PRC/2017/6

DECISÃO SANCIONATÓRIA

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

VISADAS

ACTIVE BRANDS – DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MARCAS, S.A.

GESTVINUS – INVESTIMENTOS E SERVIÇOS VITIVINÍCOLAS E COMERCIAIS, S.A.

AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.

MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.

PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.

[DIRETOR OFF-TRADE - ACTIVE BRANDS]

Autoridade da Concorrência

Índice

I DO PROCESSO 13

I.1 Notícia da infração 13

I.2 Abertura de inquérito, extração de certidão do PRC/2016/4 e alargamento do âmbito subjetivo 13

I.3 Segredo de justiça 15

I.4 Registo do processo na rede europeia da concorrência 16

I.5 Diligências probatórias 16

I.5.1 Diligências de busca, exame, recolha e apreensão 16

I.5.2 Pedidos de elementos de informação e de documentação 17

I.5.3 Desentranhamento e restituição de documentos à Active Brands 20

I.6 Pedidos de identificação de informação confidencial 21

I.6.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova 24

I.7 Prorrogação do prazo de inquérito 26

I.8 Decisão de Inquérito – Nota de Ilicitude 26

I.9 Prorrogação do prazo de pronúncia à Nota de Ilicitude 27

I.10 Acesso das visadas ao processo 28

I.11 Pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude 30

I.12 Audição Oral 31

I.13 Diligências Complementares de Prova 31

I.13.1 Diligências complementares de prova requeridas 31

I.13.2 Relatório de diligências complementares de prova 33

I.14 Prorrogação do prazo de instrução 34

II DAS QUESTÕES PRÉVIAS OU PREJUDICIAIS 34

II.1 Da inconstitucionalidade da responsabilidade solidária da sociedade Gestvinus pela alegada infração da Active Brands 36

II.1.1 Posição das visadas Active Brands e Gestvinus 36

II.1.2 Apreciação da Autoridade 37

II.2 Da alegada nulidade da Nota de Ilicitude derivada da alegada proibição de prova 49

II.2.1 Posições das visadas Active Brands e MCH 49
II.2.2 Apreciação da Autoridade 51
II.3 Da alegada nulidade da prova recolhida e apreendida por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal 59
II.3.1 Posições das visadas Active Brands e MCH 59
II.3.2 Apreciação da Autoridade 60
II.4 Da alegada nulidade da prova derivada da violação do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa 62
II.4.1 Posição da visada MCH 62
II.4.2 Apreciação da Autoridade 64
II.5 Da alegada nulidade por falta de fundamentação e por abordagem presuntivo-conclusiva da Nota de Ilicitude 73
II.5.1 Posição das visadas Auchan e Active Brands 73
II.5.2 Apreciação da Autoridade 74
II.6 Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça relativa ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan 80
II.6.1 Posição da visada Auchan 80
II.6.2 Apreciação da Autoridade 80
II.7 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional 83
II.7.1 Posição da visada Auchan 83
II.7.2 Apreciação da Autoridade 83
II.8 Da alegada nulidade da Nota de Ilicitude derivada do tratamento de confidencialidades 86
II.8.1 Posição da visada Pingo Doce 86
II.8.2 Apreciação da Autoridade 88
II.9 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória 95
II.9.1 Posição da visada Pingo Doce 95
II.9.2 Apreciação da Autoridade 95
II.10 Da nulidade da Nota de Ilicitude derivada da sua alegada insuficiente determinação 100
II.10.1 Posição das visada Pingo Doce e Active Brands 100

II.10.2 Apreciação da Autoridade 101

II.11 Da alegada nulidade das inquirições derivadas da falta de notificação de todas as visadas em comparecer 109

II.11.1 Posição da visada Pingo Doce 109

II.11.2 Apreciação da Autoridade 110

III DOS FACTOS 113

III.1 Identificação e caraterização das visadas 113

III.1.1 Active Brands e Gestvinus 113

III.1.2 [Diretor Off-Trade - Active Brands] 118

III.1.3 Auchan 118

III.1.4 Pingo Doce 120

III.1.5 MCH 121

III.2 Identificação e caracterização dos mercados 123

III.2.1 Dimensão Produto 124

III.2.1.1 Produção, comercialização e distribuição do(s) produtos(s) 124

III.2.1.2 Escoamento do(s) produto(s) 130

III.2.2 Dimensão geográfica 131

III.2.3 Conclusão quanto aos mercados 133

III.2.4 Posição das empresas visadas nos mercados identificados 133

III.2.4.1 Active Brands 133

III.2.4.1.1 Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Active Brands 136

III.2.4.2 Empresas de distribuição visadas 136

III.2.4.2.1 Posição relativa da Active Brands na faturação das empresas de distribuição visadas 139

III.2.5 Pronúncias das visadas 142

III.2.6 Apreciação da Autoridade 149

III.3 Comportamentos das visadas 160

III.3.1 Enquadramento quanto ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor 161

III.3.1.1 Pronúncias das visadas 163

III.3.1.2 Apreciação da Autoridade 167
III.3.1.3 Definição dos PVP 178
III.3.1.3.1 Definição e comunicação dos PVP 179
III.3.1.3.1.1 Pronúncias das visadas 212
III.3.1.3.1.2 Apreciação da Autoridade 217
III.3.1.3.2 Alinhamento horizontal dos PVP 232
III.3.1.3.2.1 Pronúncias das visadas 273
III.3.1.3.2.2 Apreciação da Autoridade 278
III.3.1.4 Controlo, monitorização e correção dos PVP praticados no mercado 300
III.3.1.4.1 Pronúncias das visadas 343
III.3.1.4.2 Apreciação da Autoridade 351
III.3.1.5 Formas de pressão, coação ou retaliação 398
III.3.1.5.1 Pronúncias das visadas 424
III.3.1.5.2 Apreciação da Autoridade 427
III.3.2 Meios, forma e organização 464
III.3.3 Natureza secreta da conduta 467
III.3.3.1 Pronúncias das visadas 469
III.3.3.2 Apreciação da Autoridade 470
III.3.4 Envolvimento das visadas 482
III.3.4.1 Active Brands 483
III.3.4.1.1 Pronúncia da visada 489
III.3.4.1.2 Apreciação da Autoridade 491
III.3.4.2 [Diretor Off-Trade - Active Brands] 514
III.3.4.2.1 Posição da pessoa singular visada 517
III.3.4.2.2 Apreciação da Autoridade 517
III.3.4.3 Auchan 523
III.3.4.3.1 Pronúncia da visada 526
III.3.4.3.2 Apreciação da Autoridade 530
III.3.4.4 MCH 557
III.3.4.4.1 Pronúncia da visada 561
III.3.4.4.2 Apreciação da Autoridade 562

III.3.4.5 Pingo Doce 574
III.3.4.5.1 Pronúncia da Visada 577
III.3.4.5.2 Apreciação da Autoridade 579
III.3.5 Conclusões da Autoridade sobre a 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.1.2 Mercados relevantes 605
IV.1.2.1 Mercado relevante do produto ou serviço 606
IV.1.2.2 Mercado geográfico relevante 607
IV.1.2.3 Mercados relevantes identificados 607
IV.1.2.3.1 Pronúncias das visadas 609
IV.1.2.3.2 Apreciação da Autoridade 609
IV.1.3 Tipo objetivo da infração 611
IV.1.3.1 Qualidade de empresa 613
IV.1.3.2 Existência de um conluio 615
IV.1.3.2.1 Prática concertada de fixação indireta de preços (dita de «*hub and spoke*») 620
IV.1.3.2.2 Pronúncias das visadas 637
IV.1.3.2.3 Apreciação da Autoridade 642
IV.1.3.3 Objeto restritivo da concorrência 653
IV.1.3.3.1 Conclusão quanto ao objeto restritivo da concorrência 667
IV.1.3.3.2 Pronúncias das visadas 670
IV.1.3.3.3 Apreciação da Autoridade 673
IV.1.3.4 Caráter sensível da restrição da concorrência 687
IV.1.3.4.1 Pronúncias das visadas 689
IV.1.3.4.2 Apreciação da Autoridade 691
IV.1.3.5 Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional 693
IV.1.3.5.1 Pronúncias das visadas 694

IV.1.3.5.2 Apreciação da Autoridade 695
IV.1.3.6 Suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia 697
IV.1.3.6.1 O conceito de comércio entre os Estados-Membros 702
IV.1.3.6.2 A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros 703
IV.1.3.6.3 O conceito de caráter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia 705
IV.1.3.6.4 Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto 708
IV.1.3.6.5 Pronúncias das visadas 711
IV.1.3.6.6 Apreciação da Autoridade 713
IV.1.3.7 Conclusão da Autoridade quanto ao tipo objetivo da infração 718
IV.1.4 Tipo subjetivo da infração 719
IV.1.4.1 Ilicitude 721
IV.1.4.2 Culpa 723
IV.1.4.3 Punibilidade 728
IV.1.4.4 Pronúncias das visadas 728
IV.1.4.5 Apreciação da Autoridade 730
IV.1.5 Execução temporal e natureza permanente da infração 737
IV.1.5.1.1 Pronúncias das visadas 740
IV.1.5.1.2 Apreciação da Autoridade 741
IV.1.6 Da imputação da infração a [Diretor Off-Trade - Active Brands] 761
IV.1.6.1 Tipo objetivo 761
IV.1.6.2 Tipo subjetivo 763
IV.1.6.3 Execução temporal e natureza permanente da infração 765
IV.1.6.4 Pronúncia da pessoa singular visada 766
IV.1.6.5 Apreciação da Autoridade 768
IV.1.7 Da responsabilidade solidária da Gestvinus 772
IV.1.7.1.1 Pronúncias das visadas 782
IV.1.7.1.2 Apreciação da Autoridade 784

IV.2 Determinação das sanções 790
IV.2.1 Prevenção geral e prevenção especial 790
IV.2.2 Medida legal e determinação concreta das coimas aplicáveis 792
IV.2.2.1 Medida legal das coimas aplicáveis 792
IV.2.2.2 Critérios para a determinação concreta das coimas 796
IV.2.2.2.1 A gravidade da infração 798
IV.2.2.2.2 A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração 800
IV.2.2.2.3 A duração da infração 801
IV.2.2.2.4 O grau de participação das visadas na infração 803
IV.2.2.2.5 As vantagens de que as visadas hajam beneficiado em consequência da infração 808
IV.2.2.2.6 O comportamento das visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência 810
IV.2.2.2.7 A situação económica das visadas 811
IV.2.2.2.8 Os antecedentes contraordenacionais das visadas 813
IV.2.2.2.9 A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo 814
IV.2.2.3 Efeitos da responsabilidade solidária 814
IV.2.3 Concurso de infrações 817
IV.2.4 Pronúncias das visadas 819
IV.2.5 Apreciação da Autoridade 821
IV.2.6 Conclusão relativa à determinação das coimas aplicáveis 829
IV.2.7 Sanções acessórias aplicáveis 830
IV.2.7.1 Pronúncia das visadas 831
IV.2.7.1.1 Apreciação da Autoridade 831
V CONCLUSÃO 838
VI DECISÃO 840

SUMÁRIO EXECUTIVO

A. O processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na Autoridade da Concorrência («Autoridade» ou «AdC») 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 de março de 2017, de inquérito no âmbito do presente processo contra as empresas Active Brands – Distribuição e Comercialização de Marcas, S.A., Modelo Continente Hipermercados, S.A., Sonae MC, SGPS, S.A., Modelo Continente, SGPS, S.A., Auchan Retail Portugal, S.A., Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. e Jerónimo Martins – SGPS, S.A.

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. No decurso do inquérito surgiram indícios relativos ao envolvimento da Gestvinus – Investimentos e Serviços Vitivinícolas e Comerciais, S.A., enquanto sociedade-mãe da Active Brands, bem como da pessoa singular [Diretor Off-Trade - Active Brands], enquanto Diretor *Off-Trade* da Active Brands, tendo a AdC alargado o âmbito subjetivo do processo.

E. Na presente Decisão conclui-se que, de forma permanente e ininterrupta, durante, pelo menos, aproximadamente, oito anos (2009-2017), os comportamentos adotados pelas visadas Active Brands, MCH, Pingo Doce e Auchan consubstanciaram uma fixação de preços de venda ao público («*PVP*») quanto aos produtos da Active Brands 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*»).

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

G. A prova evidencia também que as insígnias têm conhecimento, através do fornecedor, do comportamento perspetivado pelas suas concorrentes em matéria de determinação de preços e contribuem, através do seu próprio comportamento, com essa mesma intenção, para a realização do objetivo comum, em benefício de todas.

H. Em síntese, as empresas de distribuição visadas – os «*spokes*» – não comunicavam diretamente entre si, mas recorriam à visada Active Brands – 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.

I. 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.

J. 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 a prática que é retratada na 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*».

K. Para além das empresas visadas, é também responsabilizado [Diretor Off-Trade - Active Brands], Diretor *Off-Trade* da Active Brands.

L. 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/2017/6

DECISÃO

A Autoridade da Concorrência,

Considerando que tem por missão 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, de acordo com o n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;

Considerando que prossegue a sua missão em Portugal, sem prejuízo das competências que lhe são cometidas em virtude da aplicação do direito da União Europeia, nos termos que resultam do n.º 4 do artigo 1.º dos Estatutos da 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 AdC;

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação atual («Lei n.º 19/2012» ou «LdC»)[1] e as regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»)[2],

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/2017/6** («processo»), em que são visadas:

A. **ACTIVE BRANDS – DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MARCAS, S.A.,** com o número de pessoa coletiva 507592549, com sede em Vila Santa, 7100-149 Estremoz («Active Brands»);

B. **GESTVINUS – INVESTIMENTOS E SERVIÇOS VITIVINÍCOLAS E COMERCIAIS, S.A**., com o número de identificação fiscal 504582100 e sede em Vila Santa, 7100-149 Estremoz («Gestvinus»);

C. **AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A**., com o número de pessoa coletiva 502607920 e sede na Estrada Paço de Arcos, n.º 48-A, 2770-129 Paço de Arcos («Auchan»)[3];

---

[1] Na redação que lhe é dada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7 de dezembro.

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

[3] Na data de abertura de inquérito no presente processo, a denominação 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.

D. **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»);

E. **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»);

F. [Diretor Off-Trade - Active Brands], com o número de identificação fiscal 215770382 e domicílio profissional na Rua Alexandre Herculano, n.º 39 – 3.º Esq., 2835-058 Moita («[Diretor Off-Trade - Active Brands]»);

Considerando a Nota de Ilicitude («NI») deduzida no processo, por decisão do conselho de administração da AdC de 24 de novembro de 2020, bem como as pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude submetidas à AdC pelas visadas, complementadas por audição oral 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, aprouve comunicar à AdC;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito[4]:

[4] Doravante, as visadas MCH, Pingo Doce e Auchan serão designadas por «empresas de distribuição visadas» quando mencionadas conjuntamente entre si e por «empresas visadas» quando mencionadas em conjunto com a Active Brands e a Gestvinus, e por «visadas» quando mencionadas em conjunto com a Active Brands, a Gestvinus e com a pessoa singular [Diretor Off-Trade - Active Brands].

I DO PROCESSO

I.1 Notícia da infração

1. O presente processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na Autoridade sob a referência interna PRC/2016/4 («*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. («Super Bock»)[5].

2. Nas diligências de busca 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 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, extração de certidão do PRC/2016/4 e alargamento do âmbito subjetivo

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

[5] 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.

contraordenacionais[6], não existindo nenhuma relação de causa-efeito entre as práticas investigadas em cada um deles[7].

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. 60 a 69, 78, 79 e 378 a 391 do processo)[8].

8. O ilícito demonstrado 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 Active Brands 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 nacionais.

9. Para além da Active Brands (referida no parágrafo anterior), a abertura de inquérito no presente processo foi realizada relativamente às empresas Auchan, Jerónimo Martins – SGPS, S.A. («Jerónimo Martins»), Pingo Doce, MCH, Sonae MC, SGPS, S.A. e Modelo Continente, SGPS, S.A. – todas as empresas visadas identificadas nessa decisão do conselho de administração da AdC.

10. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento nas condutas em causa de:

    i) [Diretor Off-Trade - Active Brands] (Diretor *Off-Trade* da Active Brands entre, pelo menos, 2008 e 2017), passando este a assumir a qualidade de pessoa singular visada (cf. Decisão do conselho de administração da AdC de 7 de julho de 2020, fl. 1533 do processo)[9]; e

    ii) Gestvinus (sociedade que detém a totalidade do capital social da Active Brands), passando esta a assumir a qualidade de visada, enquanto sociedade-mãe da Active

[6] Concretamente, no PRC/2016/4 está em causa a prática, pela empresa Super Bock, de fixação, por meios diretos e indiretos, de preços e outras condições aplicáveis à revenda por uma rede distribuidores independentes no canal HORECA (restrição vertical).

[7] Cf. artigo 36.º do RGCO 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 RGCO.

[8] Algumas fls. extraídas do PRC/2016/4 foram subsequentemente eliminadas por se ter concluído que não eram relevantes para o presente processo (cf. fls. 1385 do processo).

[9] Analisada a prova carreada para os autos na sequência das diligências probatórias realizadas, concluiu-se pela existência de indícios suficientemente sérios, precisos e concordantes do envolvimento da pessoa singular identificada nos comportamentos objeto de investigação, tendo-se procedido, em consequência, ao alargamento do âmbito subjetivo do processo.

Brands (cf. Decisão do conselho de administração da AdC de 29 de setembro de 2020, fl. 1953 do processo)[10].

I.3 Segredo de justiça

11. 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 19/2012[11].

12. Esta decisão baseou-se, fundamentalmente, na necessidade de proteção dos interesses da investigação, que podiam ser prejudicados pela publicidade do inquérito, atendendo, em particular, à obtenção dos elementos probatórios necessários ao preenchimento do tipo contraordenacional imputado às empresas visadas.

13. Em 13 de agosto de 2018, veio a MCH requerer a manutenção do segredo de justiça no presente processo «*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. 1162 a 1170 do processo).

14. Cabe à Autoridade, nos termos do n.º 4 do artigo 32.º da LdC, o poder de, oficiosamente, e considerando os fundamentos que determinaram a sujeição do processo a segredo de justiça e os interesses das visadas, determinar ou não o levantamento do segredo de justiça, em qualquer momento do processo.

15. Assim, na Nota de Ilicitude adotada em 24 de novembro 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 Ilicitude não constituía qualquer juízo prévio e definitivo de condenação das visadas, não se vislumbrando interesses excecionais para o desvio à regra da publicidade[12].

[10] Na sequência da investigação desenvolvida e das diligências probatórias realizadas no âmbito do inquérito, concluiu-se pelo envolvimento da empresa na infração objeto de investigação praticada pela Active Brands, procedendo-se, em consequência, ao alargamento do âmbito subjetivo do processo.

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

[12] Cf. comunicado n.º 18/2020 da AdC, publicado em 27 de novembro de 2020, disponível em www.concorrencia.pt, consultado em 30 de novembro de 2021, e cópia de Nota de Ilicitude junta a fls. 2532 do processo.

I.4 Registo do processo na rede europeia da concorrência

16. 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)[13], 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.

I.5 Diligências probatórias

17. No âmbito do inquérito e instrução conduzidos 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 e dos n.os 1 e 4 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012, as seguintes diligências de investigação:

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

18. Conforme anteriormente referido, numa primeira fase, ainda no decurso da investigação realizada no âmbito do PRC/2016/4, foram encontrados indícios do envolvimento de diversas empresas, que não a empresa visada naquele processo, em eventuais práticas restritivas da concorrência.

19. Nessa medida, ainda no âmbito do PRC/2016/4, a Autoridade procedeu à realização de diligências de busca adicionais num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar.

