	[5.000.000 – 7.500.000]	[5.000.000 – 7.500.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2011	[7.500.000 – 10.000.000]	[7.500.000 – 10.000.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2012	[5.000.000 – 7.500.000]	[7.500.000 – 10.000.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2013	[7.500.000 – 10.000.000]	[10.000.000 – 12.500.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2014	[7.500.000 – 10.000.000]	[12.500.000 – 15.000.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2015	[10.000.000 – 12.500.000]	[15.000.000 – 17.500.000]	[2.500.000 – 5.000.000]
2016	[10.000.000 – 12.500.000]	[17.500.000 – 20.000.000]	[2.500.000 – 5.000.000]

Fonte: Visadas; valores aproximados. Elaboração: AdC

*categoria interna “Mercearia Doce”

3088. No caso concreto, e com vista a considerar o cenário mais favorável também para cada uma das empresas de distribuição visadas, à semelhança do que foi feito para a Bimbo Donuts, a AdC entende poder calcular o montante base da coima exclusivamente a partir dos volumes de vendas obtidas através da comercialização dos produtos de marca própria do fornecedor para revenda (MDF).

IV.2.3 Critérios para a determinação da coima

3089. A contraordenação praticada pelas visadas é punível com coima.

3090. Em processo de contraordenação, a coima tem um fim de prevenção especial negativa, isto é, visa evitar que o agente repita a conduta infratora e, igualmente, um fim de prevenção geral negativa, ou seja, visa evitar que os demais agentes tomem o comportamento infrator como um modelo de conduta.

3091. Nos termos da lei aplicável, estes fins devem ser alcançados em função, nomeadamente, dos critérios enunciados no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, e que são os seguintes: a gravidade da infração para a afetação da concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação do visado pelo processo na infração; as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes

contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência e a colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento.

3092. São ainda de considerar todas as circunstâncias relevantes para a aferição da culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do RGCO.

3093. Definidos estes parâmetros, e como já referido, estipula o n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, que a coima não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, por cada infração e por cada uma das empresas infratoras.

3094. Assim, na concreta tarefa de determinação da medida da coima a ponderação dos factos e demais critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual da empresa infratora, não devendo a coima ultrapassar aquele limite enquanto medida de proporcionalidade ou de proibição de excesso, sem prejuízo da ponderação do critério previsto na alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3095. Atender ao volume de negócios da empresa infratora para efeitos de determinação do limite máximo da coima assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa e que não é ultrapassada a sua capacidade económico-financeira, constituindo uma medida de proporcionalidade e de proibição do excesso. Acresce que assim se garante que nenhuma empresa é penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa.

3096. Na determinação da medida da coima para cada uma das visadas devem aplicar-se os princípios e a metodologia constantes das Linhas de Orientação para cálculo de coimas, com base na ponderação dos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3097. As Linhas de Orientação para cálculo de coimas visam introduzir um maior grau de certeza jurídica, previsibilidade e transparência na atuação sancionatória da Autoridade, conferindo aos agentes económicos as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela Autoridade na determinação das coimas aplicadas.

3098. Tal não significa que a aplicação da metodologia constante das Linhas de Orientação para cálculo de coimas se traduza num cálculo aritmético tendente à fixação dos montantes das coimas a aplicar.

3099. Pelo contrário, tal metodologia fornece apenas uma orientação de índole geral, preservando o grau de amplitude necessário à adaptação das coimas às particularidades e exigências específicas de prevenção geral e especial que se façam sentir em cada caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade.

3100. Além disso, as Linhas de Orientação para cálculo de coimas refletem as boas práticas e a jurisprudência da União Europeia nesta matéria, visando assegurar consistência e uniformidade na aplicação das regras de concorrência no espaço da União.

3101. No caso concreto, e nos termos das Linhas de Orientação para cálculo de coimas, a Autoridade incorpora no seu exercício o volume de negócios realizado por cada uma das visadas diretamente ou indiretamente relacionado com a infração, de acordo com os dados fornecidos pelas próprias visadas, ponderando um referencial entre 0% e 30% desse valor, sempre balizado, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação, pelo limite legal de 10% do volume de negócios total. Efetivamente, o volume de negócios no mercado afetado constitui um elemento objetivo que fornece uma justa medida da nocividade da prática para o jogo normal da concorrência, refletindo a importância económica da infração e incorporando o peso relativo da empresa infratora na mesma⁹⁴⁸.

3102. Nessa medida, e como previsto também nas referidas Linhas de Orientação para cálculo de coimas, nos termos do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade considera na determinação da medida concreta da coima os seguintes critérios.

IV.2.3.1.1 A gravidade da infração

3103. Como resulta do exposto no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, a fixação de preços, seja por meios diretos ou indiretos, como no presente caso, em que a fixação dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts foi alcançada através de uma prática concertada de *hub and spoke*, constitui, necessariamente uma restrição por objeto da concorrência.

3104. A fixação de preços por via de uma prática concertada de *hub and spoke* ocorrida no presente caso qualifica-se, para além do mais, como uma restrição sensível da

⁹⁴⁸ Peso relativo que considera, desde logo e entre outros elementos que venham a revelar-se relevantes, a representatividade que as vendas dos produtos da visada tiveram nos volumes de negócios realizados no(s) mercado(s) afetado(s).

concorrência, dado o seu grau elevado de nocividade para a concorrência, e consubstancia, por definição, uma infração muito grave da concorrência (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

3105. Aliás, como referido anteriormente, a prática em causa é expressa e tipicamente identificada por toda a jurisprudência europeia e nacional, bem como por todas as comunicações e orientações da Comissão Europeia, mesmo na sua vertente vertical, como uma restrição grave da concorrência (“*hardcore restriction*”) (cf. capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.4 da presente Decisão).

3106. Ora, resulta da matéria de facto considerada provada na presente Decisão, que a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas acordaram, executaram e implementaram, com a participação ativa de cada uma, um plano de concertação para estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a fixação e o alinhamento dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.3.4 da presente Decisão).

3107. Fizeram-no de forma livre, esclarecida, voluntária e consciente, apesar de serem empresas com importância nos mercados em que atuam, de atuarem em todo o território nacional e de disporem de aconselhamento jurídico especializado na área do direito da concorrência, aceitando as consequências geradas pela conduta das mesmas num mercado de elevado relevo económico e social.

3108. Fizeram-no, aliás, com esse mesmo intuito, o de limitar a concorrência e beneficiar da vantagem de substituir, conscientemente, os respetivos riscos por uma cooperação prática entre elas (cf. capítulos IV.1.3.3.3 e IV.1.4 da presente Decisão).

3109. Esta prática concertada teve uma influência decisiva no mecanismo de formação dos preços praticados pelas empresas de distribuição visadas nos produtos da Bimbo Donuts, deturpando o livre funcionamento do mercado e contribuindo para a diminuição do bem-estar dos consumidores, para a redução da inovação e modernização do país e para o decréscimo da competitividade da economia nacional

3110. Conforme referido no capítulo IV.1.4.2 da presente Decisão, a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição visadas agiram com dolo e de forma ilícita e culposa, sem que se vislumbre qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou qualquer circunstância que afaste a punibilidade de qualquer uma das visadas.

3111. A violação das regras da concorrência é, neste caso e atento o contexto em que é executada, particularmente grave.
3112. Os setores em causa, particularmente o da distribuição retalhista de base alimentar, têm uma importância fulcral para a competitividade da economia nacional e, sobretudo, para o bem-estar dos consumidores, o que evidencia e reforça o potencial impacto e a gravidade dos comportamentos adotados.
3113. Sucede que, como referido anteriormente, a prática investigada traduziu-se num *concurso de vontades* estabelecido entre três dos nove GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁹⁴⁹, visando eliminar a concorrência entre eles, executada através da atuação de um dos principais fornecedores de de panificação e pastelaria em Portugal (cf. capítulo IV.1.3.3.1 da presente Decisão).
3114. A prática é, portanto, particularmente lesiva para os consumidores, não podendo, tão-pouco, ignorar-se a grande dificuldade financeira que os consumidores portugueses atravessavam no período em que a prática investigada ocorreu, sem que as empresas visadas tenham demonstrado qualquer hesitação em prosseguir com a prática.
3115. Sobretudo se se considerar, apesar de não se afigurar necessário, que os meios de prova demonstram situações concretas em que o alinhamento com os PVP previamente concetados foi conseguido, em que o mercado esteve todo alinhado (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts658, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts600, BakeryDonuts606, BakeryDonuts717, BakeryDonuts167, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661 e BakeryDonuts118).
3116. Neste sentido, recorde-se o teor do documento1159 que consiste numa troca de mensagens entre a Bimbo Donuts e a Pingo Doce em que o colaborador da Bimbo Donuts envia àquela última um ponto de situação referente ao alinhamento dos PVP nas várias insígnias concorrentes, referindo expressamente: “*Peço a sua atenção para o facto de estarmos todos empenhados em conseguir o objectivo a que nos propusemos. Tenho a certeza de que está a sentir no mercado profundas alterações*”

⁹⁴⁹ Cf. §21 do Relatório AdC 2010.