20. A Autoridade realizou diligências de busca:

i) Em instalações da MCH, entre os dias 7 de fevereiro e 3 de março de 2017 (cf. fls. 94 a 331 e 394 a 463 do processo);

ii) Em instalações da Pingo Doce e da Jerónimo Martins, entre os dias 7 e 27 de fevereiro de 2017 (cf. fls. 60 a 69 do processo); e

iii) Em instalações da Auchan, entre os dias 16 de fevereiro e 3 de março de 2017 (cf. fls. 60 a 69 do processo).

21. A AdC procedeu à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 e relativo às diligências de busca realizadas nas instalações da MCH para o presente processo, em suporte de papel e digital (cf. termos de extração fls. 60 a 69, 78, 79, 378 a 391 e 1385 do processo)[14].

---

[13] Publicado no JO de 4 de janeiro de 2003, L 1/1.

[14] Não foi extraída para o presente processo certidão de elementos probatórios recolhidos no PRC/2016/4 em quaisquer outras localizações.

22. Já no âmbito do presente processo, a AdC instruiu e fundamentou um requerimento dirigido à autoridade judiciária competente, solicitando autorização para realizar diligências de busca e apreensão nas instalações da Active Brands nos termos e para os efeitos dos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Lei 19/2012 (cf. fls. 7 a 12-E do processo), tendo o respetivo mandado e despacho de fundamentação sido emitidos 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 (cf. fls. 12-F a 12-L do processo).

23. A Autoridade realizou as referidas diligências de busca nas instalações da Active Brands entre os dias 30 de maio e 6 de junho de 2017 (cf. fls. 13 a 37 do processo).

24. Em 2 de outubro de 2018, vieram a Jerónimo Martins e Pingo Doce reiterar os requerimentos apresentados no âmbito do PRC/2016/4, nos quais invocaram um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes às diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade[15].

25. Ora, conforme resulta do *supra* exposto, no âmbito do presente processo não foram extraídos elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 e relativos às diligências de busca realizadas nas instalações da Jerónimo Martins e Pingo Doce, pelo que a questão suscitada por estas não tem aplicação neste caso. Ainda assim, a AdC, no âmbito do PRC/2016/4, respondeu oportunamente a tais requerimentos, pelo que se remete para a resposta que indeferiu tal arguição, constante dos autos do processo em causa[16].

I.5.2 Pedidos de elementos de informação e de documentação

26. Durante a fase de inquérito, foram efetuados os seguintes pedidos de elementos de informação e de documentação:

i) À Active Brands:

- Em 29 de maio de 2020[17], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 5 de junho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1448 a 1453, 1454 a 1478 do processo);
- Em 8 de junho de 2020[18], a Autoridade notificou a visada para prestar esclarecimentos relativamente à informação fornecida em 5 de junho de 2020, tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 19 de junho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1479 a 1481 e 1489 a 1509 do processo);

[15] Cf. requerimento de 2 de outubro de 2018 registado sob o n.º E-AdC/2018/5147, fls. 335 a 377 do processo.

[16] Cf. resposta de 16 de maio de 2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1055 e resposta de 17 de maio de 2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1079.

[17] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1745.

[18] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1989.

- Em 7 de julho de 2020[19], a Autoridade notificou a visada para prestar esclarecimentos relativamente à informação fornecida pela visada em 5 e 19 de junho de 2020, bem como para prestar informação adicional, tendo parte da respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 15 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1521 a 1527 e 1551-A a 1551-R do processo);

- Em 10 de agosto de 2020[20], a Autoridade reiterou parte do seu pedido de 7 de julho de 2020 que não havia, até à data, sido respondido pela visada, tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 11 de agosto de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1625 a 1627 e 1631 a 1634 do processo);

ii) À Auchan:

- Em 9 de julho de 2020[21], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 23 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1542 a 1546 e 1565 a 1566 do processo);

iii) À Empor Spirits, S.A. («*Empor*»)[22]:

- Em 4 de agosto de 2020[23], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 19 de agosto de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1607 a 1611 e 1778 a 1843 do processo);

iv) À Gestvinus[24]:

- Em 7 de julho de 2020[25], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 24 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1528 a 1532 e 1567 a 1571 do processo);

- Em 4 de agosto de 2020[26], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 19 de agosto de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1601 a 1606 e 1650 a 1777 do processo);

- Em 29 de setembro de 2020[27], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 15 de outubro de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1954 a 1958 e 1973 a 2133 do processo);

[19] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/2239.

[20] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3899.

[21] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3010.

[22] Empresa que passou a distribuir, em Portugal, os produtos sob marcas detidas pelo Grupo Gestvinus anteriormente distribuídos pela Active Brands, conforme melhor explicitado em. III.1.1 da presente Decisão.

[23] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3726.

[24] Empresa que detém a totalidade do capital da Active Brands, conforme melhor explicitado em III.1 da presente Decisão.

[25] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/2240.

[26] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3725.

[27] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4595.

v) À MCH:

- Em 9 de julho de 2020[28], tendo a visada solicitado esclarecimentos com vista à preparação da sua resposta em 17 de julho de 2020, os quais foram prestados pela Autoridade em 21 de julho de 2020[29] (cf., respetivamente, fls. 1537 a 1541, 1552 a 1553 e 1557 a 1559 do processo);

- Em 23 de julho de 2020, a visada informou que necessitava de proceder a diligências adicionais para responder ao solicitado e em 30 de julho de 2020 requereu esclarecimentos adicionais, os quais foram prestados pela Autoridade em 31 de julho de 2020[30] (cf., respetivamente, fls. 1563 a 1564, 1575 a 1589 e 1590 a 1592 do processo);

- Em 7 de agosto de 2020, a visada solicitou novos esclarecimentos, tendo a Autoridade respondido em 10 de agosto de 2020[31], reiterando ainda o pedido de elementos que ainda não havia sido respondido pela visada (cf., respetivamente, fls. 1623 a 1624 e 1628 a 1630 do processo).

- A resposta da visada deu entrada na Autoridade em 14 de agosto de 2020 (cf. fls. 1635 a 1638 do processo);

vi) À Pingo Doce:

- Em 9 de julho de 2020[32], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 30 de julho de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1547 a 1551 e 1572 a 1574 do processo).

27. Já durante a fase de instrução, foram efetuados os seguintes pedidos de elementos de informação e de documentação:

i) À Active Brands:

- Em 25 de março de 2022[33], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 8 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4468 a 4476e 4491 a 4493 do processo).

ii) À Gestvinus:

- Em 25 de março de 2022[34], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 8 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4468 a 4476 e 4491 a 4493 do processo).

[28] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3009.

[29] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3365.

[30] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3652.

[31] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3911.

[32] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3011.

[33] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1702.

[34] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1702.

iii) À MCH:

- Em 18 de março de 2022[35], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 13 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4434 a 4445 e 4494 a 4500 do processo).

iv) À Auchan:

- Em 18 de março de 2022[36], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 1 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4422 a 4427 e 4479 a 4481 do processo).

v) À Pingo Doce:

- Em 18 de março de 2022[37], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 1 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4428 a 4433 e 4487 a 4490 do processo).

28. Bem assim, no uso das prerrogativas concedidas pelo n.º 5 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 e de modo a não onerar os destinatários com múltiplos pedidos de informação do mesmo teor (quando os elementos já estão disponíveis na Autoridade), a AdC decidiu carrear para o presente processo informações e documentação fornecida pelas empresas de distribuição visadas noutros processos contraordenacionais, a saber:

i) No processo contraordenacional n.º PRC/2017/7, emitindo para o efeito certidão[38] de teor de fls. 1360, 1362 a 1367, 1373(v), 1374(v) a 1377, 2133, 2500, 7470, 7431(v), 7825(v), juntas ao presente processo a fls. 2276 a 2294; e

ii) No processo contraordenacional n.º PRC/2017/13, emitindo para o efeito certidão[39] de teor de fls. 1712, 3397, 3401(v), 3479, 4048, 4404 a 4407, 4910 a 4911 e 5049, juntas ao presente processo a fls. 2184 a 2275.

I.5.3 Desentranhamento e restituição de documentos à Active Brands

29. No dia 27 de março de 2020, na sequência de procedimento interno de triagem e análise de prova, a Autoridade considerou que 273 (duzentos e setenta e três) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Active Brands 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. Certificado Digital e Auto de Desentranhamento, fls. 1372 a 1376 do processo).

[35] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1601.

[36] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1599.

[37] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1600.

[38] Cf. Termo de Extração de Certidão constante de fls. 2276 a 2278 do processo.

[39] Cf. Termo de Extração de Certidão constante de fls. 2184 a 2186 do processo.

30. Nessa medida, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à Active Brands, através da disponibilização para descarga em endereço eletrónico fornecido pela Autoridade ao mandatário da referida empresa no dia 31 de março de 2020. Findo o prazo para descarga (7 de abril de 2020), deixou de ser possível o acesso aos referidos ficheiros, sendo estes, assim, eliminados definitivamente (cf. fls. 1377 a 1384 do processo).

31. Na sequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram a constar do processo 1350 (mil trezentos e cinquenta) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Active Brands durante as diligências de busca e apreensão.

I.6 Pedidos de identificação de informação confidencial

32. 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.

33. 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.

34. Durante a fase de inquérito, foram efetuados os seguintes pedidos de identificação de informação confidencial relativos aos documentos apreendidos no âmbito das diligências de busca e apreensão:

i) À Active Brands:

- Em 21 de abril de 2020[40], conforme resulta do teor de fls. 1391 a 1395 do processo, não tendo a referida visada submetido resposta à Autoridade;

ii) À MCH:

- Em 21 de abril de 2020[41], conforme resulta do teor de fls. 1396 a 1402 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 1510 a 1512 e 1515 a 1517 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 22 de junho de 2020;

- Em 6 de agosto de 2020[42], a Autoridade notificou a MCH do sentido provável de decisão relativo ao pedido de proteção de informação confidencial e às versões não confidenciais submetidas, conforme resulta do teor de fls. 1612 a 1622, sobre o qual a visada se pronunciou em 20 e 21 de agosto de 2020 nos termos que constam de fls. 1905 a 1923 do processo; e

[40] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1360.

[41] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1359 e S-AdC/2020/1407.

[42] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/3879.

- Em 22 de setembro de 2020[43], a Autoridade notificou a MCH da sua decisão final relativa ao tratamento da informação classificada como confidencial, conforme resulta do teor de fls. 1932 a 1935, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 1959 a 1962 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 7 de outubro de 2020.

35. No âmbito dos pedidos de elementos realizados pela Autoridade nos termos suprarreferidos em I.5.2, e conforme resulta do teor dos mesmos, a Autoridade solicitou a identificação, de forma fundamentada, das informações consideradas confidenciais por motivo de segredo de negócio, bem como a junção das respetivas versões não confidenciais ao processo.

36. Nestes termos, as visadas MCH e Pingo Doce submeteram pedidos de identificação de informação confidencial constante das suas respostas aos pedidos de elementos, em 14 de agosto de 2020 e 3 de agosto de 2020, respetivamente (cf., respetivamente, fls. 1639 a 1649 e 1593 a 1600).

37. Tais pedidos foram apreciados pela Autoridade mediante sentido provável de decisão enviado em 15 de setembro de 2020 a cada uma das referidas visadas[44], ao qual estas responderam em 22 de setembro de 2020 (cf., respetivamente, fls. 1925 a 1931, 1942 a 1952 e 1936 a 1941).

38. A Autoridade adotou decisão final quanto aos pedidos suprarreferidos, a qual foi enviada em 13 de outubro de 2020 a cada uma das referidas visadas[45], tendo o pedido da Pingo Doce sido deferido e a MCH submetido, em 16 de outubro de 2020, nova versão não confidencial das suas respostas ao pedido de elementos (conforme resulta do teor de fls. 1966 a 1970-A e 2134 a 2144).

39. Durante a fase de instrução foram efetuados pedidos de identificação de informação confidencial respeitantes aos seguintes pedidos de elementos:

- Pedido de identificação de informação confidencial sobre pedido de elementos à Active Brands de 25 de março de 2022[46], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 8 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4468 a 4476 e 4491 a 4493 do processo);

- Pedido de identificação de informação confidencial sobre pedido de elementos à Gestvinus de 25 de março de 2022[47], tendo a respetiva resposta dado entrada na

[43] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4507.

[44] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4245 (Pingo Doce) e S-AdC/2020/4246 (MCH).

[45] Cf. ofícios registados sob os n.ºs S-AdC/2020/4734 (MCH) e S-AdC/2020/4735 (Pingo Doce).

[46] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1702.

[47] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1702.

Autoridade em 8 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4468 a 4476e 4491 a 4493 do processo);

- Pedido de identificação de informação confidencial sobre pedido de elementos à MCH de 18 de março de 2022[48], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 13 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4434 a 4445 e 4494 a 4500 do processo);
- Pedido de identificação de informação confidencial sobre pedido de elementos à Auchan de 18 de março de 2022[49], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 1 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4422 a 4427e 4479 a 4481 do processo); e
- Pedido de identificação de informação confidencial sobre pedido de elementos à Pingo Doce de 18 de março de 2022[50], tendo a respetiva resposta dado entrada na Autoridade em 1 de abril de 2022 (cf., respetivamente, fls. 4428 a 4433 e 4487 a 4490 do processo).

40. Nestes termos, as visadas Active Brands[51], Gestvinus[52], Auchan[53], MCH[54] e Pingo Doce[55] submeteram pedidos de identificação de informação confidencial constante das suas respostas aos pedidos de elementos.

41. A Autoridade adotou decisão final quanto aos pedidos suprarreferidos, a qual foi enviada em 29 de abril de 2022 à Pingo Doce[56] e à MCH[57], deferindo os pedidos, em 2 de maio de 2022 à Gestvinus e à Active Brands[58], deferindo temporariamente o pedido[59], tendo a

[48] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1601.

[49] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1599.

[50] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1600.

[51] Cf. fl. 4493(v) do processo.

[52] Cf. fl. 4493(v) do processo.

[53] Cf. fl. 4480 do processo.

[54] Cf. fl. 4498 a 4500 do processo.

[55] Cf. fl. 4489 do processo.

[56] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1987, fls. 4501 a 4503 do processo.

[57] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/1986, fls. 4504 a 4508 do processo.

[58] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/2020, fls. 4509 a 4514 do processo.

[59] No ofício S-AdC72022/2020, a AdC refere que defere «*temporária e condicionalmente as referidas confidencialidades s referidas confidencialidades, até à verificação de uma de duas circunstâncias, a saber: (i) a prestação e aprovação das contas, nos termos dos artigos 65.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais [N.R. A qual deverá ser atempada e prontamente comunicada pela Visada à AdC.]; ou (ii) a necessidade de utilização pela*

Auchan submetido, em 9 de maio de 2022, nova versão não confidencial da sua resposta ao pedido de elementos[60], deferida no mesmo dia[61].

42. No que concerne às confidencialidades respeitantes às pronúncias sobre a Nota de Ilicitude, a Autoridade, mediante decisão final, confirmou as classificações de conteúdo confidencial constante daquelas e dos documentos a elas anexos que foram propostas pelas visadas que apresentaram Versões Não Confidenciais (VNCs) – Auchan[62], MCH[63] e Pingo Doce[64].

I.6.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova

43. O acesso aos documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é salvaguardado no estrito cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012, na redação decorrente da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, sendo permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo das visadas 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, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

44. 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, através de sentido provável de decisão, a necessidade de utilizar informação contida em documentos integral ou parcialmente classificados como confidenciais pela Auchan, MCH e Pingo Doce, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.

AdC dos valores em causa para efeitos de determinação do montante concreto das eventuais coimas, nos termos do artigo 69.º da Lei da Concorrência». Posteriormente, em 3 de junho de 2022, vieram a Active Brands e a Gestvinus remeter a documentação relativa aos relatórios de prestação e aprovação de contas, cf. fls. 4532 a 4545 do processo e, em 7 de julho, vieram as mesmas visadas remeter a documentação relativa ao relatório de prestação e aprovação de contas do Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos, cf. fls. 4580 a 4620 do processo.

[60] Cf. fls. 4515 a 4517 do processo.

[61] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/2081, fls 4518 a 4520 do processo.

[62] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/2867, fls 4353 a 4355 do processo.

[63] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/2868, fls 4359 a 4361 do processo.

[64] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2021/2849, fls 4356 a 4358 do processo.

45. Em fase de inquérito, em 27 de outubro de 2020, a Auchan, a MCH e a Pingo Doce[65] foram notificadas, mediante ofícios[66], para se pronunciarem, sobre a utilização pela Autoridade, nos termos e para os efeitos acabados de referir, dos documentos que cada uma classificou como confidenciais, possibilitando-se que cada uma, no prazo de 10 (dez) dias úteis, apresentasse esclarecimentos adicionais quanto à natureza sigilosa da informação, bem como revisse a classificação inicialmente efetuada (cf. fls. 2295 a 2306 do processo).

46. A Auchan pronunciou-se em 30 de outubro de 2020, e a MCH e a Pingo Doce em 10 de novembro de 2020 (cf. fls. 2307, 2308 a 2314 e 2316 a 2321 do processo).

47. Recebidas e analisadas as pronúncias, a Autoridade, mediante decisão final, confirmou a utilização, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração e como prova da mesma, dos referidos documentos classificados como confidenciais, tendo esta decisão final sido notificada à Auchan, à MCH e à Pingo Doce em 17 de novembro de 2020[67] (cf. fls. 2329 a 2333, 2334 a 2339 e 2322 a 2328 do processo).

48. Já em fase de instrução, a AdC adotou, em 17 de junho de 2022, novo sentido provável de decisão de levantamento de confidencialidades, através do qual foi determinada a notificação às visadas a Auchan[68], MCH[69] e Pingo Doce[70] 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.

49. A visadas Pingo Doce[71] e MCH[72] pronunciaram-se em 1 de julho de 2022 e 6 de julho de 2022, respetivamente.

50. Recebidas e analisadas as pronúncias, a Autoridade, mediante a adoção e notificação às visadas de decisão final em 29 de agosto de 2022, confirmou a utilização dos documentos classificados como confidenciais para efeitos de imputação dos factos que constituem infração às visadas e como prova da mesma.

---

[65] As visadas Active Brands e Gestvinus não identificaram qualquer informação como confidencial.

[66] Cf. ofícios registados sob os n.os S-AdC/2020/4915, S-AdC/2020/4917 e S-AdC/2020/4916, respetivamente.

[67] Cf. ofícios registados sob os n.os S-AdC/2020/1283, S-AdC/2020/1284 e S-AdC/2020/1285, respetivamente.

[68] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/2482, fls. 4546 a 4549 do processo.

[69] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/2483, fls. 4550 a 4556 do processo.

[70] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2022/2483, fls. 4557 a 4560 do processo.

[71] Cf. documento registado sob o n.º E-AdC/2022/3379, fls. 4561 a 4564 do processo.

[72] Cf. documento registado sob. n.º E-AdC/2022/3379, fls. 4565 a 4578 do processo.

I.7 Prorrogação do prazo de inquérito

51. Por deliberações de 20 de setembro de 2018, de 21 de março de 2019 e, finalmente, de 4 de fevereiro de 2020, o conselho de administração da AdC decidiu prorrogar o prazo da fase de inquérito, nos termos e para os efeitos dos n.os 1 e 2 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, em virtude da necessidade de proceder à apreciação da globalidade da prova, de tratar as confidencialidades identificadas e de responder a vários requerimentos apresentados e às alegadas invalidades arguidas pelas empresas visadas (cf. fls. 1197-A, 1270-A e 1315 a 1317 do processo).

52. Em 2 de outubro de 2018, vieram as visadas Jerónimo Martins e Pingo Doce arguir a alegada ilegalidade da notificação da primeira prorrogação do prazo de inquérito[73], realizada pela AdC a 24 de setembro de 2018[74].

53. Alegaram as referidas visadas que, uma vez que a decisão de abertura de inquérito do PRC/2017/06 data de 21 de março de 2017, a referida decisão de prorrogação não lhes foi comunicada com a antecedência devida.

54. Ora, o n.º 1 do artigo 24.º da LdC prevê que «*o inquérito deve ser encerrado, sempre que possível, no prazo máximo de 18 meses a contar do despacho de abertura do processo*», referindo o n.º 2 da mesma disposição legal que «*sempre que se verificar não ser possível o cumprimento do prazo referido no número anterior, o conselho da Autoridade da Concorrência dá conhecimento ao visado pelo processo dessa circunstância e do período necessário para a conclusão do inquérito*».

55. Assim, entende-se que o prazo em causa é meramente indicativo e que se encontra na disponibilidade da Autoridade, sempre que razões ponderosas o justifiquem, prorrogá-lo fundadamente pelo período que entenda justificado, o que sucedeu neste processo e do que se deu devido e atempado conhecimento às visadas, pelo que não colhem os argumentos apresentados.

I.8 Decisão de Inquérito – Nota de Ilicitude

56. Por decisão adotada em 24 de novembro de 2020[75], 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

[73] Cf. requerimento de 2 de outubro de 2018, registado sob o n.º E-AdC/2018/5147, fls. 335 a 377 do processo.

[74] Cf. fls. 1225, 1232, 1235 e 1241 do processo.

[75] 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 arguidas pelas empresas visadas (cf. fls. 1197- A, 1270-A e 1315 a 1317 do processo).

em comportamentos que consubstanciam uma fixação de preços por via de uma prática concertada (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, tendentes a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar e que constitui uma infração 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.

57. 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 Lei n.º 19/2012, através da adoção e notificação de uma Nota de Ilicitude, que aqui se dá por integralmente reproduzida (cf. fls. 2348 a 2553 do processo).

58. O conselho de administração da AdC procedeu, assim, à imputação de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE a cada uma das visadas, em regime de comparticipação (sob a forma de coautoria).

59. 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.

60. O encerramento do inquérito e o início da instrução, mediante a adoção de Nota de Ilicitude, foi regularmente notificado a todas as visadas, por ofícios expedidos pela AdC em 25 de novembro de 2020 (cf. fls. 2554 a 2579 do processo)[76].

61. 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 Ilicitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações («*RGCO*»), aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.

I.9 Prorrogação do prazo de pronúncia à Nota de Ilicitude

62. Em requerimentos apresentados em 4 de dezembro de 2020, pela visada Auchan[77] e em 18 de dezembro de 2020, pela visada MCH[78], foi solicitada a prorrogação do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilicitude por um período de 30 dias úteis adicionais, a acrescer ao inicialmente previsto para pronúncia.

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

[77] Cf. documento com a referência E-AdC/2020/7288, fls. 2598 a 2602 do processo.

[78] Cf. documento com a referência E-AdC/2020/7587, fls. 2635 a 2637 do processo.

63. Em 5 de janeiro de 2021, em resposta a requerimentos apresentados pelas visadas, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilicitude foi prorrogado pela AdC por um período adicional de 20 (vinte) dias úteis, aproveitando a todas as visadas, com o intuito de disponibilizar o tempo e os recursos necessários ao exercício pleno dos direitos de defesa (cf. fls. 2676 a 2697 do processo).

64. Contudo, em virtude da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2, o Governo português decretou a suspensão dos prazos processuais, tendo a mesma produzido efeitos entre 22 de janeiro e 6 de abril de 2021.

65. Ao que acresceu a necessidade de repetição da notificação feita à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], que determinou o reinício da contagem do prazo para pronúncia, aproveitando a todas as visadas, notificação que se considerou efetuada no dia 28 de janeiro de 2021[79].

66. Assim, atenta a interrupção da contagem do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilicitude durante o período de suspensão, o respetivo término passou a ser o dia 16 de junho de 2021.

I.10 Acesso das visadas ao processo

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

68. Desde a adoção da Nota de Ilicitude foram efetuados e deferidos os seguintes pedidos de acesso ao processo:

i) Pela Active Brands e Gestvinus:

- Em 21 de dezembro de 2020 requereram, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 22 de dezembro de 2020 (cf. respetivamente, fls. 2638 a 2639 e 2641 a 2643 do processo);
- Em 22 de dezembro de 2020, a AdC enviou às visadas a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 2617 a 2620 do processo);
- A consulta do processo ocorreu em 28 de dezembro de 2020 (cf. fls. 2650 a 2652 do processo);
- A Active Brands requereu nova consulta da versão confidencial do processo em 28 de setembro de 2021, pedido deferido pela AdC em 29 de setembro de 2021 (cf. fls. 4202 a 4027 do processo);

[79] Cf. ofícios com as referências n.os S-AdC/2021/249, S-AdC/2021/250, S-AdC/2021/252, S-AdC/2021/253, fls. 2721 a 2733 do processo.

- A consulta do processo ocorreu em 29 de setembro de 2021 (cf. fls. 4209 a 4210 do processo);

ii) Pela MCH:

- Em 7 de dezembro de 2020 requereu cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela AdC em 9 de dezembro de 2020 (cf. respetivamente, fls. 2638 a 2639 e 2621 a 2623 do processo);
- Em 10 de dezembro de 2020, a AdC enviou à visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 2632 a 2634 do processo);

iii) Pela Auchan:

- Em 30 de novembro de 2020 requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 2 de dezembro de 2020 (cf. respetivamente, fls. 2590 a 2591 e 2592 a 2594 do processo);
- Em 9 de dezembro de 2020, a AdC enviou à visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 2607 a 2608 do processo);

iv) Pela Pingo Doce:

- Em 30 de novembro de 2020 requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 2 de dezembro de 2020 (cf. respetivamente, fls. 2588 a 2589 e 2595 a 2597 do processo);
- Em 9 de dezembro de 2020, a AdC enviou à visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 2626 a 2628 do processo);
- A consulta presencial ocorreu a 30 de dezembro de 2020 (cf. fls. 2673 a 2675 do processo);
- Em 24 de março de 2021 veio requerer, com caráter de urgência, cópia da versão não confidencial do processo desde a folha 2347 em diante, pedido que foi deferido pela AdC em 29 de março de 2021 (cf. fls. 2734 a 2740 do processo); e
- Em 30 de março de 2021 a AdC enviou à visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 2741 a 2742 do processo).

I.11 Pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude

69. Em 21 de maio de 2021, a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] [80] e, em 16 de junho de 2021, as visadas Active Brands e Gestvinus[81][82], Auchan[83], MCH[84] e Pingo Doce[85], apresentaram as suas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude («*PNI*»), que aqui se dão por integralmente reproduzidas e às quais a AdC se referirá doravante na presente Decisão, conjuntamente, por «Pronúncias das visadas».

70. Para além de contestarem, em geral e/ou, nalguns casos, em concreto, a matéria de facto que lhes é imputada na Nota de Ilicitude 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 2008 e 2012 (matérias sobre as quais a AdC se pronunciará no capítulo II da presente Decisão).

71. Em 28 de fevereiro de 2022[86], veio a Auchan juntar, de forma manifestamente extemporânea, certidão correspondente a dois parágrafos da Nota de Ilicitude do processo contraordenacional n.º PRC/2017/7, bem como a doze elementos de prova que integram o referido processo contraordenacional, defendendo que os mesmos refletem a sua política de posicionamento de preço diferenciada[87].

---

[80] Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/2717, fls. 2749 a 2794 do processo (doravante individualmente designada «*PNI* [Diretor Off-Trade - Active Brands] »).

[81] Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3127, fls. 3158 a 3230 do processo (doravante individualmente designada «*PNI Active Brands*»).

[82] Tendo em conta a apresentação de defesa conjunta por parte destas duas visadas, com indicação das matérias sobre as quais a Gestvinus refere defesa específica, optar-se-á por designar genericamente a defesa como «*PNI Active Brands*», mencionando a Gestvinus sempre que se justifique.

[83] Cf. referências internas n.ºs E-AdC/2021/3533, E-AdC/2021/3534 e E-AdC/2021/3535, fls. 3231 a 3369 do processo (doravante individualmente designada «*PNI Auchan*»).

[84] Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3125, fls. 3025 a 3157 do processo (doravante individualmente designada «*PNI MCH*»).

[85] Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/3122, fls. 2873 a 3024 do processo (doravante individualmente designada «*PNI Pingo Doce*»).

[86] Cf. Comunicação com a referência interna n.º E-AdC/2022/1100, fls. 4421 do processo.

[87] Esta informação foi remetida pela AdC às demais visadas em 22 de março de 2022, cf. ofícios registados sob os n.ºs S-AdC/2022/1654, S-AdC/2022/1655, S-AdC/2022/1662, S-AdC/2022/1664, S-AdC/2022/1665, fls. 4449 a 4467 do processo.

I.12 Audição Oral

72. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude, a visada Pingo Doce requereu a realização de audição oral, indicando, para o efeito, a prestação de declarações por parte de um dos seus colaboradores, tendo, posteriormente, prescindido da mesma, requerendo em sua substituição a extração de certidão da audição oral realizada noutro processo contraordenacional (o PRC/2017/8[88]), no âmbito da qual prestou declarações o mesmo colaborador[89].

73. Em 17 de setembro 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 (cf. fls. 4166 a 4194 do processo).

74. A pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] pronunciou-se sobre o teor da audição oral da Pingo Doce cuja certidão foi extraída para o presente processo, referindo que a «*prova produzida em resultado destas inquirições confirma plenamente a defesa por si apresentada quanto à ausência de prática tendente ao "alinhamento dos PVP"*», e que «*confirma também que a atividade comercial sob averiguação se desenvolvia sem qualquer pressão, coação ou retaliação*», concluindo ainda que da referida audição fica demonstrada a impossibilidade de comparar preços face à complexidade das políticas comerciais das cadeias de hipermercados e supermercados, e que esta impossibilidade é sentida por qualquer agente exterior, designadamente um fornecedor, não permitindo que este consiga homogeneizar e concertar preços, mesmo que o pretenda, encontrando-se todo o poder e valor negocial do lado das cadeias de distribuição.

75. Relativamente às declarações prestadas no âmbito da audição oral realizada, será feita referência à mesma ao longo da presente Decisão, na medida em que esta se releve necessária para as temáticas em análise.

I.13 Diligências Complementares de Prova

I.13.1 Diligências complementares de prova requeridas

76. A visada Auchan requereu, a título de diligências complementares de prova, a realização de um estudo e análise aprofundada sobre o funcionamento e estrutura do mercado de retalho alimentar em Portugal, incluindo sobre os respetivos preços («Estudo»)[90].

---

[88] Trata-se de outro processo do grupo de processos da Grande Distribuição.

[89] Cf. referência interna n.º E-AdC/2021/4188, de 10 de agosto de 2021, fls. 3849 a 3850 do processo.

[90] Em concreto, a Auchan requereu a realização de um estudo e análise aprofundada que compreenda:

77. Na sua PNI, a visada Auchan requereu ainda a extração de certidão para o presente processo dos autos das inquirições realizadas a duas testemunhas no âmbito do processo PRC/2017/01[91], expurgada a informação relativa a outras visadas desse processo, servindo como substituto dos resultados das diligências de inquirição às mesmas duas testemunhas no presente processo, sendo as testemunhas [Confidencial – dados pessoais] (responsável de mercado na Auchan entre 2004 e 2014) e [Confidencial – dados pessoais] (atual responsável de mercado e auditoria na Auchan).

78. Atendendo à potencial relevância das declarações prestadas, a AdC deferiu o pedido da visada Auchan de extração de certidão dos autos das inquirições às testemunhas [Confidencial – dados pessoais] , no âmbito do PRC/2017/01, para o processo, nos termos requeridos, por ofício notificado a 27 de julho de 2021[92].

79. Na mesma data foi a visada Auchan, informada que a AdC pretendia, pelos fundamentos expostos no sentido provável de decisão («SPD») notificado, indeferir o pedido de realização do estudo requerido e que, querendo, podia pronunciar-se sobre o indeferimento do seu pedido[93].

80. A 10 de agosto de 2021, veio a Auchan[94] submeter à AdC a sua pronúncia escrita sobre o SPD, alegando, essencialmente, que a AdC não logrou fundamentar o caráter irrelevante e dilatório com que qualifica a realização dos estudos e análises requeridos.

81. Em 20 de agosto de 2021, analisada a pronúncia escrita da Auchan, a AdC adotou decisão final, considerando que a realização do Estudo requerido pela visada Auchan no contexto do presente processo e em face dos elementos constantes dos autos e das demais diligências complementares de prova realizadas na fase de instrução se revestia de um caráter manifestamente irrelevante e dilatório, tendo indeferido o pedido de diligências complementares de prova quanto a esta diligência em particular[95].

- O funcionamento e estrutura do mercado, designadamente a nível local;

- O mecanismo de formação de preços nesse(s) mercado(s);

- O nível de transparência e de reação dos agentes de mercado a movimentos de preços;

- A exata definição do mercado geográfico para cada produto abrangido pela infração;

- O peso relativo dos mercados (locais) dos produtos abrangidos pela infração; e

- A evolução dos preços de mercado e estrutura de custos para os produtos abrangidos pela infração («Estudo»).

[91] Trata-se de outro processo do grupo de processos da Grande Distribuição.

[92] Cf. ofício da AdC com a referência n.º S-AdC/2021/2099, fls. 3836 a 3839 do processo.

[93] *Ibidem*.

[94] Cf. documento com a referência n.º E-AdC/2021/4195, fls. 3851 a 3856 do processo.

[95] Cf. ofício da AdC com a referência n.º S-AdC/2021/2386, fls. 3860 a 3865 do processo.

82. A visada MCH requereu, na PNI, a inquirição das testemunhas [Confidencial – dados pessoais], Diretora Comercial e [Confidencial – dados pessoais], *Area Leader* no Planeamento e Controlo de Gestão. Posteriormente, em 26 de julho de 2021, veio apresentar requerimento prescindindo da inquirição das testemunhas, requerendo em substituição «*a extração* (…) *de certidão dos autos da inquirição de [Confidencial – dados pessoais] e de [Confidencial – dados pessoais]* (…) *expurgados da informação relativa a empresas não visadas no PRC/2017/6 e de eventuais menções a elementos de prova que sejam específicos dessoutros processos*»[96].

83. Atendendo aos fundamentos aduzidos pela MCH e à potencial relevância das declarações prestadas, AdC deferiu o pedido de extração de certidão apresentado, dando sem efeito o requerimento de inquirição de testemunhas constante da PNI daquela visada e determinando a extração da certidão de teor dos autos das inquirições realizadas às referidas testemunhas[97].

84. A Autoridade não ordenou a realização oficiosa de diligências complementares de prova adicionais.

I.13.2 Relatório de diligências complementares de prova

85. O relatório das diligências complementares de prova, bem como os elementos probatórios juntos aos autos em resultado das mesmas[98], foi aprovado pelo conselho de administração da AdC em 13 de setembro de 2021 e, notificado a todas as visadas, tendo-se fixado um prazo de 10 (dez) dias úteis para que, querendo, se pronunciassem nos termos do n.º 5 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012[99].

86. Em 21 de setembro de 2020[100] e em 30 de setembro de 2021[101] vieram as visadas Pingo Doce, Auchan e [Diretor Off-Trade - Active Brands], respetivamente, apresentar as suas pronúncias escritas referentes às diligências complementares de prova e respetivo Relatório.

87. Em sede de pronúncia sobre as diligências complementares de prova, a Pingo Doce invocou uma «*questão prévia*» relativa a alegada nulidade decorrente de não ter sido notificada e não ter estado presente nas audições orais e inquirições das co-visadas, considerando essa circunstância uma violação aos seus direitos de audiência e defesa. Esta questão será apreciada com maior detalhe *infra* no capítulo II.11.

---

[96] Cf. documento com a referência n.º E-AdC/2021/3905, fls 3831 a 3832 do processo.

[97] Cf. ofício da AdC com a referência n.º S-AdC/2021/2222, fls 3844 a 3848 do processo.

[98] Caso aplicável, as respetivas versões não confidenciais.

[99] Cf. fls. 4126 a 4152 do processo.

[100] Cf. documento com a referência n.º E-AdC/2021/4805, fls. 4195 a 4201 do processo.

[101] Cf. fls. 4195 a 4201 e 4211 a 4219, respetivamente, do processo.

88. Já a visada Auchan reiterou, quanto à diligência requerida de realização de estudo, a sua essencialidade para a boa decisão da causa, sem prejuízo da resposta e fundamentação oportunamente dadas em sede de pronúncia sobre o SPD[102], que culminou em decisão final sobre o requerimento de realização de diligências complementares de prova de 20 de agosto de 2021.

89. No que respeita às diligências deferidas, a Auchan sublinhou que as declarações das testemunhas [Confidencial – dados pessoais] demonstram que a Auchan pauta o seu comportamento por uma política competitiva, de preços mais baixos, isenta dos desígnios dos demais concorrentes e fornecedores, resultando claro que cada loja é livre de determinar o seu preço, sem intervenção da central, por forma a cumprir a política definida pela administração da Auchan de praticar preços competitivos na sua área de influência.

90. Também a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] apresentou pronúncia em relação ao relatório de diligências complementares de prova, reiterando as conclusões que retirou, igualmente, da audição oral realizada pela Pingo Doce, conforme descritas no §74 *supra*.

91. Relativamente às declarações prestadas pelas testemunhas nas inquirições, será feita referência às mesmas ao longo da presente Decisão, na medida em que estas relevem para as temáticas em análise.

I.14 Prorrogação do prazo de instrução

92. Por deliberação de 7 de janeiro de 2022, o conselho de administração da AdC decidiu prorrogar o prazo para a fase de instrução, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012, em virtude da necessidade de realizar diversos trabalhos antes de a AdC se encontrar em condições de concluir a instrução e do contexto relativo à COVID-19 (cf. fl. 4367 do processo).

93. A referida prorrogação do prazo de instrução foi regularmente notificada a todas as visadas (cf. fls. 4411 a 4418 do processo).

94. O prazo da fase de instrução termina, assim, em 31 de dezembro de 2022.

II DAS QUESTÕES PRÉVIAS OU PREJUDICIAIS

95. No presente capítulo, analisar-se-ão as alegadas nulidades e irregularidades invocadas pelas visadas Active Brands (e Gestvinus), Auchan, Pingo Doce e MCH, umas em sede de

[102] Cf. documento com a referência n.º E-AdC/2021/4195, fls. 3851 a 3856 do processo.

pronúncia à Nota de Ilicitude, outras invocadas em requerimentos avulsos constantes dos autos[103].

96. Em sede de pronúncia à Nota de Ilicitude, algumas visadas qualificaram as nulidades e demais invalidades por si invocadas como «*Questões Prévias*», outras invocam-nas sem as qualificar.

97. Em conjunto, as visadas suscitaram um total de 11 questões, seis das quais por si expressamente qualificadas como «*Questões Prévias*».

98. 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[104].

99. A esse propósito o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão («TCRS»), recentemente[105], teve oportunidade de esclarecer que «*questões prévias são aquelas que, sendo anteriores ao mérito da causa, obstam à apreciação deste. Neste contexto, destrinçam-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)*».