(principalmente em termos promocionais). O primeiro passo foi dado com sucesso (em Setembro) e estamos muito perto de atingir o objetivo”.

3117. Conclui-se, enfim, que a infração em causa deve ser considerada muito grave, nos termos e para os efeitos do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do artigo 101.º do TFUE.

IV.2.3.1.2 A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração

3118. Conforme identificado nos capítulos III.2 e IV.1.2 da presente Decisão, a prática restritiva em causa é implementada em todos os setores de panificação e pastelaria em que a visada Bimbo Donuts se encontra ativa, incluindo os da produção e comercialização de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos, bem como no canal da distribuição retalhista de base alimentar (*off-trade*), no qual estão ativas as empresas de distribuição visadas, sendo atribuída uma dimensão nacional a todos os mercados relevantes identificados.

3119. Os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Bimbo Donuts comercializa os seus produtos são os mercados em que a Bimbo Donuts vende os seus produtos às empresas de distribuição visadas e com elas se relaciona e em que, portanto, se estabelecem as comunicações entre o fornecedor e as referidas empresas de distribuição – comunicações essas que viabilizam a prática investigada e em que se fixa a variável que é objeto de concertação, ou seja, o PVP.

3120. Da mesma forma, as empresas de distribuição visadas representam uma parte preponderante do setor retalhista de base alimentar em Portugal (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

3121. O mercado de distribuição retalhista de base alimentar é, efetivamente, o mercado em que as empresas de distribuição visadas operam e concretizam a prática investigada, implementando os PVP pré-fixados e as subidas simultâneas de PVP de mercado.

3122. Do ponto de vista geográfico, todos os mercados identificados têm uma dimensão nacional, para além dos referidos setores assumirem uma importância fulcral para o bem-estar dos consumidores em geral, bem como para a competitividade da economia nacional, a Autoridade não pode ignorar que, tanto o fornecedor, como as empresas de

distribuição visadas, são empresas constituídas e estruturadas para operar em todo o país, assim acontecendo de facto, como revela a prova, definindo as suas estratégias a nível nacional (cf. capítulos III.2.2 e IV.1.3.5 da presente Decisão).

3123. Com efeito, a matéria de facto provada revela que o objetivo partilhado por todas as empresas visadas é prosseguido mediante um plano estratégico de alinhamento de PVP de mercado que vista a totalidade do país (cf. capítulo IV.1.3.5 da presente Decisão e documentos BakeryDonuts1072, BakeryDonuts1195, BakeryDonuts77, BakeryDonuts78, BakeryDonuts834, BakeryDonuts632, BakeryDonuts596, BakeryDonuts611, BakeryDonuts1155, BakeryDonuts91, BakeryDonuts10, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts1191, BakeryDonuts226, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts66, BakeryDonuts85, BakeryDonuts228, BakeryDonuts796, MCH1133 e MCH1151).

3124. Destarte, a matéria de facto provada permite demonstrar *(i)* não haver prova no sentido de concluir que as comunicações e fixações de PVP se destinavam a uma parte do território nacional ou eram vocacionadas para uma determinada região; *(ii)* a dispersão dos interlocutores nas respetivas mensagens por todo o território nacional; *(iii)* o facto de quer a fixação, quer a implementação, quer a monitorização e controlo serem prosseguidos a nível nacional; e *(iv)* que a transmissão dos PVP era ambicionada a nível nacional, independentemente de como as insígnias operam e gerem internamente essas informações.

3125. Por estes motivos, é forçoso concluir que a dimensão dos mercados afetados é significativa.

IV.2.3.1.3 A duração da infração

3126. Pelas razões aduzidas no capítulo IV.1.5 da presente Decisão, a AdC formou a sua convicção de que a infração em causa nos presentes autos tem a duração de aproximadamente onze anos, tendo sido cometida, de forma permanente e ininterrupta

entre, pelo menos, 23 de março de 2005 (cf. documento BakeryDonuts667) e 28 de junho de 2016 (cf. documento MCH1136)⁹⁵⁰.

3127. Não obstante, e conforme foi também referido anteriormente, a Autoridade não poderá ignorar que a prática em causa se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso, dado que inexistente no processo qualquer elemento de prova que indicie que as visadas tenham posto fim aos comportamentos descritos na presente Decisão ou que deles se tenham expressamente distanciado (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.5 da presente Decisão).

3128. Assim, a prática desenvolvida pela Bimbo Donuts e pelas empresas de distribuição visadas consubstancia uma infração permanente, tendo-se mantido de forma ininterrupta ao longo de, pelo menos, aproximadamente onze anos.

3129. Neste contexto, cumpre recordar o acórdão *KME Germany*, em que o Tribunal de Justiça refere, “*Se um cartel fixa o estado do mercado no momento em que é celebrado, a sua longa duração pode tornar rígidas as estruturas, diminuindo o incentivo à inovação e ao desenvolvimento para os participantes no cartel. O regresso ao estado de livre concorrência será assim tanto mais difícil e longo quanto a própria duração do cartel foi longa. Mesmo se a intensidade e a eficácia do cartel variarem no tempo, a verdade é que o referido cartel continuará a existir e, por conseguinte, a tornar ainda mais rígidas as estruturas do mercado*”⁹⁵¹.

3130. Como já se referiu, apesar de se tratar de uma única infração de natureza permanente, em que a prática do facto censurável se prolongou no tempo, a duração da participação individual de cada visada é distinta, conforme resulta do exposto no capítulo III.3.3 da presente Decisão.

IV.2.3.1.4 O grau de participação das Visadas na infração

⁹⁵⁰ Para estes efeitos, recordemos mais uma vez que ao cálculo de duração de uma infração será aplicado o princípio segundo o qual os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, adotando o referencial mais favorável ao Visado (Cf. parágrafo 29 das linhas de orientação da Autoridade sobre a aplicação de coimas).

⁹⁵¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany e o. c. Comissão*, processo n.º C-272/09 P, Colet., p. I-12789, parágrafo 65; e acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany e o. c. Comissão*, processo n.º C-389/10 P, Colet., p. I-13125, parágrafo 75.

3131. A matéria de facto considerada provada na presente Decisão revela uma prática de fixação de preços entre as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) alcançada, de forma indireta, mediante feixes de comunicação bilaterais estabelecidos pelo fornecedor (Bimbo Donuts) com cada uma daquelas empresas (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.3 da presente Decisão).
3132. Nos termos da apreciação jusconcorrencial desenvolvida, a Autoridade concluiu que as empresas visadas implementaram um *concurso de vontades* para o qual cada uma participou ativamente, tendo o propósito expresso de contribuir, contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento⁹⁵², para a realização de um objetivo comum, mediante a prossecução de um plano estratégico de fixação e alinhamento dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado retalhista de base alimentar, em todo o país (cf. capítulo IV.1.3.2 da presente Decisão).
3133. Neste sentido, a Autoridade formou também a sua convicção de que, tanto a Bimbo Donuts, como as empresas de distribuição visadas, agiram deliberadamente, com dolo e de forma ilícita e culposa, com a intenção expressa de praticar a infração que lhes é imputada (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).
3134. A este respeito, cumpre salientar que inexistem nos autos quaisquer elementos que indiciem que qualquer uma das visadas tenha adotado qualquer comportamento para rejeitar ou se distanciar da prática investigada, nem se vislumbra qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade da Bimbo Donuts ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).
3135. Não obstante tratar-se da realização de um objetivo comum mediante a prossecução de um plano estratégico conjunto com a capacidade para eliminar a incerteza concorrencial entre todas as empresas visadas, a prova revela que a duração, o tipo de envolvimento e grau de participação de cada visada difere (cf. capítulo III.3.3 da presente Decisão).
3136. A determinação da medida concreta das coimas aplicáveis refletirá, portanto, essas diferenças.