100. 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*

[103] Em 29 de junho de 2017, a Active Brands invocou, perante o Juiz de Instrução Criminal, a invalidade da prova recolhida pela AdC nas buscas realizadas na sede da Active Brands entre os dias 30 de maio de 2017 e 6 de junho de 2017, alegando: *«i) a nulidade das apreensões, por estar em causa uma proibição de prova, nos termos do artigo 126.º n.º 3 do Código de Processo Penal ("CPP"), arguindo que a apreensão de correspondência e, concretamente, das mensagens de correio eletrónico da Visada, apenas poderia ter ocorrido se autorizada por despacho judicial; (ii) a irregularidade do despacho do Ministério Público que ordenou a realização das diligências de busca e apreensão, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP, por entender que do mesmo não resultava se não um conjunto de conclusões genéricas e abstratas da existência de uma suposta prática de fixação de preços pela AB, sem que se descortinasse uma justificação/motivação clara e concreta da ordem em causa».* Por sua vez, em virtude de o Juiz de Instrução Criminal se ter declarado incompetente para decidir a nulidade suscitada, a Active Brands interpôs recurso da aludida decisão para o TRL, julgando este último o recurso totalmente improcedente. Cf. §§11 a 13 da PNI Active Brands.

[104] Por este motivo, não obstante na PNI Active Brands surgirem identificadas como questões prévias «*B.2. Da insuficiência dos elementos do tipo objetivo*» (cf. §§80 a 85), «*B.3. Da insuficiência dos elementos do tipo subjetivo*» (cf. §§86 a 102) e «*C. Questão probatória prévia: errado estabelecimento de presunções com base em prova indiciária ou indireta*» (cf. §§116 a 143), as mesmas serão objeto de apreciação e resposta nos capítulos III e IV, por manifestamente corresponderem a matéria substantiva e não integrarem questões de natureza prévia ou prejudicial.

[105] Cf. sentença do TCRS, de 30 de setembro de 2020, proferida no âmbito do processo n.º 322/17.1YUSTR (caso EDP/Continente).

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 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».

101. Sem prejuízo do exposto e, em particular, da adequação da qualificação avançada pelas visadas, a AdC apreciará *infra*, em detalhe, cada um dos 11 temas suscitados, não reconhecendo, nos termos que decorrem dos resultados da análise, nas alegadas naturezas prévia ou prejudicial das questões, elementos suscetíveis de condicionar a apreciação do conteúdo e mérito da presente Decisão.

II.1 Da inconstitucionalidade da responsabilidade solidária da sociedade Gestvinus pela alegada infração da Active Brands

II.1.1 Posição das visadas Active Brands e Gestvinus

102. No que diz respeito à responsabilidade solidária da Gestvinus pela infração objeto do processo, as visadas Active Brands e Gestvinus, que apresentaram, conjuntamente, a sua pronúncia à Nota de Ilicitude (cf. §§3436 a 3442 *infra*), alegam o seguinte:

i) Desde logo, que a tese da AdC tem como premissa que a Gestvinus, em conjunto com a Active Brands, constitui uma única empresa, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da LdC, daqui extraindo que, pela infração ao artigo 9.º da LdC praticada por uma entidade devem ser punidas todas as outras entidades que, com esta, correspondem a uma única empresa[106];

ii) Da aplicação conjunta do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que consagra o princípio da aplicação cumulativa do direito nacional e do direito da União, e do artigo 67.º da LdC, decorre que, sem prejuízo da aplicabilidade paralela ou cumulativa do direito da União às condutas proibidas pelo disposto no artigo 101.º do TFUE, tais práticas anticoncorrenciais ficam necessariamente sujeitas à legislação nacional de cada um dos Estados-Membros[107];

iii) A punição dos ilícitos jusconcorrenciais tipificados como contraordenação tem lugar nos termos definidos no Capítulo VII da LdC, sendo que é no seu artigo 73.º (e não no artigo 3.º) que se encontra expressamente definida e regulada a questão da

[106] Cf. §693 da PNI Active Brands.

[107] Cf. §698 da PNI Active Brands.

atribuição de responsabilidade contraordenacional fundada nesses ilícitos às pessoas singulares, às pessoas coletivas, às sociedades e às associações sem personalidade jurídica (cf. n.º 1)[108];

iv) Ao abrigo do n.º 2 do artigo 73.º da LdC, faz-se depender a imputação da infração à pessoa coletiva de pessoas individuais a ela ligadas, não existindo qualquer menção à responsabilidade das sociedades-mãe «*que, juntamente com a entidade infratora, constituam uma única unidade económica e, nesse sentido, para efeitos de direito da concorrência, uma única empresa, no âmbito dos critérios de entes coletivos para atuação de outros entes coletivos subsidiários*»[109]; e

v) A mobilização do disposto no artigo 3.º da LdC, relativo ao conceito de empresa, como forma de dele fazer decorrer um novo critério de imputação não previsto no artigo 73.º da LdC teria como consequência o desrespeito dos princípios da tipicidade [n.º 1 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa («CRP»)], da culpa, da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória (n.º 3 do artigo 30.º da CRP), da autorresponsabilidade e da confiança[110].

103. Com base nestes pressupostos, as visadas entendem que «*terá de considerar-se inconstitucional a norma resultante dos artigos 3.º, 9.º e 68.º n.º 1 alíneas a) e b) da LdC, tal como interpretada pela AdC na NI no sentido de que a sociedade que participa em 100% do capital social da autora da infração aí prevista e consigo partilha administradores é solidariamente responsável pela infração, podendo ser contraordenacionalmente sancionada pela referida infração com base numa presunção ilidível de que exerce uma influência determinante no comportamento da sua participada, ficando a AdC exonerada de, no que respeita à imputação da infração à sociedade-mãe, apresentar e demonstrar outros elementos para além da efetiva detenção pela sociedade-mãe, de 100% do capital social sociedade que cometeu efetivamente a infração por violação do princípio da tipicidade, do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória, do princípio da culpa, da autorresponsabilidade e da confiança, ínsitos nos artigos 2.º, 29.º, n.º 1, 30.º, n.º 3, 20.º e 18.º, n.º 2, todos da CRP*»[111].

II.1.2 Apreciação da Autoridade

104. A apreciação da Autoridade sobre a questão suscitada requer, primeiramente, que se faça referência a alguns dos aspetos *infra* referidos relativos à identificação destas visadas, a saber:

[108] Cf. §700 da PNI Active Brands.

[109] Cf. §704 da PNI Active Brands.

[110] Cf. §§706 e 707 da PNI Active Brands.

[111] Cf. §722 da PNI Active Brands.

i) A Active Brands e a Gestvinus integram um grupo empresarial (doravante denominado «Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos»);

ii) A Gestvinus detém a totalidade do capital social da Active Brands desde novembro de 2013, tendo ambas as empresas, atualmente, 3 (três) administradores comuns[112];

iii) A Gestvinus é sociedade-mãe da Active Brands e esta última é subsidiária da primeira;

iv) Até à sua «*desativação comercial*» (não acompanhada, até ao momento, por qualquer extinção formal), a Active Brands distribuiu um conjunto de marcas, quer do Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos, quer de outras entidades[113];

v) Em fevereiro de 2018, a Gestvinus decidiu dar início ao processo de encerramento de atividade da Active Brands[114];

vi) Em 9 de fevereiro de 2018, a Gestvinus e as suas participadas celebraram quatro contratos de distribuição em que conferiram à Empor o direito de distribuir integral e exclusivamente, em Portugal, os produtos comercializados sob as marcas detidas por aquelas (que, até à referida data, eram distribuídos pela Active Brands), e ainda todas ou quaisquer marcas que venham a deter[115]; e

vii) Em 4 de abril de 2018 a Active Brands deixou de ter atividade comercial, passando apenas a proceder à cobrança de créditos que detém sobre os clientes[116].

105. Por sua vez, cumpre igualmente esclarecer que o âmbito de aplicação do direito da concorrência requer uma análise e delimitação do «*elemento nuclear*» do âmbito subjetivo das regras da concorrência: o conceito de empresa, previsto no artigo 3.º da LdC[117].

106. Para o presente caso, releva sobretudo o n.º 2 do artigo 3.º da LdC, segundo o qual:

---

[112] Cf. certidão de registo comercial da Active Brands (cf. fls. 1442 a 1447 do processo) e certidão de registo comercial da Gestvinus (cf. fls. 1768 a 1777 do processo). Atualmente, [Confidencial – dados pessoais] , [Confidencial – dados pessoais] e [Confidencial – dados pessoais] são administradores das duas empresas. [Confidencial – dados pessoais] foi administrador de ambas as empresas entre 2 de novembro de 2010 e 31 de dezembro de 2010, e ainda entre 25 de janeiro de 2013 e 27 de novembro de 2013. [Confidencial – dados pessoais] e [Confidencial – dados pessoais] são administradores de ambas as empresas desde 27 de novembro de 2013. [Confidencial – dados pessoais] é administradora das duas empresas desde 2018.

[113] Cf. resposta de 5 de junho de 2020 da Active Brands a pedido de elementos da AdC, fls. 1454 a 1478 do processo.

[114] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2019 da Active Brands fornecido na resposta desta em 5 de junho de 2020 a pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1454 a 1478.

[115] *Idem.*

[116] *Idem.*

[117] Cf. SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 243.

«***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 decorrentes, nomeadamente:*

a) De uma participação maioritária no capital;

b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;

c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

d) Do poder de gerir os respetivos negócios». (destaque da Autoridade)

107. Deste modo, verifica-se que o legislador presume *ipso iure* a existência de uma unidade económica quando determinadas pessoas jurídicas, que exercem uma atividade económica, mantêm entre si laços de interdependência decorrentes das circunstâncias fácticas acima referidas.

108. Acresce que as referidas disposições nacionais refletem o entendimento que resulta da jurisprudência europeia assente, segundo o qual o conceito de empresa deve ser entendido como designando uma unidade económica[118], mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[119] [120].

109. Tal significa, pois, que pessoas coletivas em relação de domínio ou de grupo, mormente relacionadas por ligações societárias, consubstanciadas em participações de capital e/ou partilha de membros de órgãos sociais, poderão constituir uma mesma unidade económica e, nesta aceção, uma única empresa para efeitos de aplicação das regras da concorrência.

110. Atendendo ao caso concreto e aplicando-lhe o racional normativo descrito, verifica-se que a Gestvinus detém 100% do capital da Active Brands desde 1 de novembro de 2013, sendo que as referidas entidades têm atualmente 3 (três) administradores comuns e tiveram administradores comuns em determinados períodos do hiato temporal da infração *sub judice*[121].

---

[118] Admitindo a teoria da «*unidade económica*» defendida pela jurisprudência do TJUE em matéria de sancionamento das infrações ao direito da concorrência, cf. §§352 e ss. da Sentença do TCRS, de 13 de junho de 2022, processo n.º 328/21.6YUSTR e §167 da Sentença do TCRS, de 10 de agosto de 2022, processo n.º 309/19.0YUSTR, ainda não transitadas em julgado.

[119] Cf. acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Colect., p. I-11987, n.º 40.

[120] Cf. processo C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e o. contra Comissão*.

[121] Cf. respostas de 19 de agosto de 2020 da Gestvinus e de 19 de junho de 2020 da Active Brands aos pedidos de elementos da AdC.

111. Assim sendo, resulta que a Gestvinus e a Active Brands constituem uma mesma unidade económica e, como tal, uma única empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência.

112. Ora, como acima referido no §108, os tribunais europeus vêm uniformemente estabelecendo um entendimento do conceito de empresa como unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[122].

113. Mais, quando determinada entidade económica infringe as regras da concorrência, incumbe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal, responder por essa infração[123].

114. Sendo que, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia («Tribunal de Justiça» ou «TJUE»), uma infração ao direito da concorrência deve ser imputada a uma ou mais pessoas jurídicas, às quais poderão ser aplicadas coimas, devendo uma comunicação de acusações ou Nota de ilicitude ser-lhes dirigidas[124].

115. Sem prejuízo da necessidade de tal imputação, resulta da jurisprudência assente da União que o comportamento de uma subsidiária pode ser imputado à(s) respetiva(s) sociedade(s)-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa subsidiária não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas[125].

116. Com efeito, «*é assim porque, nessa situação, a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa, na aceção da jurisprudência* [supra] *mencionada*. *Assim, o facto de uma sociedade-mãe e a sua filial constituírem uma única empresa, na aceção do artigo 81.º CE* [atual 101.º do TFUE*], permite à Comissão,* [e no presente caso à Autoridade], *dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica*

[123] Cf., neste sentido, Acórdãos de 8 de julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Colect, p. I-4125, n.º 145; de 16 de novembro de 2000, *Cascades/Comissão*, C-279/98, Colect., p. I-9693, n.º 78; e de 11 de dezembro de 2007, *ETI e o.*, C-280/06, Colect., p. I-10893 e Acórdão de 25 de março de 2021, *Deutsche Telekom/Comissão*, C-152/19 P, EU:C:2021:238, n.º 73.

[124] Cf., neste sentido, a título exemplificativo, Acórdãos *Aalborg Portland e o./Comissão* e de 3 de setembro de 2009, *Papierfabrik August Koehler e o.Comissão*, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, n.º 38.

[125] Cf., a título exemplificativo, Acórdãos *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, n.º 117, e *ETI e o* ., n.º 49 NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias.

coimas, ***sem que seja necessário demonstrar a implicação pessoal desta última na infração***»[126] [127]. (destaque da Autoridade)

117. Resulta igualmente da jurisprudência assente que «[n]*o caso especial de uma sociedade-mãe deter 100% do capital da sua filial que cometeu uma infração às regras comunitárias da concorrência, por um lado, essa sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial (v., neste sentido, acórdão Imperial Chemical Industries/Comissão), e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante no comportamento da sua filial*» (cf., neste sentido, acórdãos, já referidos, AEG-Telefunken/Comissão, n.° 50, e Stora, n.° 29).

118. Nestas condições, «*basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela respetiva sociedade-mãe, para se presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa filial. A Comissão pode, em seguida, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe a quem incumbe ilidir a referida presunção, apresente elementos de prova suficientes, suscetíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado (v., neste sentido, acórdão Stora, n.° 29)*»[128]. (realces da Autoridade)

119. Deste modo, concluiu-se que, quando uma sociedade-mãe detém 100% do capital social da sua subsidiária, existe uma presunção ilidível nos termos da qual se entende que essa sociedade-mãe exerce uma influência determinante no comportamento da sua subsidiária.

120. Tal como a Comissão Europeia, e porque aplica as mesmas regras, a par de outras, nacionais, com a mesma teleologia, a AdC não está obrigada, no que respeita à imputação da infração, a apresentar e demonstrar outros elementos para além da efetiva detenção, pela sociedade-mãe, do capital social das respetivas subsidiárias[129].

121. Saliente-se que, embora a Lei n.º 19/2012 não preveja explicitamente a imputação do comportamento ilícito das subsidiárias às sociedades-mãe por força do exercício de controlo ou de influência determinante, esta decorre do conceito substantivo de empresa constante do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, que importa e corporiza o conceito de empresa

[126] Cf. por ex. processo C-97/08P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de setembro de 2009, *Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*.

[127] Cf., por exemplo, processo C-97/08P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias.

[128] *Idem*.

[129] Cf. Processo C-97/08P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de setembro de 2009, *Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, n.º 64.

adveniente do direito da concorrência da União Europeia, tal como interpretado pelo TJUE[130].

122. Acresce que, à luz dos princípios do primado do direito da União e da interpretação conforme do direito nacional à luz desse direito, as regras do direito da concorrência (no presente caso, os artigos 9.º da LdC e 101.º do TFUE, incluindo a noção de empresa ínsita neles), devem ser interpretadas de maneira homogénea e de acordo com a jurisprudência dos tribunais da União.

123. Como se referiu *supra*, a Gestvinus detém 100% do capital da Active Brands desde 1 de novembro de 2013.

124. Assim sendo, e face à jurisprudência e aos princípios *supra* detalhados, no caso concreto cumpre presumir que a Gestvinus exerceu uma influência determinante no comportamento da Active Brands, sua subsidiária, que participou diretamente na infração, pelo menos, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017.

125. Pelo que, apenas com base no que precede, deve concluir-se que a Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida, nos termos que se desenvolveram na Decisão de Inquérito, no que respeita ao referido hiato temporal.

126. É ainda de salientar, em complementaridade, que as duas sociedades partilharam durante a quase totalidade do período em causa, membros dos respetivos conselhos de administração (fundamentalmente durante o período compreendido entre 2013 e 2017).

127. Mais, dos autos do presente processo constam elementos que comprovam o exercício efetivo de influência/intervenção pela Gestvinus, durante o período em causa[131], na

[130] Esta interpretação, que se encontra já jurisprudencialmente assente, encontra-se agora também expressamente acolhida na última versão da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, na qual a nova redação do n.º 2 do artigo 73.º estatui que: «*2 – Em aplicação do conceito de empresa, previsto do artigo 3.º, pela prática das infrações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas: a) A título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração;* (…)», remetendo diretamente para uma nova formulação do n.º 2 do artigo 3.º, que estatui: «(..)*Considera-se como uma única empresa, para efeitos da presente lei, o conjunto de entidades que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:* (…) *a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios.*». Esta atualização da Lei da Concorrência aplica-se aos procedimentos desencadeados após a respetiva entrada em vigor (cf. n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto).

[131] Sem prejuízo de a Autoridade não responsabilizar a Gestvinus, no âmbito da presente Decisão, pelos comportamentos praticados pela Active Brands entre 29 de outubro de 2008 e 1 de novembro de 2013 (cf. capítulos III.3.4.1 e IV.1.5 da Nota de Ilicitude), cumpre referir que constam dos autos elementos que indicam que a Gestvinus, previamente a 1 de novembro de 2013 (data em que a Gestvinus passou a deter a totalidade

determinação da atuação da Active Brands, bem como a existência de obrigações de reporte desta à Gestvinus (cf. §132 *infra*).

128. Regressando à jurisprudência europeia assente, quando não seja aplicável a presunção suprarreferida, é necessário verificar se existem elementos que demonstrem que a sociedade-mãe tinha o poder para exercer influência decisiva sobre a sua subsidiária e, efetivamente, exercer tal influência[132].

129. Para determinar o efetivo exercício de uma influência decisiva, a Comissão Europeia e as autoridades nacionais de concorrência não têm necessariamente de demonstrar a influência na conduta operacional da subsidiária no mercado (influência na política comercial no sentido estrito), podendo também basear-se em indícios respeitantes à determinação da política comercial no sentido mais amplo (i.e., estratégia, planos de negócio, investimento, recursos humanos, assuntos legais). Como se viu, tão-pouco é necessário demonstrar, para este efeito, qualquer influência da sociedade-mãe no comportamento ilícito propriamente dito, muito embora esta influência seja patente *in casu*.

130. A título de exemplo, o Tribunal Geral considerou a sociedade-mãe responsável num caso em que a sociedade-mãe e a subsidiária partilhavam diretores comuns, membros do conselho de administração da subsidiária detinham cargos de direção na sociedade-mãe, e ambas as entidades estavam verticalmente integradas, pelo que a subsidiária era um dos principais clientes da «sociedade-mãe»[133].

131. Ora, no caso concreto, abunda prova que atesta o efetivo exercício pela Gestvinus de uma influência decisiva no comportamento da Active Brands.

132. Os elementos dos autos que se descrevem em seguida por ordem cronológica demonstram que a Gestvinus ***(i)*** definia com a Active Brands a estratégia de posicionamento de PVP das suas marcas, ***(ii)*** pedia à Active Brands informação sobre as condições comerciais concretas acordadas entre esta empresa e as insígnias, ***(iii)*** contactava diretamente as insígnias sobre temas relacionados com a colocação dos seus produtos, ***(iv)***monitorizava o PVP praticado pelas insígnias e ***(v)*** pressionava/instruía a

do capital da Active Brands), poderia já influenciar a gestão da Active Brands. Neste sentido, vejam-se os documentos ActiveBrands1116 (de 24 de setembro de 2010), ActiveBrands449 (de 1 de abril de 2013), ActiveBrands1117 (de 9 de novembro de 2010), ActiveBrands289 (de 16 de abril de 2012), ActiveBrands296 (de 20 novembro de 2012) e ActiveBrands791 (de 17 de fevereiro de 2011).

[132] A necessidade de demonstrar que o poder para exercer uma influência decisiva foi, efetivamente, exercido resulta do Caso *107/82 AEG c. Comissão*, parágrafo 50, tendo sido confirmado pelo TJUE no processo C-286/98 P *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comissão*, parágrafo 23.

[133] Cf. processo T-109/02, *Bolloré S.A. e o. contra Comissão*, §§129 a 150.

Active Brands para implementar determinado posicionamento de PVP junto das insígnias. A saber:

i) O documento ActiveBrands306 consiste num *e-mail* de 4 de novembro de 2013, no qual a Gestvinus solicita à Active Brands a indicação do «*preço Net*» a praticar no azeite e vinagre «*Oliveira Ramos*» pela Pingo Doce (a Active Brands envia a informação solicitada, cujo cálculo tem como base determinado PVP);

ii) Por sua vez, o documento ActiveBrands623, de 11 de novembro de 2013, inclui um *e-mail* interno (Active Brands) que demonstra que a estratégia de PVP era discutida entre a Active Brands e a Gestvinus e ainda que esta contactava diretamente a Pingo Doce, tendo em vista a colocação dos seus produtos nas lojas desta insígnia («*acho que o* [Confidencial – dados pessoais] [João Portugal Ramos/Gestvinus] *apalavrou a colocação em alguma lojas PD…*»):

FW:

From:

To:
Date: Mon, 11 Nov 2013 13:03:20 +0000

Acho que o apalavrou a colocação em algumas lojas PD…

De:
Enviada: segunda-feira, 11 de Novembro de 2013 13:02
Para:
Assunto:

chama por favor a atenção ao que o volume dos Garcias está incluído em RTM…como não podia deixar de ser. Obrigado. Abraço.

O pediu para enviares por favor ao o preço mínimo de venda do Azeite. O mínimo tudo incluído deverá ser 5,30€ (o nosso floor). A única rubrica contratual que este cliente tem é financeiro de 1,50%. Não sei qual é a margem objectivo da categoria…pelo que o PVP deve decorrer da incorporação desta variável. Obrigado. Abraço.

iii) Tais contactos diretos são confirmados pelo documento ActiveBrands990, de 24 de janeiro de 2014, que consiste no seguinte *e-mail* enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à Pingo Doce: «[n]*a sequência da reunião realizada entre o Dr.* [Confidencial – dados pessoais] *e o* [Confidencial – dados pessoais] [Gestvinus] *surgiu (segundo este) a possibilidade de incluirmos uma referência de vinho adicional na Feira de Vinhos Premium. Para o efeito sugiro a inclusão do Vinho do Alentejo Quinta da Viçosa 2007 75cl cuja condição de compra e PVP envio em seguida*»;

iv) O documento ActiveBrands848, o qual consiste num *e-mail* interno (Active Brands) de 21 de março de 2014, entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e outro colaborador da mesma empresa, revela que o PVP a praticar no produto «Conde de Vimioso» foi definido em conjunto entre a Gestvinus e a Active Brands, não podendo ser alterado unilateralmente por esta última:

RE:

From:
To:
Date: Fri, 21 Mar 2014 17:05:57 +0000

Sim, PVP para 2,99€. (tinto/branco/rosé)

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:57
Para:
Assunto: RE:

Bem, então isso significa que posso mexer no PVP…para 2,99 correcto?

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:55
Para:
Assunto: RE:

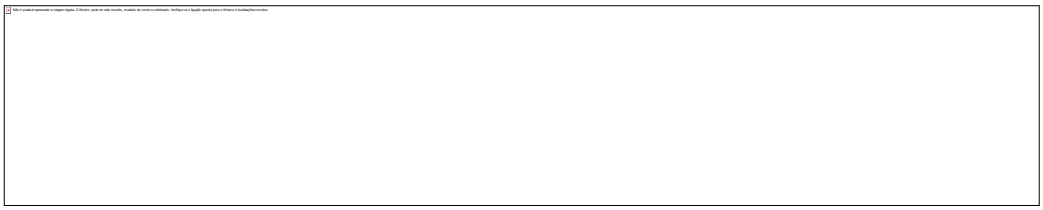
Neste ficamos acima do COG's apesar de ser muito abaixo do floor (1,70€), mas não podemos mexer no PVP. Acabámos de acordar com a Gestvinus a subida para os 2,99€…

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

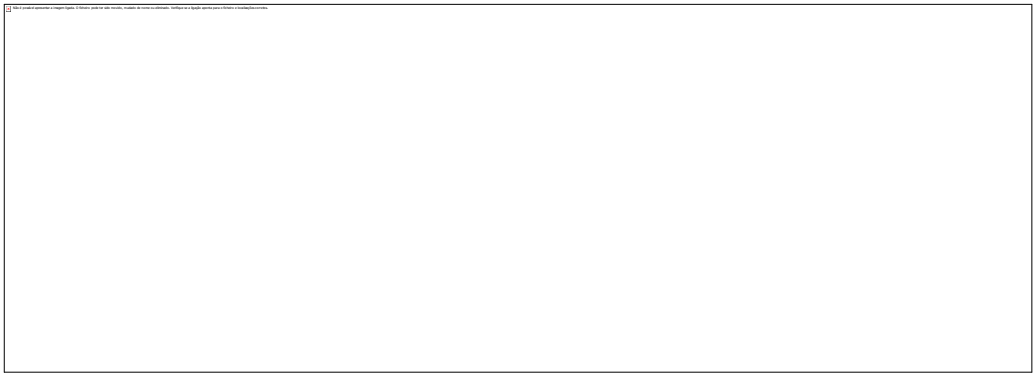
De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:49
Para:
Assunto:

o Conde de Vimioso fica NET na Sonae a 1,53€…que faço? PVP 2,49€?

v) Veja-se também a conversação n.º 48, em que a Gestvinus solicita à Active Brands esclarecimentos sobre o motivo do PVP praticado pela Pingo Doce não se encontrar de acordo com o *target* concertado[134]:



[134] Este documento desencadeia um processo interno na Active Brands em que o *Brand Manager* solicita informação ao Diretor *Off-Trade* de forma a responder à referida solicitação, o qual indica que *«[n]o momento de fecho da feira foram respeitados* os *posicionamentos indicados…que serão, conforme falado entre nós, revistos em Abril».*



vi) Destaca-se ainda o documento ActiveBrands411, de 11 de agosto de 2015, com o assunto «*FW: Pouca Roupa – Vendas e Distribuição*», que consiste num *e-mail* enviado pela Gestvinus ao Diretor Geral/Administrador da Active Brands com o teor que se transcreve *infra*:

FW: Pouca Roupa - Vendas e Distribuição

From:
To:

Date: Wed, 19 Aug 2015 11:51:22 +0100

De:
Enviada: 11 de agosto de 2015 13:07
Para:
Cc:
Assunto: Pouca Roupa - Vendas e Distribuição

Caro , Boa Tarde

1-Após o regresso de férias, procedi a breve análise das vendas de Julho, a Marca Pouca Roupa realizou a menor quantidade Mensal desde o Lançamento ao Mercado.
1.1-Esta tendência é preocupante tendo em conta as Ferramentas Promocionais, disponibilizadas á Força de Vendas, para o Verão.

2-Em troca de impressões, sobre a evolução das vendas e distribuição da Marca, o Sr. informou-me sobre os termos propostos pela Sonae e sobre a Listagem da Marca no Pingo Doce.
2.1-Concordo com a nossa não aceitação dos termos propostos pela Sonae.
2.2-Considero da maior relevância a Listagem e activação da Marca no Pingo Doce (distribuição numérica), mas é necessário dar visibilidade ao Posicionamento da Marca = P.V.P. de € 3,99. No futuro, (Eventualmente na Feira de Vinhos) será admissível o P.V.P. Promocional de € 3,59.

3-Sugiro que solicite ao Sr. , que contacte o Dr. , para obtenção da garantia de que a Marca será lançada no Pingo Doce com o P.V.P. de € 3,99 = Posicionamento.

Melhores Cumprimentos,

Gestor de Mercado

JOÃO PORTUGAL RAMOS VINHOS

vii) No documento que acaba de se transcrever, a Gestvinus refere a sua posição sobre as condições comerciais apresentadas pela MCH, indica o que entende dever ser o posicionamento de PVP a praticar pela Pingo Doce e sugere que o Diretor Geral/Administrador da Active Brands solicite ao administrador da Gestvinus [Confidencial – dados pessoais] que contacte o Diretor da Pingo Doce [Confidencial – dados pessoais] para obtenção da garantia do referido posicionamento de PVP pela Pingo Doce;

viii) Releva também o documento ActiveBrands1273, de 3 de maio de 2016, em que a Gestvinus envia à Active Brands a tabela de PVP recomendados do produto «Champagne Piper Heidsieck bruto» e que demonstra, em linha do que se tem vindo a referir, o papel ativo da Gestvinus na definição da estratégia de PVP da Active Brands: «*Boa tarde* [Confidencial – dados pessoais] , *Conforme falado telefonicamente*

segue ficha técnica e foto do Champagne Piper Heidsieck Brut 75cl. Caso necessite de foto em melhor qualidade diga-me. Relativamente ao PVP mencionado de 22€/garrafa é o preço recomendado que em média os nossos distribuidores terão para o canal HORECA. Para ter uma ideia na distribuição moderna o PVP recomendado é de 37,99€. E mesmo assim considerando a concorrência temos um preço competitivo. Preferíamos não baixar muito abaixo dos 22€ (21€/22€ será o preço correcto). Qualquer dúvida, ligue-me. Obrigada.»; e

ix) O documento ActiveBrands1258 (de 26 de abril de 2017) reporta-se a uma reunião entre as duas empresas em que «*foi validado o Plano 2017 apresentado pela AB: Quantidades, Preços e Plano Promocional/Orçamento*» e é solicitado pela Gestvinus o envio de apresentações sobre, entre outros, «*Estratégia de Preços 2017*», «*Orçamento 2017*» e «*Plano Promocional e Orçamento 2017*». As empresas discutem ainda em detalhe o posicionamento de PVP do produto «*Alvarinho reserva 2014*».

133. Dos documentos que acabam de se transcrever resulta que a Gestvinus intervinha diretamente e de forma concreta na gestão da atividade e na definição de objetivos da Active Brands.

134. Esta relação é de resto confirmada pela própria pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] na sua PNI, quando refere que:

i) A constituição do conselho de administração da Active Brands era indicada inicialmente pelos três sócios (Sogevinus, Gestvinus e J. Carranca Redondo) e, posteriormente, por dois sócios (sendo um dos quais a Gestvinus) e, ainda numa fase seguinte, pelo sócio único (Gestvinus), pelo que a sua atividade, na qualidade de pessoa responsável pelo canal *Off-Trade* de vendas da Active Brands, era ditada pela «*estratégia definida no âmbito da respetiva gestão*»[135];

ii) «*atuava sob as instruções de natureza comercial que lhe eram confiadas*»[136];

iii) «*o posicionamento de cada marca, tendo em conta o seu valor intrínseco, era definido pelo dono de cada marca* (...)»[137];

iv) «*o PVP recomendado é uma das variáveis consideradas no plano de marca desenvolvido pelo dono da marca, em consonância com o departamento de markting e com a direção geral da A B*»[138];

v) «*o que releva de toda a correspondência eletrónica é que a A B punha em prática as indicações recebidas dos donos das marcas, recomendando os PVP com um enquadramento comercial e de Marketing*»[139]; e

[135] Cf. §§7 e 9 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[136] Cf. §11 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[137] Cf. §13 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[138] Cf. §22 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[139] Cf. §48 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

vi) «*a A B não só desempenhava um pequeno papel no mercado, atuava como uma extensão dos donos das marcas* (...)»[140].

135. Como se evidenciou supra, «*a construção europeia pressupõe uma responsabilidade solidária, com intervenção processual das empresas condenadas e que não prescinde da aferição da existência de influência determinante entre as empresas pertencentes à mesma unidade económica, ainda que possa decorrer de uma presunção ilidível*»[141]. Por sua vez, o TCRS admite a possibilidade de provar o exercício de uma influência determinante e, mais do que isso, que a messa possa decorrer de uma presunção, sendo o referido raciocínio aplicável ao presente processo.

136. Assim sendo, face a todo o exposto, e com base no princípio da aplicação cumulativa do direito concorrencial português e do direito europeu da concorrência, conclui-se que a Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017.

137. Por sua vez, no que respeita à imputação da infração à sociedade-mãe, a AdC não se limitou (o que poderia ter feito com base no suporte jurisprudencial europeu suprarreferido e na aplicação dos princípios do primado do direito da União e da interpretação do direito nacional à luz desse direito) a apresentar e evidenciar a efetiva detenção pela sociedade-mãe (Gestvinus) de 100% do capital social da sociedade que cometeu efetivamente a infração (Active Brands), tal como alegado pelas visadas, como ainda demonstrou outros elementos que atestam a sua participação direta na infração (e, paralelamente, o seu exercício de influência decisiva nos comportamentos objeto do processo imputáveis à Active Brands) no período compreendido entre 2013 e 2017, pelo que se afasta a violação dos princípio da tipicidade, da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória, da culpa, da autorresponsabilidade e da confiança, ínsitos nos artigos 2.º, 29.º, n.º 1, 30.º, n.º 3, 20.º e 18.º, n.º 2, da CRP.

138. Inexiste, pois, qualquer inconstitucionalidade nos termos alegados pelas visadas Active Brands e Gestvinus.

II.2 Da alegada nulidade da Nota de Ilicitude derivada da alegada proibição de prova

II.2.1 Posições das visadas Active Brands e MCH

139. A visada Active Brands sustentou a invalidade da prova, em virtude de, na sua perspetiva, em processos contraordenacionais, «*não poder ser visualizada examinada ou apreendida*

[140] Cf. §54 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[141] Cf. §354 da Sentença do TCRS, de 13 de junho de 2022, processo n.º 328/21.6YUSTR (Fidelidade/AdC), ainda não transitada em julgado.

correspondência eletrónica», considerando não ser legítima «*a equiparação da dita correspondência a um simples documento com suporte digital*»[142].

140. Sustenta também a Active Brands, que a interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º, n.º 1 do artigo 20.º da LdC, «*no sentido de permitirem a apreensão e consequente valoração, enquanto meio de prova, de mensagens de correio eletrónico, mesmo que sinalizadas como lidas, é materialmente inconstitucional*», por violação do n.º 2 do artigo 18.º, n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º e n.º 4 do artigo 34.º da CRP.

141. Mais alega que, também por força do RGCO, «*as provas obtidas em violação da proteção constitucional conferida à correspondência e às comunicações, incluindo às mensagens de correio eletrónico, não nulas*», nos termos do n.º 3 do artigo 126.º do Código de Processo Penal («CPP»), aplicável ex vi do n.º 1 do artigo 13.º da LdC, n.º 1 do RGCO, e dos n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º. n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP, não podendo ser utilizadas, a não ser que seja obtido o consentimento do titular[143].

142. Por sua vez, a visada MCH também alega que, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º 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*[144].

143. Na tese da MCH, a AdC não dispõe de fundamento legal para apreensão de mensagens de correio eletrónico, quer estas se encontrem abertas ou fechadas.

144. Para tanto, a MCH refere que o legislador, aquando da revisão da LdC (em 2012), se absteve de introduzir qualquer referência específica às mensagens de correio eletrónico, eliminando a previsão expressa constante do n.º 1 do artigo 16.º do Projeto de Proposta de Lei do Governo[145] que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.

145. 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,

---

[142] Cf. §§25 e 26 da PNI Active Brands.

[143] Cf. §§27 e 28 da PNI Active Brands.

[144] Cf. §§855, 915 e 920 da PNI MCH.

[145] 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».*

pelo que o correio eletrónico constitui sempre correspondência e não um mero documento eletrónico[146].

146. Para a MCH existe, assim, uma omissão intencional do legislador em prever na LdC a possibilidade de apreender mensagens de correio eletrónico já abertas/lidas, já que tal omissão resulta de uma supressão da previsão inicial do Projeto da Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.

147. Termina, assim, a MCH alegando 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 no n.º 3 do artigo 126.º do CPP, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º, nos n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º e no n.º 4 do artigo 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 no n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Como tal e, por consequência, a prova obtida será nula[147].

II.2.2 Apreciação da Autoridade

148. Decorre da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC 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*».

149. Ou seja, o legislador quis 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.

150. Deste modo, a intenção do legislador foi, tão só, mas inequivocamente, criar uma formulação (mais) ampla, permitindo abranger qualquer documento independentemente do local, 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.

151. 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.

[146] Cf. §§843 a 845 da PNI MCH.

[147] Cf. §§918 a 920 da PNI MCH.

152. 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.

153. Acresce que a jurisprudência do TCRS e do próprio Tribunal da Relação de Lisboa («TRL») tem vindo maioritariamente 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 na LdC.

154. Uma das decisões a este propósito foi proferida precisamente pelo TRL (Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão), no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-M[148], onde, validando o entendimento da Autoridade, se asseverou o seguinte:

«*A apreensão de mensagens de correio electrónico efectuada em buscas levadas a cabo pela Autoridade da Concorrência no âmbito de processo contraordenacional encontra suporte no Regime Jurídico da Concorrência (artigos 18º/1 c) e 20º da Lei 19/2012, de 8 de Maio) e não na Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de Setembro), não se enquadrando o correio electrónico lido/aberto na noção de correspondência/meio de comunicação, tratando-se de um mero documento e como tal apartado da tutela constitucional do sigilo da correspondência*».

155. Veja-se igualmente a decisão do TCRS, de 3 de outubro de 2019[149], em que, ainda que o tribunal se tenha pronunciado sobre o 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 mensagem já não é tão vulnerável, pois está na livre disponibilidade do recetor removê-la, destruí-la, guardá-la noutro local. 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*

[148] Acórdão de 24 de fevereiro de 2022, ainda não transitado em julgado.

[149] Proferida no âmbito do processo n.º 159/19.3YUSTR-B, confirmada pelo acórdão do TRL, de 4 de fevereiro de 2020, e já transitada em julgado.

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».

156. Assim, a correspondência já aberta/lida beneficia de regime, em termos de valor probatório, idêntico ao dos documentos em suporte físico, perdendo, portanto, as exigências associadas à reserva da correspondência, o que de resto encontra igualmente suporte (ainda que não unânime) entre a doutrina, conforme se elucida detalhadamente na suprarreferida sentença do TCRS.

157. Feito este enquadramento, e retomando a redação atribuída pelo legislador à alínea *c)* do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, é forçoso concluir-se que a expressão «*demais documentação, independentemente do seu suporte*» apenas exclui a correspondência não aberta nos termos suprarreferidos, seja a mesma constante de suporte físico, seja de suporte eletrónico/digital.

158. Ou seja, atento o teor daquela alínea, quaisquer documentos, sem prejuízo do seu suporte, podem ser apreendidos em sede de inquérito contraordenacional.

159. Como tal, à luz da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, 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.

160. Ainda neste sentido pronunciou-se também o TRL, designadamente no seu acórdão de 27 de janeiro de 2021[150], 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»

[150] Proferido no âmbito do processo n.º 184/12.5TELSB- R.L1-3, disponível em www.dgsi.pt e consultado em 13 de agosto de 2021.