⁹⁵² Envolvendo comportamentos e papéis distintos, mas complementares, para fornecedor e empresas de distribuição visadas, atentas as suas posições em níveis diferentes da cadeia de distribuição.

3137. Em primeiro lugar, a Autoridade distinguirá a duração da participação de cada empresa visada, utilizando o documento mais antigo e o documento mais recente que evidencia a participação de cada uma para determinar o início e o fim da respetiva participação, dado estar-se perante uma infração permanente (cf. capítulo IV.1.5 da presente Decisão).
3138. Em segundo lugar, a Autoridade distinguirá o grau de participação de cada empresa visada, em função do papel desempenhado e das evidências que resultam da matéria de facto provada quanto às características do envolvimento de cada uma (cf. capítulos III.3.3.1, III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão).
3139. Quanto à Bimbo Donuts, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Autoridade não poderá ignorar que a visada participa ativamente na prática investigada, determinando, com a anuência das empresas de distribuição visadas, o PVP a praticar, veiculando informação relativa ao posicionamento futuro de PVP, aos pedidos de correção de desvios e à prova do alinhamento entre as empresas de distribuição visadas, monitorizando a implementação dos PVP concertados no calendário definido, pressionando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP, contra elas retaliando quando tal não acontece (cf. capítulo III.3.3.1 da presente Decisão).
3140. A Autoridade terá, portanto, em consideração que, para além de assumir um papel de agente decisor na prossecução do seu próprio interesse na manutenção de determinados níveis de PVP para os respetivos produtos, a Bimbo Donuts atua também como um veículo de informação, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre as insígnias.
3141. A MCH, a Pingo Doce e a Auchan estão envolvidas na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de fixação e alinhamento de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução desse objetivo comum (cf. capítulos III.3.3.2, III.3.3.3 e III.3.3.4 da presente Decisão).
3142. Mais concretamente, quanto à MCH, a Autoridade não poderá ignorar que, para além de adotar todo o tipo de comportamentos identificados, a visada desempenha um papel

de destaque na concertação, dando impulso aos movimentos de reposicionamento dos PVP, implementando, por regra, os PVPs concertados, exercendo um controlo e um reporte permanente de desvios à Bimbo Donuts e exercendo uma pressão elevada sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento (cf. capítulo III.3.3.2 da presente Decisão e toda a prova aí referida).

3143. Neste sentido, recorde-se o documento BakeryDonuts834 em que uma colaboradora da referida insígnia envia uma tabela comparativa de *shopping* identificando desvios de empresas de distribuição concorrentes e escreve ao seu interlocutor na Bimbo Donuts, “Agradeço que dê uma vista de olhos e que me diga quando é que a situação vai estar resolvida e quais são as medidas já tomadas e as que vão ser tomadas para contornar esta situação”.

3144. Quanto à Pingo Doce, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto e todos os sub-comportamentos identificados (inexistindo estes nas formas de pressão, coação ou retaliação) e a prova não é tão abundante como no caso de outras visadas. Não obstante, a Pingo Doce não deixa de ser expressamente mencionada em várias mensagens e o conteúdo das referidas conversações são reveladoras, de forma inequívoca, do envolvimento desta visada. Acresce que a visada não se destaca como uma insígnia desviante e, aquando da deteção de desvios, procede à respetiva correção (cf. capítulo III.3.3.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

3145. Recorde-se, assim, o documento MCH1133, nos termos do qual, após envio de *shopping* pela MCH, a Bimbo Donuts informa que uma das insígnias desviantes (Pingo Doce) já teria corrigido o desvio, encontrando-se a praticar o PVP definido:

From:
Sent: terça-feira, 15 de março de 2016 10:31
To:
Cc:
Subject: RE: Recolhas de Shopping

Bom dia
PD está alterado hoje.

Cumprimentos,

Key Account Manager
[ASSINATURA PANRICO]

3146. Relativamente à Auchan, não obstante os meios de prova existentes revelarem uma maior taxa de incidência de desvios quando comparada com as restantes empresas de distribuição visadas, a Autoridade não poderá deixar de considerar a prova que demonstra a aquiescência por parte da Auchan relativamente à concertação de PVP, bem como quanto à correção dos desvios (cf. capítulo III.3.3.4 da presente Decisão).

3147. Recorde-se, assim, o documento BakeryDonuts613, nos termos do qual a adesão à concertação de PVP resulta de forma bastante evidente:

De [Confidencial - dados pessoais] @auchan.pt>

Enviada: 24 de março de 2005 14:09

Para: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

Cc: [OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL - Identidade de colaborador da Panrico:

[Confidencial - dados pessoais]

Assunto: RE: Panrico - Alinhamento de PVP

Boa tarde a todos,

A loja de Alverca assume o compromisso de cumprir o alinhamento.

Porém deixo também claro que nesse mesmo dia às 09.00 estaremos na concorrência - Dia / Carrefour / Continente / Feira Nova a verificar se os mesmos cumpriram o estabelecido.

Não irei aceitar nenhum tipo de desculpa sobre o não cumprimento por parte da concorrência, respondendo de imediato a qualquer pvp que não tenha sido alterado.

Caso a situação anterior se verifique informo desde já que futuros alinhamentos com os vossos produtos só serão efectuados por Alverca depois de serem verificados os pvps da concorrência - ou seja no dia seguinte e após verificação dos pvps.

Para nós só assim é que este tipo de situação faz sentido, ou seja, desta 1ª vez seremos dos primeiros a assumir e a cumprir o que for combinado. Não seremos nós a furar o alinhamento.

Cumprimentos a todos,

3148. Concluindo, na determinação da medida concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade terá em consideração os seguintes aspetos relativamente ao grau de participação de cada visada:

- i) A Bimbo Donuts esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, com um papel incontornável, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, em todos os comportamentos identificados;
- ii) A MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, em todos os comportamentos identificados e com um grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas e fornecedor;

- iii)* A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 23 de março de 2005 e 15 de junho de 2016, com um grau menor de participação face à Bimbo Donuts, MCH e Auchan;
- iv)* A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, com um grau menor de participação face à Bimbo Donuts e MCH.

3149. Uma última nota para referir que, para efeitos do cálculo de duração da participação das visadas na infração, será aplicado o princípio segundo o qual os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, adotando o referencial mais favorável às visadas⁹⁵³.

IV.2.3.1.5 As vantagens de que as Visadas hajam beneficiado em consequência da infração

3150. Tal como referido no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, tratando-se de uma infração pelo objeto, não é necessário averiguar os efeitos concretos no mercado.

3151. Não obstante, apesar de inexistirem no processo elementos de prova que permitam quantificar com exatidão as vantagens de que as visadas hajam beneficiado, a Autoridade não poderá, relativamente a este critério para a determinação das coimas aplicáveis, deixar de considerar os seguintes aspetos que suportam a conclusão da existência efetiva de vantagens não negligenciáveis.

3152. Em primeiro lugar, a infração em causa constitui uma prática restritiva gravemente nociva para a concorrência e para o bem-estar dos consumidores, em especial, estando em causa mercados de fulcral importância para a competitividade da economia nacional, em que os efeitos restritivos negativos têm um impacto direto e imediato no bem-estar

⁹⁵³ Cf. parágrafo 29 das Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas.

dos consumidores, e empresas de média e de grande dimensão com um peso preponderante nesses mercados.