161. Mais anteriormente, também o acórdão do TRL, de 29 de março de 2012[151] perfilhou 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 especifico muito próximo à apreensão de correspondência escrita quando a mesma se encontra "em transito" 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».

162. Veja-se ainda a decisão[152] 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 18° n.º 1 c) e 21° 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 enquadra na previsão dos art.º 174° e 177° CPP. Por outro lado, as mensagens apreendidas, uma vez que são meros documentos, não gozam do regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações*».

163. Em conclusão, 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.

164. Quanto à necessidade de recurso ao regime processual penal, o TRL, no seu acórdão de 4 de março de 2020, relembrou que no ordenamento português já se consolidou a autonomia do direito contraordenacional[153].

165. 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

[151] Proferido no âmbito do processo n.º 744/09-1S5LSB-A.L1-9, disponível em www.dgsi.pt e consultado em 4 de novembro de 2021.

[152] Proferida no âmbito do processo n.º 10626/18.0T9LSB.

[153] Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

jusconcorrenciais, referiu o Tribunal que: «(…) *no caso dos autos inexiste 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*»[154].

166. 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 LdC e a Lei do Cibercrime em nada se relacionam uma com a outra.

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

168. 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».

169. Ou seja, o artigo 17.º da LdC apenas se aplica a processos relativos a crimes, excluindo, *a contrario*, processos de contraordenação, incluindo o processo contraordenacional da concorrência.

170. 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.

171. 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 LdC, de uma forma especial e completa, não carecendo de integração – por recurso a norma subsidiária nos termos do artigo 13.º da LdC –, mormente, dos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime que nunca poderiam aplicar-se especificamente àquele processo contraordenacional.

172. Reitera-se que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais aplica-se lei especial (LdC) 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

[154] Página 19 do acórdão.

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.

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

174. Por outro lado, a LdC (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 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 LdC, a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime, e não fez.

175. 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.

176. Este entendimento, segundo o qual a Lei do Cibercrime não se aplica a mensagens de correio eletrónico lidas, é sufragado pela decisão do TCRS, de 3 de outubro de 2019, supramencionada[155]:

> «*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*».

177. Ainda afastando a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime ao regime contraordenacional da concorrência, veja-se, também, o acórdão do TRL, de 4 de março de 2020[156], 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*».

[155] Proferida no âmbito do processo n.º 159/19.3YUSTR-B.

[156] Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

178. Em síntese, encontrando-se especificamente prevista na LdC 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 LdC 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 LdC.

179. Mais se refira que o artigo 42.º do RGCO, de aplicação subsidiária à LdC, *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.

180. 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 LdC 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.

181. Por sua vez, atendendo ao referido *supra*, é igualmente destituída de fundamentação a invocada violação do n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Como 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 da 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.

182. Ou seja, as mensagens de correio eletrónico – já lidas – apreendidas não se enquadram, à luz do regime contraordenacional da concorrência, no conceito de correspondência a que alude aquela disposição constitucional.

183. 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, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*» (destaques da Autoridade).

184. Em concretização deste preceito constitucional, dispõe o n.º 1 do artigo 42.° 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*».

185. Saliente-se a menção repetida e extremamente relevante, nestas duas disposições legais, a correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação.

186. 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 emissário para o destinatário.

187. 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.

188. Com efeito, as mensagens visualizadas durante a diligência e, a final, apreendidas 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.

189. No mesmo sentido veja-se o entendimento vertido na já citada sentença do TCRS, de 3 de outubro de 2019[157]:

> «*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*».

190. Tal como asseverado no acórdão do TRL, de 4 de março de 2020[158], quanto à admissibilidade da aplicação do artigo 34.º da CRP no âmbito da apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC, «*parece-nos que o modelo do mundo empresarial hodierno é inteiramente diferente e inconciliável com o que presidiu à elaboração do art. 34.º da (…) CRP, pensado para correio tradicional*».

191. Concluiu 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*

[157] Proferida no âmbito do processo n.º 159/19.3YUSTR-B.

[158] Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

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».

192. 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 LdC por referência ao n.º 4 do artigo 34.º da CRP: o direito à inviolabilidade das comunicações e da reserva da vida privada, previsto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 1 do artigo 26.º da CRP, não abrange as comunicações eletrónicas enviadas e recebidas no âmbito do correio eletrónico profissional de uma empresa ou dos seus representantes.

193. 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.

194. 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.

195. 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/lida – não foi legalmente obtida em contexto empresarial.

196. Inexiste, assim, qualquer ilegalidade cometida pela AdC no que respeita à apreensão de mensagens de correio eletrónico lido ou aberta, tal como sucedeu *in casu*. De facto, conquanto que essas mensagens se encontrem abertas ou lidas, a apreensão em causa não viola o n.º 4 do artigo 34.º da CRP e o artigo 42.º do RGCO.

197. Improcede, portanto, a alegação de que a apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional da concorrência não encontra respaldo na LdC e na CRP.

II.3 Da alegada nulidade da prova recolhida e apreendida por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal

II.3.1 Posições das visadas Active Brands e MCH

198. A Active Brands e a MCH alegam também que, ainda que se considerasse que a AdC detém poderes para a apreensão de correspondência, seria sempre necessário recorrer ao processo penal para concluir os critérios para a densificação do conceito e das garantias aplicáveis ao correio eletrónico e do regime da sua apreensão, em particular ao artigo 179.º do CPP, de onde se conclui que tal apreensão teria necessariamente de ser determinada por despacho judicial.

199. Motivo pelo qual as visadas vêm arguir a nulidade das apreensões das mensagens de correio eletrónicas e de todos os elementos probatórios por essa via obtidos, pois estes

teriam sido obtidos, alegadamente, sem a competente autorização do juiz de instrução criminal, nos termos do artigo 179.º do CPP[159], e ainda artigos 17.º da LdC e 118.º do CPP[160].

200. Mais, segundo a Active Brands, o disposto na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 18.º da LdC é inconstitucional, quando interpretado no sentido de admitir o exame, recolha e apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo de contraordenação da concorrência, sem despacho judicial prévio, por violar os princípios do Estado de direito democrático e da reserva de juiz para ponderação da afetação de direitos fundamentais em direito sancionatório, em particular, do direito à inviolabilidade da correspondência, à privacidade e à tutela jurisdicional efetiva, contidos nos artigos 2.º, n.º 4 do artigo 32.º, n.ºs e 1 e 4 do artigo 34.º e 20.º da CRP[161].

II.3.2 Apreciação da Autoridade

201. Apreciando a alegação das visadas, cumpre recordar, em primeiro lugar, que o regime do processo penal não é aplicável à apreensão de correio eletrónico em processos de contraordenação relativos a práticas restritivas da concorrência, na medida em que inexiste lacuna que justifique o recurso à aplicação subsidiária do RGCO ou do CPP. Além das decisões já citadas supra, também no acórdão do TRL de 4 de março de 2020[162], se sufraga orientação idêntica:

«*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, inexiste 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*».

202. 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 LdC, a AdC pode apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido e que, por isso, já não mereçam da proteção dada à correspondência ainda não lida.

[159] Cf. §967 da PNI MCH.

[160] Cf. §32 da PNI Active Brands.

[161] Cf. §40 da PNI Active Brands.

[162] Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2, ainda não transitado em julgado. Ainda propugnando entendimento semelhante, veja-se igualmente o Acórdão do TRL, de 6 de dezembro de 2020, no âmbito do processo n.º 18/19.YUSTR-D (também não transitado em julgado).

203. Nos termos do artigo 21.º da LdC, 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.

204. Todavia, prevê a mesma norma a exceção de que, (apenas) quando expressamente previsto, esta competência será do juiz de instrução: é o caso autorização da busca domiciliária (cf. n.º 1 do artigo 19.º da LdC), da presença em busca em escritório de advogados ou consultório médico (cf. n.º 7 do artigo 19.º da LdC) ou da apreensão em banco ou instituição de crédito de documento sujeito a sigilo bancário (cf. n.º 6 do artigo 20.º da LdC).

205. Não foi nenhum desses, no entanto, o caso das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do presente processo.

206. O Ministério Público era, assim, 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 empresa de qualquer documentação independentemente do seu suporte, incluindo mensagens de correio eletrónico aberto/lido).

207. 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.

208. A argumentação proposta pelas visadas Active Brands e MCH não tem, assim, respaldo na lei ou na jurisprudência citada, pelo que, em face do exposto, improcede a alegada nulidade da Nota de Ilicitude quanto à inexistência de despacho competente que autorizasse a apreensão de prova realizada.

209. Relativamente à alegada inconstitucionalidade do disposto na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, alegada pela Active Brands, cabe referir o entendimento do Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 593/2008 suprarreferido, segundo o qual «*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.º 1, da CRP)*».

210. 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 inviolabilidade da correspondência, à privacidade e à tutela jurisdicional efetiva 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, também estes com assento constitucional (cf. al. *f)* do artigo 81.º da CRP).

211. Inexiste, pois, qualquer inconstitucionalidade nos termos alegados pela visada Active Brands.

II.4 Da alegada nulidade da prova derivada da violação do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa

II.4.1 Posição da visada MCH

212. A 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.

213. A visada começa por trazer à colação o n.º 2 do artigo 12.º da CRP e a circunstância 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*»[163].

214. Para o efeito, 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.

215. 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 proteção deste direito será já viável se o lermos de uma forma ampla 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*»[164].

216. Face ao exposto, esta empresa 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 proteção que decorre do artigo 26.º da CRP.

217. 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*»[165].

218. A MCH refere que este direito se reconduz, nomeadamente, a «*aspetos 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*

[163] Cf. §922 da PNI MCH.

[164] Cf. §926 da PNI MCH.

[165] Cf. §936 da PNI MCH.

verdadeira "abusiva intromissão na vida privada", *desprovida de habilitação legal, e, por isso, apta a gerar, por si só, a proibição de prova a que respeita o artigo 32.º, n.º 8 da CRP*»[166].

219. 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 CRP[167] e do n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem («CEDH»).

220. A este respeito, começa por referir que dos *e-mails* apreendidos consta e deduz-se um conjunto de informações que correspondem a «*dados pessoais dos colaboradores da MCH*», mobilizando, em particular, o artigo 4.º, parágrafo 1.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de maio de 2016 (Regulamento Geral de Proteção de Dados, «RGPD») para a densificação do conceito de «*dados pessoais*».

221. 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*»[168].

222. Deste modo, 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*»[169].

223. A MCH sustenta que «*in casu, não só não há lei habilitante, como não se encontra preenchido nenhum dos critérios de necessidade*»[170] 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.

224. A visada alega, assim, 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 do direito à privacidade dos respetivos destinatários, ainda que sejam pessoas coletivas, tudo*

[166] Cf. §§937 a 939 da PNI MCH.

[167] Cf. §947 da PNI MCH.

[168] Cf. §§941 a 942 da PNI MCH.

[169] Cf. §§944 a 945 da PNI MCH.

[170] Cf. §952 da PNI MCH.

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»[171].

II.4.2 Apreciação da Autoridade

225. No que diz respeito à alegada violação do direito à inviolabilidade da correspondência e do direito à inviolabilidade das telecomunicações, remete-se para a apreciação e considerações desenvolvidas no capítulo II.3, tendo-se por improcedente a referida arguição.

226. 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 respetiva natureza[172].

227. Neste sentido, veja-se, entre outros, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, de 10 de dezembro de 2008[173], 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».

228. 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*».

229. «*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*» (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, de 10 de dezembro de 2008).

230. Não obstante este reconhecimento, não pode deixar de referir-se 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 2003[174], o qual refere que importa reconhecer que «*tal direito não pode*

[171] Cf. §960 da PNI MCH.

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

[173] Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080593.html e consultado em 4 de novembro de 2021.

[174] Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html e consultado em 4 de novembro de 2021.

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

231. 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, «[n]*ão 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 fundamental 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 à sua especialidade* (…)»[175].

232. 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, o que obviamente (e *a contrario*) se constata é que existem intromissões constitucionalmente permitidas.

233. 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 CRP admite quando se trata na 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 2006[176], que não existem, assim, razões para proibir buscas quando se trata da entrada em espaços fechados não merecedores de idêntica tutela constitucional.

234. 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).

235. Destarte, como concluiu o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 593/2008 suprarreferido, «*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.º 1, da CRP)*».

236. 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

[175] MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, Anotação ao artigo 12.º, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 113 a 114.

[176] Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060364.html e consultado em 4 de novembro de 2021.

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, também estes com assento constitucional (cf. al. *f)* do artigo 81.º da CRP).

237. 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.

238. 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 concorrência e *ii)* a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência.

239. A argumentação da MCH relativa à pretensa desproporcionalidade da diligência de busca e apreensão em causa reconduz-se, apenas e tão-só, ao caráter naturalmente intrusivo e coercivo de qualquer diligência de busca e apreensão.

240. Releva, também, referir que o TRL, em acórdão de 12 de novembro de 2019[177], 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*».

241. Não podem colher, pois, os argumentos da MCH.

242. 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 e, em concreto, a proteção de documentos com informações

[177] Proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, disponível em www.dgsi.pt e consultado em 5 de novembro de 2021.

estratégicas ou que por outra via constituam segredo de negócio, está sempre salvaguardada, nos termos da lei.

243. 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 para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.

244. Assim, aquando do acesso ao processo, a Autoridade atuou (e atua sempre) 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 das mesmas, que declararam que os documentos confidenciais a que tenham acesso só poderiam ser utilizados exclusivamente para efeitos de exercício de direitos de defesa e da eventual impugnação judicial de decisão final da Autoridade.

245. 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.

246. 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 informatizados[178], consistindo num dos direitos subjacentes à proteção de dados pessoais[179].

247. 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

[178] Cf. CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, Anotação ao artigo 35.º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I., Coimbra: Coimbra Editora, p. 550.

[179] Neste sentido, *vd.* acórdão do STJ, de 16 de outubro de 2014, proferido no âmbito do processo 679/05.7TAEVR.E2.S1, disponível em www.dgsi.pt e consultado em 28 de novembro de 2021, 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 (...)*».

informações pessoais, bem como assegurar aos seus titulares um leque de poderes de escolha neste âmbito[180].

248. Assim, em primeiro lugar, deve esclarecer-se que a nova legislação de proteção de dados pessoais é enformada por três instrumentos legais: o RGPD, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto («Lei da Proteção de Dados Pessoais»)[181] e a Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto[182].

249. Deste modo, tendo em conta o RGPD, o qual goza de aplicabilidade direta[183], nos termos do artigo 288.º do 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.

250. Consequentemente, depreende-se que os 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 de aplicação*» da alínea *d)* do n.º 2 do artigo 2.º do RGDP, 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)[184] da Diretiva.

251. 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.

252. Por sua vez, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, este regulamento «*aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao*

---

[180] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190464.html e consultado em 29 de novembro de 2021 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, pp. 42 a 66.

[181] 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).

[182] 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.

[183] «*Ou seja, a sua aprovação pelos órgãos de Direito da União Europeia, com a consequente 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).

[184] 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»)*».

tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados».

253. 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.

254. 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 que a frequência das respostas é maior*» – tornem possível, direta ou indiretamente, a identificação de uma pessoa singular.

255. Mais, os dados apresentados pela MCH (informação relativa aos cargos, áreas e empresas mencionados na correspondência eletrónica) não configuram «*categorias especiais de dados pessoais*», as 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*».

256. Acresce que, os mencionados dados também não integram o núcleo duro dos dados constitucionalmente tutelados. A este propósito veja-se a Sentença do TCRS, de 9 de outubro de 2020[185], segundo o qual: «(…) *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)

257. Por sua vez, nos termos do parágrafo 7 do artigo 4.º do RGPD, 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*

[185] Proferido no âmbito do processo n.º 73/20.0YUSTR-A.

tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro».

258. 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 dos Estatutos da AdC) – poderá ser considerada «*responsável pelo tratamento*» na aceção do RGPD[186].

259. Acresce que, as diligências de busca, exame, recolha e apreensão de correio eletrónico efetuadas pela AdC, enquanto concretizações dos seus amplos poderes sancionatórios, legalmente previstas na alínea *c)* do artigo 18.º da LdC, 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, nos termos da 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*».

260. 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 TFUE[187], 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 AdC).

261. Mais, as referidas diligências surgem não apenas como necessárias, mas como indispensáveis (e *in casu* esta necessidade foi evidenciada[188]) 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.

---

[186] Neste sentido, *vd.* DUARTE, Tatiana, Comentário ao artigo 4.º, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Coimbra: Almedina, 2018, p. 163, quando refere «*As autoridades públicas que não sejam consideradas destinatários por tratarem dados pessoais para efeitos de realização de um inquérito – que se encontrará no espectro das suas competências ou atribuições – deverão ser, em nosso entender, consideradas responsáveis pelo tratamento, porquanto a realização de um inquérito pressupõe um grau de autonomia que só vemos ser compatível com esta figura – que do ponto de vista do controlo dos dados e da autonomia decisória, quer do ponto de vista da necessidade de alocar responsabilidades pelo cumprimento das obrigações previstas no RGPD*».

[187] Alínea *f)* do artigo 81.º da CRP e artigos 101.º a 109.º do TFUE.

[188] Cf. fls. 9 e 10 do processo.

262. Por sua vez, a informação pessoal recolhida que foi considerada necessária para a prossecução da missão da AdC, respeitou os princípios da finalidade e da minimização dos dados, decorrentes das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 5.º do RGDP[189].

263. Ademais, para efeitos do presente caso, o tratamento é lícito, nos termos da alínea *e)* do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, segundo o qual:

> «*O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento*».

264. De facto, o tratamento de dados pessoais em geral tem como condição de legitimidade o facto de ser necessário para o exercício de funções de interesse público (*ex vi* alínea *e)* do n.º 1 e n.º 3 do artigo 6.º), constituindo esta a base legal em que assenta a legitimidade do tratamento de dados pela AdC[190].

265. Não obstante, ainda que o tratamento de dados surja como necessário para a missão da AdC, é consabido que sobre si não recai obrigação legal de os tratar[191].

266. Noutro plano, é de salientar 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*»[192].

267. A este propósito, veja-se o entendimento perfilhado pela citada sentença do TCRS, de 9 de outubro de 2020:

> «(...) *resulta do número 4 do artigo 35.º da Constituição, que aquele direito não é absoluto, consentindo excepções, a apreciar à luz do disposto nos números 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Ora, precisamente entre essas excepções, 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*

---

[189] PINHEIRO, Alexandre Sousa, Comentário ao artigo 4.º, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Coimbra: Almedina, 2018, p. 204 e ss.

[190] No mesmo sentido, NEVES, Rita, «O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência», *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 33-34, (janeiro/junho), 2018, p. 202 e ss.

[191] A este propósito veja o referido por PINHEIRO, Alexandre Sousa/GONÇALVES, Carlos Jorge, Comentário ao artigo 6.º, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Coimbra: Almedina, 2018, p. 218, aludindo ao disposto na p. 33 do Parecer do Grupo do Artigo 29.º, de 9 de abril de 2014, sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE (WP 217): «*No tocante à necessidade do tratamento para o exercício de funções de exercício público ou para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável (...) abrange situações nas quais o próprio responsável pelo tratamento tenha sido investido de autoridade pública ou de uma missão de interesse público (**mas não necessariamente também de uma obrigação legal de tratar dados**) e o tratamento seja necessário para o exercício dessa autoridade ou a execução dessa missão».* (realce da Autoridade)

[192] Cf. considerando 4 do RGPD.

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».

268. Importa atender ainda à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto e que se aplica à AdC, por força do n.º 1 do artigo 2.º, nos termos 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*».

269. É ainda de salientar que a AdC, em cumprimento dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais previstos no artigo 5.º do RGPD, dispõe de um Código de Conduta cujo 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*».