3153. Em segundo lugar, a matéria de facto provada evidencia situações concretas de alinhamento com os PVP previamente concertados identificados nas conversações e até mesmo situações em que o mercado está totalmente alinhado no posicionamento de PVP pretendido (cf. documentos BakeryDonuts619, BakeryDonuts767, BakeryDonuts768, BakeryDonuts746, BakeryDonuts714, BakeryDonuts900, BakeryDonuts910, BakeryDonuts1066, BakeryDonuts1661, BakeryDonuts118 e conversação n.º 8).
3154. Em terceiro lugar, a matéria de facto provada evidencia que a prática se manteve, de forma permanente e ininterrupta, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, não podendo excluir-se que se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso (cf. capítulo IV.1.5 da presente Decisão).
3155. Em quarto lugar, as empresas de distribuição visadas têm conjuntamente um peso muito significativo no mercado da distribuição retalhista de base alimentar, representando 3 dos 9 GGR a operar neste setor, para além da prática concertada em causa visar todo o país, como se constatou anteriormente (cf. capítulo III.2.2 da presente Decisão), pelo que as vantagens de que as empresas visadas hajam beneficiado são necessariamente quantificáveis à escala nacional.
3156. Em quinto lugar, a prática em causa provoca inevitavelmente um abrandamento da concorrência entre as empresas de distribuição visadas, na medida em que aumenta a transparência entre elas, reduzindo os níveis de concorrência *intramarca*.
3157. Designadamente, possibilita às empresas de distribuição visadas ajustar em conformidade a suas estratégias individuais, alterar as condições concorrenciais no mercado e coordenar, deste modo, os seus comportamentos no mercado, em benefício próprio e em detrimento não só das empresas de distribuição concorrentes que se desviam desta prática mas, principalmente, dos próprios consumidores.
3158. Em sexto lugar, a prática em causa provoca inevitavelmente um desagramento da pressão concorrencial que, em circunstâncias normais, seria exercida pelas empresas de distribuição sobre a Bimbo Donuts, na medida em que esta prática garante às

empresas de distribuição visadas uma margem de lucro que acaba por salvaguardar a margem de lucro do próprio fornecedor.

3159. A prática em causa possibilitou, desta forma, à Bimbo Donuts gerir de forma mais estável a sua própria política comercial e garantir um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos seus concorrentes.

3160. A alteração das condições concorrenciais do mercado que a prática concertada de fixação de PVP *sub judice* possibilita representa, assim, não só uma clara vantagem para a Bimbo Donuts, mas também para a MCH, Pingo Doce e Auchan, constituindo uma garantia de não concorrência ou de falseamento da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

3161. Em sétimo lugar, não se pode ignorar que a visada Bimbo Donuts é uma das maiores empresas de panificação e pastelaria em Portugal, comercializando produtos através das marcas Bimbo, Oroweat, Thins, Donuts, Donettes, Bollycao e Manhãzitos (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

3162. Independentemente das quotas de mercado da Bimbo Donuts, as suas marcas são sobejamente reconhecidas por qualquer consumidor médio, congregando preferências e sendo os seus produtos consumidos diariamente por um número significativo de consumidores através do canal alimentar em Portugal (cf. capítulos III.1.1 e III.2.4.1 da presente Decisão).

3163. Em oitavo lugar, a prática em causa constitui uma das práticas mais nocivas para os consumidores, na medida em que a produção de efeitos negativos tem um impacto direto e imediato sobre eles, em especial, nos setores identificados no presente caso, de panificação e pastelaria, no canal alimentar (*off-trade*).

3164. A Autoridade conclui, deste modo, que da alteração das condições concorrenciais verificadas decorrem, óbvia e necessariamente, potenciais vantagens significativas para as empresas visadas, constituindo uma garantia de redução de incerteza e de anulação dos riscos da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

3165. Não obstante, a Autoridade não terá em consideração vantagens económicas específicas na determinação da medida concreta da coima nos termos e para efeitos

dos parágrafos 13, 37 e 38 das Linhas de Orientação, na medida em que tais vantagens não foram identificadas nem quantificadas.

3166. As vantagens que as visadas retiraram da infração encontram-se, de resto e de qualquer modo, subjacentes ao método empregue pela AdC para cálculo das coimas, o qual tem em consideração o volume de negócios das visadas nos mercados afetados pela infração, bem como a representatividade dos produtos do fornecedor nos mesmos.

IV.2.3.1.6 O comportamento das Visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

3167. Não existem nos autos quaisquer elementos que demonstrem que as visadas adotaram qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência.

3168. Conforme referido anteriormente, a alegação da Pingo Doce de que terá realizado uma ação de *compliance* no ano de 2012 não poderá ser valorada, no presente caso, no cômputo da sanção aplicável. Por um lado, não foi junto ao processo qualquer elemento de prova suscetível de demonstrar que essa ação tenha de facto ocorrido ou, menos ainda, que tenha tido continuidade. Por outro lado, é possível constatar, com base no acervo probatório junto aos autos, a inexistência de qualquer indício de que a eventual ação de *compliance* tenha tido uma influência efetiva nos comportamentos anticoncorrenciais identificados na presente Decisão, no sentido de os eliminar, por exemplo, levando a Pingo Doce a distanciar-se da prática investigada e/ou a reparar os prejuízos causados à concorrência. Assim, nas presentes circunstâncias, não se afigura possível valorar essa eventual ação esporádica a favor da visada.

IV.2.3.1.7 A situação económica das Visadas

3169. Até à presente data, a a Autoridade não recebeu quaisquer indicações de qualquer das visadas, no sentido da sua eventual incapacidade para o pagamento das coimas aplicáveis.

3170.No presente processo, a Autoridade terá em consideração a situação económica refletida no volume de negócios realizado pelas empresas visadas no exercício correspondente ao ano de 2020.

3171.Além disso, é importante notar que as visadas Auchan⁹⁵⁴, Pingo Doce⁹⁵⁵ e MCH⁹⁵⁶ têm apresentado resultados líquidos do exercício consistentemente positivos — e elevados — ao longo dos anos, o que permite inferir a boa saúde financeira destas empresas. A Bimbo Donuts⁹⁵⁷ apresentou resultados líquidos negativos entre 2011 e 2020, com exceção do ano de 2015.

IV.2.3.1.8 Os antecedentes contraordenacionais das Visadas

3172.Todas as empresas de distribuição visadas têm já antecedentes contraordenacionais em matéria de direito da concorrência.

3173.A MCH, a Pingo Doce e a Auchan, foram recentemente visadas em três processos de contraordenação (processos n.ºs PRC/2017/1, PRC/2017/7 e PRC/2017/13), por práticas de fixação de PVP no mercado retalhista de base alimentar, alcançada de forma indireta, através de contactos estabelecidos entre os respetivos fornecedores comuns e cada uma das empresas de distribuição em causa.

3174.Por decisões adotadas pelo conselho de administração da AdC em 18 de dezembro de 2020 e 2 de novembro de 2021, o conjunto de pessoas visadas foi condenado ao pagamento de coimas no valor total de aproximadamente 396 milhões de euros.

⁹⁵⁴ Cf. Relatório e Contas do ano 2017, fls. 4816 a 4834 do processo e Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2020, fl. 9105 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante no sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com> (fls. 9204 do processo).

⁹⁵⁵ Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2020, fl. 9106 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante no sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com> (fls. 9204 do processo).

⁹⁵⁶ Cf. Relatório e Contas do ano 2017, fls. 4677 a 4704 do processo e Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2020, fl. 9105(v) do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante no sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com> (fls. 9204 do processo).

⁹⁵⁷ Cf. Relatório e Contas do ano 2016, fls. 4112 a 4117 do processo e Relatório e Contas do ano 2020, fls. 9222 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante no sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com> (fls. 9204 do processo).