270. Assim, terão necessariamente de improceder os argumentos da MCH no sentido de que a AdC não tem lei habilitante que legitime o tratamento de dados pessoais, bem como o de que não se verificam os critérios de necessidade para que ocorra a sua utilização no processo.

271. Também, considerando os respetivos âmbitos de aplicação, é de afastar aplicação da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, bem como da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto.

272. Para este efeito atenda-se, por um lado, à alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, que dispõe que este «*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*». Por outro lado, veja-se os n.º 1 do artigo 2.º e n.º 1 do artigo 1.º daquela Diretiva, segundo os quais é aplicável «*ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para os efeitos estabelecidos no artigo 1.º, n.º 1 » e «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*».

273. Este entendimento está em linha com o Considerando 11 da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 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»[193].

274. 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), pelo que é à CNPD – e não esta Autoridade – que a MCH ou os seus colaboradores deverão dirigir uma eventual exposição nesse sentido, se assim o entenderem.

275. 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, nem qualquer utilização indevida dos dados pessoais de colaboradores da MCH.

II.5 Da alegada nulidade por falta de fundamentação e por abordagem presuntivo-conclusiva da Nota de Ilicitude

II.5.1 Posição das visadas Auchan e Active Brands

276. A visada Auchan vem alegar que a Nota de Ilicitude 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*»[194].

277. Considera a Auchan 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*»[195].

278. O recurso à (mera) referenciação da prova sem uma explicação adicional determina, de acordo com a visada, a nulidade da Nota de Ilicitude por falta da fundamentação da acusação contra a Auchan (nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, da alínea *b)* do n.º 3 do artigo 283.º e do n.º 2 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)[196].

[193] Considerando 11 da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

[194] Cf. §951 da PNI Auchan.

[195] Cf. §942 da PNI Auchan.

[196] Cf. §956 da PNI Auchan.

279. Acresce que 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* (…)»[197].

280. Trata-se assim, de uma omissão 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 282.º, e n.º 2 do artigo 120.º do CPP[198].

281. Por sua vez, a visada Active Brands sustenta que a Nota de Ilicitude, sob a capa de uma alegada «*abordagem presuntiva e conclusiva*», apresenta uma «*narrativa assente em conclusões*» em vez de factos, o que releva um vício de raciocínio por parte da AdC[199].

282. Mais, mobilizando o acórdão do TRL de 31 de outubro de 2019, no sentido de que «*a imputação dos factos tem de ser precisa e não genérica, concreta e não conclusiva, recortando com nitidez os factos que são relevantes para caracterizarem o comportamento contra-ordenacional, incluindo as circunstâncias de tempo e de lugar*», a Active Brands sustenta que a narração dos factos constantes da Nota de Ilicitude não cumpre estes requisitos, o que na sua perspetiva «*constitui uma nulidade, por violação do artigo 283.º, n.º 3 alínea b) do CPP, aplicável ex vi do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO, e dos artigos 32.º, n.º 2 e n.º 10 da CRP, 50.º do RGCO e 25.º da LdC, ou em qualquer caso, por equivaler à ausência do arguido, nos termos do artigo 119.º alínea c) do CPP*»[200].

II.5.2 Apreciação da Autoridade

283. A argumentação aduzida pelas visada Auchan e Active Brands é totalmente improcedente pelos motivos que se passarão a expor.

284. Em primeiro lugar importa apreciar – e afastar – a nulidade invocada por suposta violação do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, na medida em que, referindo-se o disposto às garantias em processos contraordenacionais, estabelece apenas que nestes «(…) *bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*».

285. Ora, como é consabido, o regime consagrado no artigo 25.º da LdC trata precisamente de concretizar e materializar os direitos de audição e defesa que, em processo

[197] Cf. §957 da PNI Auchan.

[198] Cf. §958 da PNI Auchan.

[199] Cf. §§68, 70 e 74 da PNI Active Brands. Para concretização deste argumento, veja-se o referido, a título exemplificativo nos §§73 a 74 da mencionada PNI onde se refere que «*a AdC propõe-se explicar os factos partindo do princípio que existe uma relação triangular de hub and spoke entre as Visadas e as empresas de distribuição Modelo Continente, Pingo Doce e Auchan. O método de raciocínio deveria ser o inverso, estabelecer factos e verificar se é possível extrair conclusões* (…)».

[200] Cf. §79 da PNI Active Brands.

contraordenacional por infração às regras de concorrência, são garantidos pelo n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

286. Acresce que, no âmbito de processos contraordenacionais (em geral), na fase da instrução, o direito de audição 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.

287. Com efeito, o princípio do contraditório, na fase de instrução, 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 termos de lhe ser dado previamente o direito de se pronunciar sobre todos os atos ou questões que possam colidir com a sua defesa.

288. 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), as visadas tiveram oportunidade de apresentar a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude e de requerer audição oral e/ou as diligências complementares de prova que consideraram convenientes, – o que as visadas não contestam – assim se efetivando os seus direitos de audiência e defesa.

289. No que respeita às nulidades invocadas quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilicitude, como sejam os elementos mínimos constitutivos da imputação, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da Nota de Ilicitude não podem ser supridos pelo recurso neste plano, nem ao n.º 3 do artigo 283.º nem aos outros normativos invocados do CPP.

290. A este respeito, cumpre, em primeiro lugar, relembrar que a questão da equiparação de uma nota de ilicitude, adotada 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 e a Active Brands a caracterizam.

291. Entende a Autoridade, em termos expressos na respetiva prática decisória[201], que a nota de ilicitude adotada no âmbito de processo contraordenacional por infrações à LdC não pode ser equiparada a uma acusação, conforme prevista no processo penal.

292. Com efeito, 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, 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.

[201] Cf. decisão do conselho de administração da AdC, de 30 de julho de 2019 no âmbito do PRC/2017/10, em particular §§439 a 444, disponível em www.concorrencia.pt.

293. 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. De facto, o processo contraordenacional encontra-se estruturado de forma marcadamente diferente do processo penal.

294. 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.

295. Clarificada esta questão, no que respeita especificamente ao conteúdo da nota de ilicitude, o Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça («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)[202]

296. 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 e, consequentemente, para que não seja proferida decisão final condenatória.

297. 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.

298. O TCRS também já pronunciou, em 30 de setembro de 2020[203], relativamente à questão prévia de falta de fundamentação, esclarecendo que «*conforme jurisprudência consolidada do STJ, 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"*».

[202] Assento 1/2003 do STJ, Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 25 de janeiro de 2003, recurso 467/2002, ponto 13, II.

[203] Sentença do TCRS, de 30 de setembro de 2020 (ainda não transitada em julgado), proferida no âmbito do processo n.º 322/17.1YUSTR.

299. Neste quadro de análise, entende-se que, no presente caso, não assiste razão às visadas, porquanto se considera que a Nota de Ilicitude é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício que ora lhe é imputado.

300. 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»[204] (sublinhado da Autoridade)

301. Nestes termos e com este enquadramento, considerando a Nota de Ilicitude oportunamente notificada às visadas, 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 das visadas*»: as visadas foram devidamente identificadas, desde logo no preâmbulo da Nota de Ilicitude (cf. páginas 6 a 8 da Nota de Ilicitude), sendo posteriormente efetuada, no capítulo II.1 da Nota de Ilicitude (*«Identificação e caracterização das visadas*» – cf. §§45 a 97 da Nota de Ilicitude), uma descrição mais detalhada de cada uma das visadas, da sua atividade comercial, e do grupo empresarial onde se inseriam 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 Ilicitude («*Comportamentos das visadas*» – cf. §§188 a 729 da Nota de Ilicitude), foi realizada uma descrição sequencial, narrativamente orientada e espácio-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 (seja porque expressamente analisados e ilustrativamente explicitados na Nota de Ilicitude, seja porque expressamente referenciados como de

[204] Cf. §§84 e 85 das Linhas de Orientação da AdC sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de março de 2013, disponível em https://www.concorrencia.pt/pt/legislacao e cópia junta aos autos a fl. 4621do processo

teor análogo aos primeiros, nos termos que se explicitam em maior detalhe *infra*, no presente capítulo);

(iii) «*Indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação*»: no capítulo III.1 da Nota de Ilicitude («*Apreciação jurídica e económica dos comportamentos das visadas*» – §§730 a 1131 da Nota de Ilicitude), 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; e

(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 Ilicitude («*Determinação das sanções*» – cf. §§1132 a 1231 da Nota de Ilicitude), 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.

302. Adicionalmente, na Nota de Ilicitude foram ainda comunicados às visadas diversos aspetos relacionados com a origem e tramitação do processo (cf. capítulo I da Nota de Ilicitude – «*Do Processo*»), nomeadamente como é que a AdC teve notícia da infração[205], quando é que foi aberto o inquérito[206] e quais as diligências probatórias realizadas[207].

303. Por fim, no capítulo II da Nota de Ilicitude – «*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 (cf. capítulo II.2 da Nota de Ilicitude[208]).

304. À luz do exposto, fica patente que as exigências de conteúdo da Nota de Ilicitude foram respeitadas na íntegra no presente processo, tendo sido comunicados às visadas, aquando da Decisão de Inquérito, todos os elementos necessários para que estas pudessem exercer os seus direitos de defesa previstos na LdC, no RGCO e na CRP, inexistindo como tal e a este respeito, qualquer violação desses mesmos direitos.

305. No que respeita à invocada utilização, na Nota de Ilicitude, de uma técnica remissiva e seleção de elementos de prova para caraterizar a prática da infração por parte da Auchan, saliente-se que a utilização de uma tal metodologia (que, como se demonstrará, não

[205] Reproduzida na presente Decisão no capítulo I *supra*.

[206] Reproduzida na presente Decisão no capítulo I *supra*.

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

[208] Reproduzida na presente Decisão no capítulo III.3 *infra*.

acarreta qualquer indeterminação) não pode relevar nos termos alegados pela visada, uma vez que a Nota de Ilicitude é esclarecedora quanto à recondução da conduta das visadas às normas legais aplicáveis e à imputação objetiva e subjetiva da infração em causa às visadas, permitindo-lhes ponderar a eventual «*oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial*» da decisão final.

306. Ou seja, é patente que, relativamente a todas as visadas, o exercício dos seus direitos de defesa não ficou frustrado pelas alegadas insuficiências que a Nota de Ilicitude pudesse conter, sendo sempre possível percorrer o raciocínio da Autoridade e dele extrair as devidas conclusões.

307. 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 elencada para demonstração do que é imputado.

308. A este propósito, no que à prova diz respeito, a visada Auchan alega que a não indicação de todos os meios de prova disponíveis contra elas, através da utilização da expressão «*entre outros*», sem quaisquer explicações adicionais, impede que estas se pronunciem sobre factos que lhes possam ser imputados, frustrando um exercício pleno dos seus direitos de defesa e audição.

309. Não colhe, contudo, a alegação feita pela visada.

310. Na verdade, em primeiro lugar, a AdC utiliza como meio de prova para demonstrar a infração, bem como o envolvimento das visadas, apenas uma parte do acervo probatório constante dos autos (designadamente os elementos/documentos identificados na Nota de Ilicitude, seja por citação ou ilustração expressas, seja por referência contextualizada aos Anexos 1 e 2).

311. De entre estes documentos, a circunstância de a AdC no capítulo II.3.4. «*Envolvimento dos visadas*» da Nota de Ilicitude, apenas fazer referência àqueles que considera mais reveladores e evidentes da participação e envolvimento de cada visada na prática ilícita, não obsta a que as visadas utilizem todo o acervo probatório mencionado, que lhes foi efetiva e contextualmente imputado, para efeitos de defesa (tal como identificado no Anexo 1 à Nota de Ilicitude).

312. Tal utilização, com menção para demais elementos do mesmo tipo dos constantes dos autos em termos mais expressos (ou seja, citados ou com imagens reproduzidas), decorre da necessidade de um esforço de síntese, atento o volume da prova em causa.

313. A descrição detalhada e exaustiva de todos os elementos probatórios na Nota de Ilicitude, para além de desnecessária nos termos acima sustentados, tornaria esta peça processual dificilmente inteligível, puramente pela dimensão que assumiria.

314. Destarte, o exercício dos direitos de defesa das visadas e o conhecimento de todo acervo probatório constante dos autos – quer os que foram usados na imputação, quer os demais

– nunca foi coartado, tendo tido as visadas, de facto, acesso à versão confidencial (integral) e não confidencial do processo.

315. E tanto assim é que, para efeitos da sua pronúncia, num exercício pleno do seu direito ao contraditório, no caso da visada Auchan, esta recorreu a outros elementos do acervo probatório constantes dos autos, distintos dos utilizados pela AdC para efeitos de demonstração da prática e respetivo envolvimento das visadas, utilizando, igualmente, uma técnica remissiva, de seleção de elementos de prova para efeitos de defesa (cf., nomeadamente, o §1342 da PNI Auchan).

II.6 Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça relativa ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan

II.6.1 Posição da visada Auchan

316. 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 Intermarché («ITMP»), Lidl, Dia/Minipreço ou E.Leclerc.

317. Vem, por esse motivo, defender a nulidade da Nota de Ilicitude 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 do artigo 4.º do CPP)*»[209].

II.6.2 Apreciação da Autoridade

318. A AdC não contesta que alguns dos meios de prova utilizados na Nota de Ilicitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.

319. Também não contesta que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às tais insígnias.

320. Finalmente, não contesta que tais empresas de distribuição não foram investigadas no presente processo de contraordenação.

321. Trata-se, no entanto, de uma matéria que não deverá ser objeto de análise em sede de questões prévias.

322. 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

[209] Cf. §§158 e 654 da PNI Auchan.

Autoridade quanto aos factos e ao direito não consubstancia uma questão prévia. Constitui, sim, matéria que deverá ser (e será) analisada em sede de apreciação dos factos e respetiva qualificação (direito).

323. Não obstante, cumpre à AdC no presente capítulo, demonstrar a improcedência das nulidades arguidas pela visada.

324. Segundo um princípio da justiça relativa, para situações iguais deve ser aplicado o mesmo critério jurídico.

325. Sucede que, no presente processo, o recurso a este princípio não resulta na igualdade (material) de posições sustentada pela visada Auchan para outras insígnias que não as empresas de distribuição visadas, ou seja, a posição das empresas Dia/Minipreço, Intermarché, E.Leclerc, embora teoricamente semelhante, não é inteiramente coincidente com a posição da Auchan e das restantes empresas de distribuição visadas, *maxime* em termos factuais e probatórios.

326. 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, tal como se demonstrará *infra* nos §§881 a 891 da presente Decisão.

327. Não se tratando de situações exata e materialmente 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.

328. Na verdade, o conselho de administração da AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência, pelo que decidiu proceder, oficiosamente, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, à abertura de inquérito no âmbito do presente processo, tendo como visadas as empresas Active Brands – Distribuição e Comercialização de Marcas, S.A., Jerónimo Martins – SGPS, S.A., Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A., Modelo Continente Hipermercados, S.A., Sonae MC – Modelo Continente, SGPS, S.A., Sonae Investimentos – SGPS, S.A., Auchan Portugal Hipermercados, S.A., Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A. (cf. fls. 2 a 7 do processo).

329. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento, também, das pessoas singulares [Diretor Off-Trade - Active Brands], na qualidade de titular de cargo de direção da empresa Active Brands – Distribuição e Comercialização de Marcas, S.A., e da empresa Gestvinus – Investimento e Serviço Vitivinícolas e Comerciais, S.A., na qualidade de sociedade-mãe da Active Brands (cf., respetivamente, fls. 1533 e 1953 do processo).

330. A decisão de alargar o âmbito subjetivo surge como consequência do disposto no n.º 4 do artigo 31.º da LdC que estatui que «*a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da Autoridade da Concorrência*».

331. Do exposto, não resulta omitida a prática de qualquer ato que a lei prescreva como obrigatório, pelo que não se reconhece a existência de qualquer nulidade prevista nas alíneas *b)* e *d)* do artigo 119.º do CPP.

332. Por fim, nas palavras da visada, a Auchan vem arguir «*em alternativa*» a nulidade da Nota de Ilicitude 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 *ex vi* artigo 4.º do CPP.

333. Tal como referido *supra*, em primeiro lugar, importa sublinhar, que não se concebe como é que estas alegações poderiam, mesmo na hipótese de terem alguma correspondência com a realidade (*quod non*), consubstanciar uma violação dos direitos de audição e defesa da Auchan, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

334. 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 Pronúncia sobre a Nota de Ilicitude é precisamente o instrumento processual adequado para a Auchan fornecer a sua visão dos factos vertidos pela AdC na Nota de Ilicitude.

335. A Auchan tem direito a discordar do entendimento da Autoridade, tendo expressado as razões da sua discordância na sua Pronúncia sobre a Nota de Ilicitude. 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 Pronúncia Sobre a Nota de Ilicitude, no exercício do seu direito de defesa constitucionalmente consagrado, constitui uma violação desse mesmo direito de defesa gerador de uma nulidade.

336. Não obstante a Auchan estar precisamente a exercer o seu direito de defesa, facilmente se compreende que a arguição de nulidade da Nota de Ilicitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação, não pode colher.

337. Na verdade, se a AdC tivesse levado a cabo, efetivamente, uma narrativa baseada em pressupostos de factos 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 «*constituir*» determinadas empresas de distribuição retalhista como visadas se contradiz nos factos que imputa.

338. 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 determinada insígnia mencionada em elementos probatórios relevantes constantes dos autos não fosse destinatária da Nota de Ilicitude no processo não pode, por si só, determinar a nulidade da Nota de Ilicitude, nos termos arguidos.

339. Veja-se, nesse mesmo sentido, o acórdão do STJ, de 9 de fevereiro de 2017[210], quando refere que «[o]*corre a nulidade prevista no art. 615º, nº 1, al. c) do CPC quando os fundamentos referidos pelo juiz conduziriam 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*».

340. Em suma, a mera afirmação 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 Ilicitude.

341. No caso concreto, como se aflorou acima e se demonstrará em maior detalhe *infra*, tal erro e contradição nem sequer se verificam.

342. A referida matéria será, contudo, melhor analisada em sede de apreciação nos factos, aí se avaliando os argumentos trazidos à colação pela Auchan (cf. §§881 a 891 da presente Decisão).

II.7 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional

II.7.1 Posição da visada Auchan

343. Na sua pronúncia, a Auchan alega que a AdC não dispõe de elementos probatórios para demonstrar que, em cada ano (de 2008 a 2012), a Auchan praticou cada um dos quatro subcomportamentos que permitiriam preencher o ilícito de «*hub and spoke*», bem como é de descartar a qualificação da infração como de execução permanente[211].

344. 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 de fevereiro de 2017, com a realização de buscas nas instalações da Auchan –, já teriam prescrito.

345. 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 29 de outubro de 2008 e 16 de fevereiro de 2012.

II.7.2 Apreciação da Autoridade

346. Apreciada a argumentação da visada a este respeito, a Autoridade considera a mesma improcedente, pelas razões que se seguem.

---

[210] Proferido no âmbito do processo n.º 2913/14.3TTLSB.L1.S1, disponível em www.dsgi.pt e consultado em 27 de dezembro de 2021.

[211] Cf. capítulo III.5 da PNI Auchan.

347. 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).

348. Esta premissa, a confirmar-se, como demonstra a Autoridade que se confirma, invalida a argumentação das visadas a propósito da prescrição.

349. Concretizando, embora sem se pretender repetir a análise relativa à execução temporal da infração: por um lado é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das visadas, que decorre não só do facto de até 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 suspendido em algum momento ou circunstância do período considerado; por outro lado, inexiste qualquer elemento de prova que evidencie que alguma das visadas – incluindo visada que vem alegar a prescrição – tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado (cf. capítulo IV.1.5 da presente Decisão).