- 3175.No processo de contraordenação n.º PRC/2017/1, a AdC adotou uma decisão condenatória relativa à combinação de preços entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a ITMP e o fornecedor Sociedade Central de Cervejas (SCC), incluindo ainda um administrador da SCC e um diretor da MCH.
- 3176.No processo de contraordenação n.º PRC/2017/7, a AdC condenou as mesmas empresas de distribuição (MCH, Pingo Doce, Auchan) e ainda a ITMP, a Lidl e a Cooplecnorte (responsável pelo E.Leclerc), numa combinação de preços através da fornecedora de bebidas alcoólicas Primedrinks.
- 3177.No processo de contraordenação n.º PRC/2017/13, a AdC condenou a MCH, Pingo Doce, Auchan, ITMP, o responsável pela direção da unidade de negócio “*Soft Drinks*” da MCH e dois diretores da MCH, numa combinação de preços através da fornecedora Super Bock Bebidas.
- 3178.A MCH foi ainda visada num outro processo de contraordenação, o processo n.º PRC/2014/5 em que, por decisão de 4 de maio de 2017, o conselho de administração da AdC condenou a empresa ao pagamento de uma coima no valor de €6.800.000 (seis milhões e oitocentos mil euros), pela sua participação na realização de um acordo restritivo da concorrência, decisão que foi confirmada por sentença proferida em 30.09.2020 pelo Juiz 1 do TCRS, que reduziu o valor da coima para €6.120.000 (seis milhões e cento e vinte mil euros)⁹⁵⁸.
- 3179.Todavia, nenhum dos antecedentes em causa – uns pelo período temporal decorrido entretanto, outros por inexistir trânsito em julgado das respetivas decisões – serão valorados a título de reincidência na determinação concreta das sanções aplicáveis⁹⁵⁹.
- 3180.Não se conhecem antecedentes contraordenacionais da Bimbo Donuts por infração às regras da concorrência.

IV.2.3.1.9 A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo

⁹⁵⁸ A decisão do TCRS foi objeto de recurso e de reenvio prejudicial, estando a aguardar decisão dos tribunais superiores - cf. processo. n.º 322/17.1YUSTR.

⁹⁵⁹ O concurso de infrações aplicável no caso das empresas visadas MCH, Pingo Doce e Auchan é tratado em secção própria da presente Decisão – cf. capítulo IV.2.4.

3181. Para efeitos de determinação da medida concreta da coima, a Autoridade considera que as visadas destinatárias pela presente Decisão atuaram, ao longo do inquérito e da instrução do processo, em conformidade com as normas aplicáveis, cumprindo com o dever legal de colaboração com a Autoridade que sobre elas incide.

IV.2.4 Concurso de infrações

3182. No que respeita ao concurso de infrações⁹⁶⁰, o artigo 19.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que:

“1 – Quem tiver praticado várias contraordenações é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso.

2 – A coima aplicável não pode exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso.

3 – A coima a aplicar não pode ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações.”

3183. Sucede que, tal como referido anteriormente, a MCH, Pingo Doce e Auchan foram recentemente condenadas por decisões adotadas pela AdC, ainda não transitadas em julgado, pela prática de contraordenações às mesmas regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

3184. Tratando-se de uma pluralidade de contraordenações praticadas pelos mesmos agentes, conclui-se pela existência de concursos reais de infrações.

3185. Consequentemente, a coima aplicada, a final, às visadas MCH, Pingo Doce e Auchan deverá ter como limite máximo a soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso, não podendo exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso, e como limite mínimo a mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações.

⁹⁶⁰ Refira-se que esta figura é inexistente no quadro do direito União Europeia, e bem assim da respetiva prática decisória.

3186. Ora, no âmbito do PRC/2014/5, foi aplicada à MCH uma coima no valor de €6.800.000 (seis milhões e oitocentos mil euros), posteriormente reduzida, em sede de recurso judicial, para €6.120.000 (seis milhões e cento e vinte mil euros).
3187. No âmbito do PRC/2017/1, foram aplicadas coimas no valor de €61.370.000 (sessenta e um milhões, trezentos e setenta mil euros) à MCH, €56.890.000 (cinquenta e seis milhões, oitocentos e noventa mil euros) à Pingo Doce e €14.200.000 (catorze milhões, duzentos mil euros) à Auchan.
3188. No âmbito do PRC/2017/7, foram aplicadas coimas no valor de €75.630.000 (setenta e cinco milhões, seiscentos e trinta mil euros) à MCH, €45.450.000 (quarenta e cinco milhões, quatrocentos e cinquenta mil euros) à Pingo Doce e €10.790.000 (dez milhões, setecentos e noventa mil euros) à Auchan.
3189. Atentas as coimas aplicadas às visadas no PRC/2017/1, foram aplicadas no âmbito do PRC/2017/7, em cúmulo jurídico, coimas no valor de €121.930.000 (cento e vinte um milhões, novecentos e trinta mil euros) à MCH, €91.090.000 (noventa e um milhões e noventa mil euros) à Pingo Doce, €22.250.000 (vinte e dois milhões, duzentos e cinquenta mil euros) à Auchan e €19.390.000 (dezanove milhões, trezentos e noventa mil euros).
3190. Atendendo à pendência judicial dos antecedentes jusconcorrenciais, PRC/2014/5, PRC/2017/1 e PRC/2017/7, a Autoridade não procedeu, no âmbito do processo PRC/2017/13, ao cúmulo das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso e à correspondente punição nesses termos.
3191. No âmbito do PRC/2017/13, foram aplicadas coimas no valor de € 27.480.000 (vinte e sete milhões, quatrocentos e oitenta mil euros) à MCH, € 20.362.000 (vinte milhões, trezentos e sessenta e dois mil euros) à Pingo Doce e € 3.463.000 (três milhões, quatrocentos e sessenta e três mil euros) à Auchan.
3192. Sem prejuízo do referido nos parágrafos anteriores e atendendo, em particular, à circunstância de previsível pendência judicial do processo PRC/2017/13⁹⁶¹, a Autoridade

⁹⁶¹ As empresas de distribuição visadas MCH, Auchan e Pingo comunicaram publicamente que iriam recorrer da decisão proferida pela AdC, encontrando-se o respetivo prazo de recurso ainda em curso.

não procederá, no presente processo, ao cúmulo das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso e à correspondente punição nesses termos.

IV.2.5 Pronúncia das Visadas

3193. Relativamente à determinação de uma eventual coima que lhe seja aplicável, e sem conceder quanto ao teor da defesa apresentada, a Bimbo Donuts argui que a AdC deverá ter em consideração os seguintes aspetos⁹⁶²:

- i) O volume de negócios do ano de 2017 não pode ser tomado em consideração para a definição do montante base da coima, uma vez que nesse ano se deu uma *“alteração societária que ocorreu no seio da Visada, com a inclusão no portefólio de bens que não podem ser considerados, dessa forma, relevantes”*. A referida inclusão desse ano ou desses produtos iria *“desvirtuar o poder económico, bem como a amplitude da infração cometida pela Bimbo Donuts, levando a uma desrazoabilidade do montante base”*⁹⁶³.
- ii) O volume de negócios considerado para o cálculo da coima incide sobre o mercado retalhista, mercado no qual a Bimbo Donuts *“não tem qualquer presença”*, ou seja, a visada *“não pode ser identificada como concorrente neste mercado”*⁹⁶⁴;
- iii) O facto de os mercados relevantes, na dimensão produto, definidos pela Autoridade serem também diferenciados quanto ao canal de distribuição (canal Horeca e alimentar). Assim, *“se a existência de diferentes compradores/métodos de distribuição afeta como os mercados relevantes são definidos, a Tabela 5”*⁹⁶⁵ *contém um erro, não podendo ser usada para a definição do montante de base da coima”*⁹⁶⁶;
- iv) O volume de negócios relativo aos mercados de pão pré-embalado e de substitutos de pão da marca Panrico não deve ser tido em consideração na determinação de

⁹⁶² Cf. capítulo VII.C da PNI Bimbo Donuts.

⁹⁶³ Cf. §712 e 713 da PNI Bimbo Donuts.

⁹⁶⁴ Cf. §723 da PNI Bimbo Donuts.

⁹⁶⁵ Cf. § Tabela 5 (*“Volume de negócios realizado das visadas nos mercados afetados (€) - 2004 a 2017”*) da Nota de Ilícitude.

⁹⁶⁶ Cf. §726 da PNI Bimbo Donuts.

uma eventual coima a aplicar Bimbo Donuts, uma vez que a visada alega nunca ter detido “a parte do negócio da Panrico em Portugal”;

- v) A impossibilidade de qualificar a prática presente nos autos como uma restrição por objeto obriga a que a nocividade da mesma fosse efetivamente provada e não pudesse ser tida como implícita. Adicionalmente, “*da mesma forma que as visadas não podem fazer uso de elementos subjetivos da sua participação como forma de mitigar uma possível gravidade da infração, a AdC não pode trazer à colação (pois seria algo contrário ao parágrafo 26 das suas Linhas de Orientação) elementos subjetivos ou relativos à culpa de cada uma das visadas para demonstração dessa gravidade, pelo que os parágrafos 794 e 796 [da Nota de Ilícitude] terão inelutavelmente de ser desconsiderados*”;
- vi) Conforme referido *supra*, a dimensão nacional dos mercados afetados deve ser rejeitada;
- vii) Todos os factos ocorridos até 30 de maio de 2012 estão prescritos, pelo que não se pode incrementar valores de eventuais coimas com base em eventuais factos prescritos;
- viii) Relativamente ao grau de participação das visadas na infração, a visada refere que nunca poderia ser considerada como autora da infração, tendo a sua participação de ser vista “*como meramente auxiliar ou de favorecimento de uma resolução e execução ilícitas por parte daqueles que tinham essa capacidade de reduzir a incerteza no mercado e eventualmente de alinhar os seus preços de venda*”. Ademais, a visada afirma que a sua intervenção, enquanto prestadora de auxílio na implementação da prática, era legítima e circunscrita a discussões sobre valores de *shopping* e alertas que surgiam no âmbito de campanhas promocionais e vendas com prejuízo, consubstanciando-se como comportamentos juridicamente neutros. Neutralidade essa que impede que a visada seja até como cúmplice, juridicamente censurada, ou, em todo o caso, qualquer coima a ser aplicada deveria ser especialmente atenuada, nos termos do n.º 3 do artigo 16.º do RGCO;

ix) O facto de a AdC afirmar que inexistem no processo elementos de prova suficientes para quantificar as vantagens de que as empresas visadas hajam beneficiado⁹⁶⁷ deveria ter impedido que esta Autoridade avançasse mais quanto ao referido critério, tendo, ao invés, recorrido a teses especulativas mais sobre a eventual origem das alegadas vantagens do que sobre a sua existência, quando era exigido que a AdC tomasse em consideração, entre o mais, “*que os preços de tabela e os PVP médios praticados baixaram numa considerável parte do período em que ocorreu a suposta infração*”⁹⁶⁸.

3194. Da mesma forma, argumenta a Auchan que:

- i) Não se verificam quaisquer exigências de prevenção porque a visada agiu sem culpa;
- ii) A alegada prática não provocou um impacto relevante no mercado, dado que, como a Auchan se posiciona consistentemente abaixo dos preços de mercado, não existiu um aumento generalizado dos preços;
- iii) A Auchan posiciona-se tipicamente como a empresa “desviante”, pelo que deve a Autoridade deve considerar que a visada adotou comportamentos que dificultaram a prática da infração, sendo o seu grau de participação inferior ao das restantes insígnias;
- iv) A prova que suporta a imputação da infração à Auchan diz respeito a apenas dois ou três momentos por ano e apenas a algumas lojas da insígnia;
- v) O âmbito temporal resulta de um exercício meramente especulativo da AdC sem suporte probatório;
- vi) A Auchan não tem antecedentes de natureza jusconcorrencial⁹⁶⁹.

3195. Por sua vez, a Pingo Doce advoga que a coima que eventualmente lhe seja aplicável deverá ser determinada de acordo com a noma prevista no artigo 17.º do RGCO e com respeito dos limites aí estabelecidos, dado que n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 se

⁹⁶⁷ Cf. parágrafo 813 da Nota de Ilícitude.

⁹⁶⁸ Cf. §768 da PNI Bimbo Donuts.

⁹⁶⁹ Cf. capítulo III.4. da PNI Auchan.

revela inconstitucional face ao princípio da legalidade consagrado nos n.º 1 a 4 do artigo 29.º da CRP⁹⁷⁰.

IV.2.6 *Apreciação da Autoridade*

Quanto à determinação da coima aplicável à Bimbo Donuts

3196. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Bimbo Donuts para efeitos de determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.
3197. Quanto à utilização do volume de negócios total do ano de 2017, recorda-se que tal informação não é considerada para qualquer efeito na presente Decisão. Nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, utiliza-se o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à adoção da Decisão⁹⁷¹, neste caso, o do ano de 2020.
3198. Em relação ao volume de negócios nos mercados afetados referente ao ano de 2017, ressalta-se, em primeiro lugar, que a informação foi apresentada pela própria Bimbo Donuts em resposta ao pedido de elementos feito pela Autoridade⁹⁷², sendo a empresa, portanto, a responsável pelas informações fornecidas. Em segundo lugar, cumpre recordar que, por se tratar de uma prática concertada de *hub and spoke*, os mercados afetados compreendem, além do mercado retalhista de base alimentar, os mercados envolvidos pela relação vertical entre a Bimbo Donuts e as empresas de distribuição, isto é, o mercado nacional dos pães pré-embalados para revenda no canal alimentar, o mercado nacional dos substitutos de pães para revenda no canal alimentar e o mercado nacional dos bolos para revenda no canal alimentar⁹⁷³, pelo que todos os produtos que integrem os referidos mercados, nos termos acima referidos, têm de ser considerados.
3199. Destarte, não é correto afirmar que “*os mercados afetados são supostamente aqueles em que se deu a oferta destes produtos [do fornecedor Bimbo Donuts] no mercado*”

⁹⁷⁰ Cf. páginas 185 e ss. da PNI Pingo Doce

⁹⁷¹ Cf. n.º 2 do art. 69.º da LdC.

⁹⁷² Cf. resposta da Bimbo Donuts ao pedido de elementos E-AdC/2018/3961 (fl. 4770 do processo).

⁹⁷³ Cf. capítulo III.2 da presente Decisão.

retalhista". Tal afirmação só seria verdadeira perante uma hipotética prática concertada em que o fornecedor Bimbo Donuts não estivesse diretamente envolvido, factualidade que não resulta dos presentes autos. Ou seja, no caso, tanto o mercado retalhista de base alimentar, como também os mercados grossistas referentes aos produtos da Bimbo Donuts acima identificados, no canal *off trade*, estão em causa e devem ser considerados.

3200. A afirmação da Bimbo Donuts de que os valores apresentados na Tabela 5 da Nota de Ilícitude não estão corretos por não se fazer distinção entre canais de distribuição (canal Horeca e alimentar) revela-se, igualmente, improcedente.

3201. A mencionada tabela refere-se ao volume de negócios da Bimbo Donuts entre os anos 2008 e 2017 gerado pela comercialização de produtos MDF exclusivamente no canal alimentar (*off-trade*). Estas informações foram fornecidas pela própria empresa em resposta a pedido de elementos⁹⁷⁴.

3202. Conforme mencionado nos capítulos II.6 e III.1.1 da presente Decisão, a operação de aquisição da totalidade das ações representativas do capital social da Panrico S.A.U. pela Bakery Iberian Investments, S.L.U não constituiu facto extintivo daquela sociedade e, conseqüentemente, da sua responsabilidade. Como tal, e à luz do princípio da responsabilidade pessoal, quando determinada entidade económica infringe as regras da concorrência, a esta incumbe, assim, o dever de responder por essa infração.

3203. A operação de concentração envolvendo ativos da marca Panrico e a Nutpor Breads Unipessoal Lda. não se pode ser classificada como uma fusão dos mesmos no património desta última sociedade, mas como uma aquisição de ativos.

3204. Assim, o argumento apresentado pela Bimbo Donuts de que o volume de negócios gerado pela comercialização do pão pré-embalado e substitutos de pão da marca Panrico não pode ser considerado na determinação da coima é improcedente.

3205. Neste sentido, a jurisprudência da União Europeia tem disciplinado que a transmissão de ativos controvertidos apenas implicará a responsabilidade pela infração da entidade que os recebe nos casos em que a entidade que os detinha tenha deixado de existir

⁹⁷⁴ Cf. resposta da Bimbo Donuts a pedido de elementos da AdC registada sob o n.º E-AdC/2018/3961 (fls. 4770 do processo) e capítulo III.2.3 da presente Decisão.

juridicamente ou tenha cessado a sua atividade económica – situações que não se aplicam ao caso concreto (cf. capítulo II.6.2 da presente Decisão).

3206. Relativamente à natureza e dimensão do mercado afetado pela infração e, em concreto, quanto à rejeição da Bimbo Donuts acerca da dimensão nacional dos mercados relevantes, reitera-se que esta questão já foi discutida nos capítulos III.2.2, III.2.6 e IV.1.2.2 da presente Decisão, pelo que se remete para os referidos capítulos.

3207. Em resposta ao argumento invocado pela Bimbo Donuts referente à duração da infração, a Autoridade salienta que, nos termos referidos nos capítulos III.3.3.1 da presente Decisão, a participação da visada teve uma duração de, pelo menos, aproximadamente onze anos, de forma permanente, desde, pelo menos, março de 2005, subsistindo, pelo menos, até junho de 2016.

3208. Consequentemente, improcede o argumento invocado pela visada.

3209. Quanto ao pedido relativo à atenuação especial da coima associado à participação da Bimbo Donuts, a Autoridade recorda que, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a visada participa ativamente na prática investigada, definindo o *price point* e o calendário para o (re)posicionamento concertado de PVP no mercado em conjunto com as empresas de distribuição visadas, constituindo o elo fundamental entre elas que viabiliza o circuito da informação necessária para a concertação, monitorizando a implementação dos PVP concertados, identificando desvios, dirigindo pedidos de correção às empresas desviantes e até mesmo ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulo III.3.3.1 e toda a prova aí citada)

3210. A Autoridade reconhece que há casos em que o grau de participação na infração deve ser mitigado em função da prova produzida, mas esse não é o caso em que se encontra a Bimbo Donuts (cf. capítulo III.3.3.1 da presente Decisão).

3211. Neste caso, a Autoridade terá, portanto, que considerar, não só o papel de agente decisor na prossecução do seu próprio interesse na manutenção de determinados níveis de PVP para os respetivos produtos, como também o papel de *pivot* ou *hub*, de veículo de informação, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre as insígnias.

3212. Conclui-se, assim, que a Bimbo Donuts participou e esteve diretamente envolvida na adoção dos comportamentos que conduziram à implementação da restrição por objeto

identificada, nos termos *supra* descritos (cf. capítulos III.3 e III.3.3.1 da presente Decisão).

3213. Rejeita-se, pois, o pedido de especial atenuação da coima, em virtude de o mesmo não ser coerente nem sustentável com base na prova produzida.

3214. Analisados os argumentos referentes às vantagens de que hajam beneficiado as empresas infratoras em consequência da infração, cabe reiterar o que a este respeito foi já referido diversas vezes na presente Decisão estar em causa, nos presentes autos, uma infração pelo objeto, não sendo por isso necessário averiguar os efeitos para que o preenchimento do tipo contraordenacional previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 se verifique⁹⁷⁵.

3215. Não obstante, não pode ignorar-se que a infração em causa, consubstanciada numa prática concertada de fixação indireta de preços, constitui uma prática restritiva intrinsecamente nociva para a concorrência e para o bem-estar dos consumidores, o que resulta na substituição dos riscos da concorrência por uma concertação e cooperação recíproca entre as visadas.

3216. Neste contexto, tal como referido na presente Decisão, em concreto no capítulo *supra*, da alteração das condições concorrenciais verificadas decorrem, óbvia e necessariamente, potenciais vantagens significativas para as empresas visadas, constituindo uma garantia da redução de incerteza e de anulação dos riscos da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

3217. Sem prejuízo do exposto, a Autoridade reitera que não terá em consideração vantagens económicas específicas na determinação da medida concreta da coima nos termos e para efeitos dos parágrafos 13, 37 e 38 das Linhas de Orientação, na medida em que tais vantagens não foram identificadas nem quantificadas.

Quanto à determinação da coima aplicável à Auchan

3218. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Auchan para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

⁹⁷⁵ Cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão.

3219. Quanto ao grau de participação a considerar, a Autoridade recorda que, não obstante, a prática em causa se referir à realização de um objetivo comum mediante a execução de uma prática concertada entre todas as empresas visadas de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, confrontada com a matéria de facto provada, a Autoridade formou a convicção de que há diferenças a refletir na determinação das coimas concretamente aplicáveis às empresas visadas, designadamente quanto ao grau de participação na prática em causa.
3220. No que se refere à Auchan, a Autoridade recorda que, não obstante os meios de prova existentes revelarem uma maior taxa de incidência de desvios quando comparada com as restantes empresas de distribuição visadas, a Autoridade conclui que este motivo não é suficientemente atendível para afastar a participação da Auchan, tão-pouco a ilicitude, a culpa ou a punibilidade associadas à infração que lhe é imputada (cf. capítulos III.3.3.4 e IV.1.4 da presente Decisão). É, no entanto, um fator a ponderar no exercício de determinação da medida da coima.
3221. Para além disso, a Autoridade recorda que a circunstância de se verificarem períodos de intermitência de *emails* utilizados como meio de prova, não terá impacto na determinação da duração da participação das visadas, tão-pouco na determinação da coima aplicável, demonstrando a matéria de facto provada que a infração foi cometida de forma permanente e ininterrupta.
3222. Conclui-se, assim, que os argumentos da visada Auchan quanto ao seu grau de participação são parcialmente procedentes, atribuindo-se à visada um grau menor de participação em confronto com o das demais visadas.
3223. Deste modo, conforme referido anteriormente, a Autoridade considerará que a Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, na fixação de PVP, ainda assim, com um grau menor de participação.
3224. Quanto ao impacto da infração no mercado, a Autoridade recorda que, não obstante a infração imputada se traduzir numa restrição da concorrência por objeto, relativamente à qual não é necessário apreciar ou quantificar os efeitos concreto, confrontada com a

matéria de facto provada, a Autoridade formou a sua convicção de que o objetivo comum prosseguido pelas visadas foi muitas vezes atingido.

3225. Para além disso, há, efetivamente, vários elementos de prova que demonstram que a Auchan contribuiu diretamente para a concretização do objetivo comum e para a produção de efeitos da infração no mercado visado (cf. capítulo III.3.3.4 e toda a documentação aí citada).

3226. Relembre-se, nesse sentido, os documentos BakeryDonuts657, BakeryDonuts613, BakeryDonuts605, BakeryDonuts726, BakeryDonuts125, BakeryDonuts118, BakeryDonuts1159, BakeryDonuts617, BakeryDonuts266, BakeryDonuts642, BakeryDonuts907, BakeryDonuts1253, BakeryDonuts121, BakeryDonuts1097, que demonstram diversas situações em que a Auchan está inteiramente alinhada com o posicionamento de PVP previamente concertado. Pelo exposto, a Autoridade conclui pela improcedência do argumento daquela visada e pela evidente relevância do impacto da infração no mercado.

3227. Por fim, quanto aos antecedentes contraordenacionais, a Autoridade recorda que, não obstante a Auchan ter sido objeto de três decisões condenatórias adotadas em 18 de dezembro de 2020 nos processos n.º PRC/2017/1 e PRC/2017/7 e em 2 de novembro de 2021 no processo n.º PRC/2017/13, nenhuma delas será considerada como antecedente para efeitos da determinação da coima aplicável, a título de reincidência, conforme acima já referido, pelo facto de inexistir trânsito em julgado das respetivas questões.

Quanto à determinação da coima aplicável à Pingo Doce

3228. Quanto à alegada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade remete para a sua apreciação sobre esta questão constante do capítulo II da presente Decisão, recordando que pelas razões ali indicadas, não assiste razão à visada, inexistindo a alegada desconformidade constitucional.

3229. Neste sentido, improcede o argumento da visada, concluindo-se que na determinação da coima aplicável à Pingo Doce será aplicada a metodologia, os limites e os critérios referidos no capítulo IV.2.2 da presente Decisão.

IV.2.7 Conclusão relativa à determinação das coimas aplicáveis

3230. Para efeitos do cálculo do montante de base das coimas aplicáveis, a Autoridade considera, para todas as empresas visadas, o volume de negócios no mercado afetado, à luz dos princípios definidos nos parágrafos 19 a 22 das Linhas de Orientação, incluindo a representatividade que as vendas dos produtos do fornecedor têm nos volumes de negócios realizados no(s) mercado(s) afetado(s).
3231. No caso concreto, salienta-se que na determinação do volume de negócios afetado pela prática restritiva da concorrência, a AdC considerou o cenário mais favorável a cada uma visadas, restringindo, no caso da Bimbo Donuts, aos produtos de marca própria para revenda no canal alimentar.
3232. Adicionalmente, com vista a considerar o cenário mais favorável também para cada uma das empresas de distribuição visadas, à semelhança do que foi feito para a Bimbo Donuts, a AdC optou por calcular o montante base da coima exclusivamente a partir dos volumes de vendas obtidas através da comercialização dos produtos de marca própria do fornecedor para revenda (MDF).
3233. Seguidamente, a Autoridade considerou os critérios analisados no presente capítulo, mormente o referente à gravidade da infração, para determinar a percentagem do volume de negócios a considerar para cada empresa visadas, nos termos dos parágrafos 24 e 25 das Linhas de Orientação.
3234. A Autoridade considerou, assim, as seguintes percentagens do volume de negócios relativo a cada empresa visada: 6,5% no caso da Bimbo Donuts, 7% no caso da MCH, 5% no caso da Pingo Doce e 6% no caso da Auchan.
3235. Por força do parágrafo 29 das Linhas de Orientação, a AdC aplicou um multiplicador correspondente à duração da infração de onze anos e meio anos para todas as visadas.
3236. Determinado o montante base das coimas, a Autoridade teve novamente em consideração os critérios analisados no presente capítulo, numa apreciação de conjunto, ajustando o referido montante em função das circunstâncias que implicam o seu aumento ou a sua redução, nos termos dos parágrafos 32 e 33 das Linhas de Orientação.
3237. No entanto, no presente caso não foram aplicados no cálculo da coima fatores agravantes ou atenuantes.

3238. Não obstante a AdC poder aumentar o montante das coimas calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração até 10%, a fim de assegurar o caráter suficientemente dissuasor e proporcionado da coima a aplicar ao abrigo do parágrafo 34 das Linhas de Orientação, a Autoridade também não considerou necessário proceder ao referido aumento no presente caso.

IV.2.8 Sanções acessórias aplicáveis

3239. Nos termos do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, de uma sanção acessória, designadamente a publicação em Diário da República e num dos maiores jornais de circulação nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante, a expensas do infrator, de extrato da decisão de condenação, ou, pelo menos, da parte decisória da decisão de condenação proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei, após o trânsito em julgado.

3240. Confrontada a matéria de facto provada e a qualificação jurídica operada na presente Decisão, tendo em conta a gravidade da infração imputada às visadas e a afetação sensível do comércio entre os Estados-Membros, bem como as exigências de prevenção geral e especial referidas *supra*, a Autoridade conclui que se justifica a aplicação da referida sanção acessória referida no parágrafo anterior.

V CONCLUSÃO

- A. Os comportamentos das visadas Bimbo Donuts, MCH, Pingo Doce e Auchan detalhadamente descritos na presente Decisão, consubstanciam a participação numa prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como pivot na comunicação entre as insígnias visadas (prática dita de “*hub and spoke*”), que se concretiza na existência de contactos entre as empresas de distribuição visadas, efetuados de forma indireta, através do fornecedor, para fixar os PVP dos produtos da Bimbo Donuts e, dessa forma, promover, garantir ou manter um alinhamento horizontal desses PVP no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar por um determinado período temporal.
- B. A prática de fixação, de forma indireta, dos preços dos produtos da Bimbo Donuts constitui como uma restrição da concorrência por objeto, proibida nos termos da alínea a) e do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, nos termos expressos *supra* na presente Decisão.
- C. Os comportamentos das visadas Bimbo Donuts, MCH, Pingo Doce e Auchan traduzidos exclusivamente nos acordos verticais bilaterais de fixação de PVP entre cada empresa de distribuição e o fornecedor, desenvolvidos ao longo do mesmo período temporal, consubstanciarão, em si mesmos, infrações à alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como à alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, constituindo contraordenações puníveis nos termos descritos na alínea B. Não é essa, todavia, a leitura que capta e reflete adequada e cabalmente a globalidade da prática consignada no acervo probatório apurado no processo, a qual demonstra a existência inequívoca de uma dimensão horizontal da prática restritiva, em acréscimo às componentes puramente verticais, sendo aqueles acordos verticais meramente instrumentais para a – e consumidos pela – prática concertada de “*hub and spoke*”.
- D. Nesse sentido, a infração em causa consubstancia uma contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas visadas, 10% do volume de negócios realizado no ano de 2020, nos termos conjugados das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

- E. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade considera ainda os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, bem como a metodologia estabelecida nas suas Linhas de Orientação para a aplicação de coimas.
- F. Acessoriamente, a Autoridade promove a publicação de extrato da presente Decisão no *Diário da República* e num dos jornais de maior circulação nacional a expensas das visadas, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012.
- G. Sem prejuízo da nulidade dos acordos e práticas concertadas por efeito do disposto no n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 2 do artigo 101.º do TFUE, e não sendo possível excluir que os comportamentos investigados estejam ainda em curso, deverá ordenar-se a imediata cessação da prática em causa e a impossibilidade de a mesma voltar a ser implementada pelas visadas, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012.
- H. Nesta medida, tendo em conta as características da infração cometida, as visadas devem abster-se do tipo de comportamentos objeto da presente decisão.

VI DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da AdC decide:

Primeiro

Declarar que a Bimbo Donuts Portugal, Lda., ao participar numa prática concertada de fixação de preços de venda ao público no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 7.353.000 (sete milhões, trezentos e cinquenta e três mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Segundo

Declarar que a Modelo Continente Hipermercados, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação de preços de venda ao público no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 7.161.000 (sete milhões, cento e sessenta e um mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012

Terceiro

Declarar que a Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação de preços de venda ao público no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar entre 23 de março de 2005 e 15 de junho de 2016, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 7.196.000 (sete milhões, cento e noventa e seis mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Quarto

Declarar que a Auchan Retail Portugal, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação de preços de venda ao público no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar entre 23 de março de 2005 e 28 de junho de 2016, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 2.981.000 (dois milhões, novecentos e oitenta e um mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Impor às visadas, a título de medida de conduta, a imediata cessação da prática restritiva da concorrência objeto da presente Decisão, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012.

Sexto

Ordenar às visadas, a título de sanção acessória, que procedam à publicação, no prazo de 20 (vinte) dias a contar do trânsito em julgado da presente Decisão, de um extrato da mesma, nos termos e conforme a cópia que lhes será oportunamente comunicada, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, nos termos do disposto no artigo 71.º da Lei n.º 19/2012.

Sétimo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Bimbo Donuts Portugal, Lda. no presente processo.

Oitavo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em €6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Modelo Continente Hipermercados, S.A. no presente processo.

Nono

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em €6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. no presente processo.

Décimo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em €6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Auchan Retail Portugal, S.A. no presente processo.

Décimo-Primeiro

Advertir as visadas, nos termos do disposto no artigo 58.º do RGCO, de que:

- a) A presente Decisão é recorrível judicialmente no prazo de 30 (trinta) dias úteis, nos termos do disposto nos artigos 87.º da Lei n.º 19/2012 e 59.º do RGCO;
- b) Em caso de impugnação judicial, o Tribunal pode decidir mediante audiência de julgamento ou, caso as visadas, o Ministério Público ou a Autoridade não se oponham, mediante simples despacho;
- c) Nos termos do n.º 1 do artigo 88.º da Lei n.º 19/2012, o Tribunal conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos nos termos da alínea a) *supra*, podendo, nessa medida, reduzir ou aumentar as coimas;
- d) A coima aplicada a cada uma das visadas, bem como as respetivas custas, deverão ser pagas, nos termos do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, no prazo de 10 (dez) dias subsequentes à Decisão de indeferimento da atribuição do efeito suspensivo e de prestação de caução por parte do Tribunal competente; ou no prazo de 10 (dez) dias subsequentes ao termo do prazo para a interposição de recurso judicial;
- e) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Lisboa, 16 de novembro de 2021

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

X

Margarida Matos Rosa
Presidente

X

Maria João Melícias
Vogal

X

Miguel Moura e Silva
Vogal