350. A referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva, assim, a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo momento de consumação perdurou no tempo, enquanto subsistiram os comportamentos ilícitos das visadas.

351. 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, mas não importa as consequências que a visada lhe atribui, já que, como se referiu, a infração em causa é uma infração de carácter permanente.

352. Ora, sem prejuízo de se considerar que as visadas iniciaram o seu envolvimento na prática na vigência da Lei n.º 18/2003, à luz da qual os comportamentos já eram puníveis, e tendo o facto censurável *in casu* sido iniciado, tanto quanto é possível demonstrar-se com base na prova carreada para os autos, a 29 de outubro de 2008 no caso da Auchan, e terminado a 19 de maio de 2017, não poderá deixar de concluir-se pela aplicação da lei vigente nesses (últimos) momentos – a LdC – à totalidade da factualidade típica, independentemente de ser, ou não, concretamente mais gravosa (conforma analisado em detalhe *infra*, cf. capítulo IV.1.1 da presente Decisão).

353. Isto porque, como se demonstrou *supra*, está-se perante uma infração de carácter permanente e não perante um conjunto desagregado de infrações instantâneas.

354. Ora, nos termos do n.º 3 do artigo 74.º da LdC, a prescrição do procedimento por contraordenação interrompe-se «*com a notificação* [à visada] *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».

355. Assim, nos dias 16 de fevereiro de 2017 e 3 de março de 2017, data de início das referidas diligências, a Auchan foi formalmente notificada do mandado de busca e apreensão, bem como do despacho que determinou a respetiva autorização e ordem, constituindo esse um ato que pessoalmente a afeta.

356. 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, encontrando-se o processo contraordenacional em tempo e cumprindo à Autoridade decidir o mesmo, sem prejuízo das suspensões do prazo prescricional entretanto ocorridas, impostas por determinação legal[212].

357. Por todo o exposto, em resposta aos argumentos invocados pela Auchan, e reforçando o que a este respeito a Autoridade já referiu na Nota de Ilicitude e no presente capítulo, é de salientar que:

i) Atentos os factos descritos e os elementos de prova juntos aos autos, o seu envolvimento no comportamento anticoncorrencial remonta a, pelo menos, 29 de outubro de 2008, mantendo-se até, pelo menos, 19 de maio de 2017, traduzindo-se numa infração permanente ao direito da concorrência;

ii) 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, para a Auchan, encontrando-se o processo contraordenacional em tempo e cumprindo à AdC decidir o mesmo, sem prejuízo das suspensões do prazo prescricional em curso impostas por determinação legal; e

iii) Assim, ao contrário do alegado pela Auchan, os factos praticados entre 29 de outubro de 2008 e 16 de fevereiro de 2012 também não se encontram prescritos.

358. Nestes termos, improcedem os argumentos gizados pela visada em causa[213], pelo que a Autoridade mantém inalterada a sua posição, remetendo a apreciação referente à natureza (permanente) da infração para o capítulo IV.1.5 da presente Decisão e para o capítulo III.3.4.3 da presente Decisão.

---

[212] O Governo português, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março de 2020, decretou a suspensão dos prazos processuais, tendo a mesma produzido efeitos entre 9 de março de 2020 e 3 de junho de 2020, com impacto decisivo neste processo, que assim se manteve suspenso. O processo esteve ainda suspenso entre 22 de janeiro de 2021 e 6 de abril de 2021, em consequência de uma segunda suspensão dos prazos processuais e administrativos decretada pelo Governo português, através da Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro de 2021, no contexto das medidas adotadas para fazer face à pandemia associada à COVID-19.

[213] Os argumentos da Auchan de que a AdC não dispõe de elementos probatórios para demonstrar que, em cada ano (de 2002 a 2012), esta visada praticou cada um dos quatro subcomportamentos que permitiriam preencher o ilícito de «*hub and spoke*» serão objeto de apreciação e resposta nos capítulos III e IV, por corresponderem a matéria substantiva e não integrarem questões de natureza prévia ou prejudicial.

II.8 Da alegada nulidade da Nota de Ilicitude derivada do tratamento de confidencialidades

II.8.1 Posição da visada Pingo Doce

359. Na sua PNI, a Pingo Doce reitera que a confidencialidade da informação referente a documentação submetida em resposta a pedidos de elementos deveria ter sido mantida nos termos das respetivas respostas e fundamentações apresentadas[214].

360. 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.

361. Não obstante, a visada refere que a documentação que apresentou em resposta às decisões da AdC sobre tratamento de informação confidencial foi feita de modo a evitar que versões confidenciais de documentos fossem consideradas integralmente não confidenciais.

362. Ademais, a Pingo Doce considera que, existindo *e-mails* que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce, apreendidos nas instalações da Active Brands, e tendo estes sido utilizados na Nota de Ilicitude como prova alegadamente incriminatória, sem que à Pingo Doce tivesse sido dada oportunidade de se pronunciar, esta atuação viola o disposto no artigo 30.º da LdC[215].

363. A visada não descura 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 27 de outubro de 2020[216].

364. Sem prejuízo, na sua resposta ao ofício em causa, a Pingo Doce referiu que a utilização de informação classificada como confidencial numa eventual Nota de Ilicitude deveria respeitar as respetivas versões não confidenciais já apresentadas.

365. No entender da visada Pingo Doce, «*para efeitos de elaboração da Nota de Ilicitude e de acesso à versão não confidencial do processo (acessível a todas as co-visadas e não apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa), deveria a AdC ter utilizado as versões não confidenciais dos pedidos de elementos*

[214] Cf. §2 da PNI Pingo Doce.

[215] Cf. §§13 e 14 da PNI Pingo Doce.

[216] Cf. ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4916 (cf. fls. 2299 a 2302 do processo).

que PINGO DOCE apresentou em 3.08.2020 e a 22.9.2020, respetivamente a vol. 4, fls. 1595 a 1600 do Processo, e a vol. 5, fls. 1936 a 1941 do Processo (sem prejuízo das ilegalidades respeitantes à comunicação dos factos)»[217].

366. 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 de Tratamento de Confidencialidades*»[218].

367. Refere assim a empresa que, quer da leitura da Nota de Ilicitude, 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 Ilicitude.

368. No entender da Pingo Doce, o exercício do direito de defesa das restantes co-visadas nunca estaria prejudicado porquanto estas sempre teriam acesso, através dos seus advogados, à versão confidencial dos referidos documentos e *e-mails* classificados como confidenciais pela Pingo Doce[219].

369. 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*»[220].

370. Refere, por isso, que «*a única solução possível e legal é a que já foi adotada pela AdC quando emitiu as notas de ilicitude nos processos contraordenacionais paralelos (PRC/2017/1, PRC/2017/7 e PRC/2017/13): emissão de uma versão não confidencial da Nota de Ilicitude (acessível apenas em data room nos termos acima vistos) e ainda uma versão não confidencial de acesso a todas as co-visadas*»[221].

371. Face ao exposto, a Pingo Doce conclui que «*a utilização na NI 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, e 195.º do Código Penal, e inquina de nulidade a presente NI,* [o] *que*[,] *estando 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*

[217] Cf. §19 da PNI Pingo Doce.

[218] Cf. §§24 e 25 da PNI Pingo Doce.

[219] Cf. §34 da PNI Pingo Doce.

[220] Cf. §36 da PNI Pingo Doce.

[221] Cf. §35 da PNI Pingo Doce.

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»[222].

372. Mais, a Pingo Doce sustenta 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 da AdC sobre tratamento de confidencialidades – são, nessa interpretação, materialmente inconstitucionais por violação dos artigos 62.º, 61.º, 81.º, alíneas e) e j) e 18.º da CRP)*»[223].

II.8.2 Apreciação da Autoridade

373. 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, vício este, aliás, que se encontra expressamente tipificado nos artigos 119.º e 120.º do CPP, aplicáveis *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º do RGCO.

374. 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.

375. Nos termos do artigo 30.º da LdC, a AdC tem o dever de acautelar o legítimo interesse das visadas 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.

376. 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, (todas) as visadas 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.

377. 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 fundadamente concretizada pela AdC.

378. No presente caso, observa-se que, terminado o procedimento de tratamento de confidencialidades referente 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 ameaça ilegal de que a não*

[222] Cf. §§37, 38, 39 e 40 da PNI Pingo Doce.

[223] Cf. §43 da PNI Pingo Doce.

submissão de versões não confidenciais dos elementos nos termos indicados pela AdC implicaria a consideração de todas as informações em causa como não confidenciais»[224].

379. 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, reiterar que a confidencialidade da informação apresentada deveria ser mantida nos termos das respostas e fundamentação apresentadas.

380. 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.

381. 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.

382. Destarte, a visada Pingo Doce poderia sempre ter recorrido da decisão final de 13 de outubro de 2020[225], nos termos do n.º 3 do artigo 84.º e do artigo 85.º da LdC, e, em primeira linha, arguido a respetiva irregularidade junto da AdC, quanto à alegada falta de fundamentação.

383. 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* do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e do artigo 13.º da LdC, essa sua faculdade encontra-se irremediavelmente precludida, devendo concluir-se que a Pingo Doce se conformou com os alegados vícios que agora volta a invocar.

384. 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*».

385. Reitera-se, assim, que foi exatamente esse o exercício levado a cabo pela AdC durante todo o procedimento de confidencialidades, tendo a Pingo Doce tido, em sede própria, a possibilidade de se pronunciar sobre o mesmo, optando, todavia, por não o fazer.

386. 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 visada Pingo Doce.

[224] Cf. §44 da PNI Pingo Doce.

[225] Cf. Decisão Final constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4735.

387. 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 Ilicitude 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.

388. Ora, 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 Ilicitude e a versão não confidencial do processo contêm informação confidencial da Pingo Doce. 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 as visadas titulares de informações confidenciais o cumprimento de determinados ónus sob pena da cominação legal de classificação da informação como não confidencial.

389. No termo do procedimento de classificação de confidencialidades, a AdC aceitou as versões não confidenciais apresentadas, as quais foram ao encontro com a decisão final por si proferida, tendo sido conferida proteção a determinados segmentos de informação.

390. Assim, a informação relevante da Pingo Doce constante da Nota de Ilicitude 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.

391. 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 27 de outubro de 2020[226] e 17 de abril de 2020[227].

392. Ainda assim, cumpre referir que a AdC notificou às empresas visadas pelo presente processo uma única versão da Nota de Ilicitude, cujo teor integra informação constante dos documentos referidos aos anexos aos ofícios S-AdC/2020/4916 e S-AdC/2020/1285, pese embora a confidencialidade de segmentos constantes destes documentos ter sido deferida aquando do procedimento de classificação e validação de confidencialidades.

393. No entanto, conforme explicitado, a utilização de informação vertida naqueles documentos revelou-se necessária à redação da Nota de Ilicitude 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.

394. 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*

[226] Cf. ofício registado sob a referência n.º S-AdC/2020/4916.

[227] Cf. ofício registado sob a referência n.º S-AdC/2020/1285.

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».

395. Por sua vez, no 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.

396. 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 suprarreferidos, 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.

397. Neste contexto, conclui-se que a utilização pela Autoridade de informações classificadas como confidenciais para efeitos de imputação à Pingo Doce se circunscreveu às 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.

398. 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 TRL, proferido em 23 de setembro de 2021[228].

399. 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*».

400. 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 dos próprios processos, caso contrário a sua tarefa e prossecução da sua missão ficaria deveras limitada.

401. 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.

402. A AdC cumpriu todos os trâmites legais, não se alcançado, assim, em que medida poderia a sua atuação culminar numa nulidade da prova utilizada.

403. Improcede, pois, o alegado por esta visada.

404. 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

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

relativamente a uma série de *e-mails* apreendidos nas instalações da Active Brands que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce.

405. 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 LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, que, no que à proteção dos segredos de negócio diz respeito, se refere às entidades *titulares* das informações em causa.

406. Ora, a menção a titular da informação em causa terá de se referir à entidade detentora da informação cuja confidencialidade se pretende proteger.

407. 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)

408. Ora, os documentos/*e-mails* a que a Pingo Doce faz menção – *i.e.*, que existem *e-mails* que foram apreendidos nas instalações da Active Brands e que têm como um interlocutor (remetente ou destinatário) um ou mais colaboradores da Pingo Doce e que foram utilizados na Nota de Ilicitude como prova alegadamente incriminatória –, nomeadamente, os documentos ActiveBrands843, ActiveBrands894 e ActiveBrands1092, é de salientar que a Active Brands é a empresa a detentora da informação apreendida, sendo a esta empresa visada que a AdC se deve dirigir, e dirigiu[229], nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC.

409. 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.

410. Ademais e nos casos em que colaboradores da Pingo Doce figuram como remetentes das mensagens, relembra-se o entendimento do TRL, mencionado *supra* (cf. §0), 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*».

411. Pelo exposto se conclui que a Autoridade, no que aos documentos ActiveBrands843, ActiveBrands894 e ActiveBrands1092 diz respeito, interpelou, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC, o efetivo detentor da informação em causa, improcedendo também por essa via, o vício alegado pela visada Pingo Doce.

[229] Cf. pedido de identificação de informação confidencial, de 21 de abril de 2020, constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/1360.

412. 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.

413. 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.

414. 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.

415. 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 as visadas 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)).

416. 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.

417. 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.

418. É, por isso, desprovida 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 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 3. de agosto de 2020[230] e 22 de setembro de 2020[231], versões não confidenciais que a AdC, tal como referido na sua decisão final de 13 de outubro 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 extemporâneo e desprovido de fundamento legal.

419. 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 do processo e da NI por intermédio dos seus advogados e/ou assessores económicos externos, pelo que a documentação/emails qualificados como confidenciais por PINGO DOCE não prejudicam o exercício dos direitos de defesa daquelas empresas (artigo 33, n.º 4 do RJC)*».

420. 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*.

421. *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.

422. As demais entidades, visadas ou terceiros que demonstrem interesse legítimo, têm acesso à versão não confidencial dos autos aceite pela AdC (ou pelos tribunais).

423. 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 coerência na sua interação com todas as empresas visadas em processos contraordenacionais.

424. De resto, a AdC, enquanto entidade administrativa independente, 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.

425. 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.

[230] Cf. comunicação com a referência interna E-AdC/2020/5049.

[231] Cf. comunicação com a referência interna E-AdC/2020/5936.

426. 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.

427. Assim se compreende que a Autoridade não descura que a tutela de informações confidenciais é uma decorrência do direito de propriedade privada (artigo 62.º CRP) e do direito de livre iniciativa económica (n.º 1 do artigo 61.º da CRP), e tanto assim é que a AdC acautelou a proteção de informação confidencial cujos pedidos foram devidamente fundamentados pela Pingo Doce, face aos critérios de concessão de proteção da AdC.

428. Inexiste, pois, qualquer nulidade que deva ser declarada nos termos alegados.

II.9 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória

II.9.1 Posição da visada Pingo Doce

429. 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 mesmos[232].

430. 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 *e-mails*, sendo ilegal e inconstitucional, por tal se revelar imprescindível para o exercício do direito de defesa, nos termos dos artigos 33.º e do n.º 1 do artigo 25.º, ambos da LdC, e n.ºs 1, 5, 7 e 10 do artigo 32.º e n.º 4 do artigo 20.º da CRP e artigo 6.º da CEDH[233].

II.9.2 Apreciação da Autoridade

431. A respeito desta alegação da Pingo Doce cumpre evidenciar que o desentranhamento a que a visada se refere reporta-se a documentação apreendida não nas suas instalações (o desentranhamento desta, ainda no âmbito do PRC/2016/4, acima referido, foi-lhe devida e oportunamente notificado, não tendo suscitado da sua parte qualquer objeção), mas nas instalações das demais co-visadas.

432. 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.

---

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

[233] Cf. §53 da PNI Pingo Doce.

433. 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 de todo quanto a qualquer caráter potencialmente exculpatório dessa prova para as demais visadas (que, na realidade, não existe, nem nessa nem em qualquer prova desentranhada/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*).

434. 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.

435. 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.

436. A este respeito conclui 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 objeto do presente processo*»[234].

437. 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.6 da presente Decisão.

438. 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, tendo esta visada tido conhecimento dos demais desentranhamentos efetuados, aparentemente, conformou-se com os mesmos, não impugnando judicialmente as respetivas decisões interlocutórias da AdC que suportaram tais desentranhamentos pelo que, estando o seu direito processual irremediavelmente precludido, não pode em sede de pronúncia à Nota de Ilicitude tentar repristinar a recorribilidade de decisões já perfeitamente estabilizadas na ordem jurídica.

[234] Cf. acórdão do TRL, de 5 de maio de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 225/15.4YUSTR.L1 – 5.ª Secção –, disponível em www.concorrencia.pt e consultado em 2 de dezembro de 2021.

439. Neste sentido, atente-se à sentença proferida pelo TCRS, em 25 de outubro de 2016[235]:

«(…) 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.

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 intercepção 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 suportes técnicos 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»

440. 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.

441. 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.

[235] Proferida no âmbito do processo n.º 195/16.1YUSTR e já transitada em julgado. No mesmo sentido, sentença do TCRS, de 11 de julho de 2019, proferida no âmbito do processo nº 18/19.0YUSTR-D; sentença do TCRS, de 16 de março de 2017, proferida no âmbito do processo n.º 20/16.3YUSTR já transitada em julgado.

442. Esse pressuposto basilar da atividade sancionatória da AdC é observado em todos os processos contraordenacionais que instrui, não constituindo o presente processo uma exceção.

443. 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.

444. 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.

445. 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*»[236].

446. Mais recentemente, o TRL[237] pronunciou-se sobre a questão da eventual tomada de conhecimento, pelas restantes visadas ou por terceiros, dos documentos apreendidos nas instalações de outra visada e sujeitos a desentranhamento pela AdC:

> «*A opção assumida no sentido da exclusão de documentos apreendidos a outra visada com fundamento em irrelevância foi concretizada no quadro do exercício de poderes claramente atribuídos no n.º 2 do art. 17.º do NRJC.*
>
> *Não está legalmente prevista a obrigatoriedade da notificação de tal decisão, na fase de inquérito, a outras visadas ou a terceiros, nem ocorre ultrapassagem de poderes de intervenção, face à referida norma.*
>
> *Não se violam direitos de defesa, pelas razões acima enunciadas – sobretudo por se tratar de documentos não utilizados com função incriminatória (…)*».

447. Sobre a atuação da AdC, refere também o mesmo Tribunal[238] que «*o exercício dos poderes atribuídos à Autoridade da Concorrência (AdC) nos termos do disposto no referido art. 17.º, desprovido da obrigatoriedade de notificação a outros visados ou terceiros das decisões* de *desentranhamento de documento tidos por irrelevantes para a decisão mostra-se adequado às finalidades perseguidas pelo legislador de tutela pública eficaz do Direito da concorrência («public enforcement», no jargão europeu), revela-se necessário à consecução dos objectivos*

---

[236] Cf. acórdão do TRL, de 25 de outubro de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 195/16.1YUSTR.L1, disponível em www.concorrencia.pt e consultado em 2 de dezembro de 2021.

[237] Cf. acórdão do TRL, de 13 de julho de 2022, proferido no âmbito do processo n.º 144/21.5YUSTRD.L1, disponível em www.concorrencia.pt e consultado em 25 de julho de 2022.

[238] Cf. acórdão do TRL, de 13 de julho de 2022, proferido no âmbito do processo n.º 144/21.5YUSTRD.L1, disponível em www.concorrencia.pt e consultado em 25 de julho de 2022.

normativos (já que sem a concessão de poderes autónomos de decisão não se conseguiria a pretendida efectividade) e não ultrapassa o equilíbrio devido entre essas finalidades e objectivos e os demais direitos envolvidos. É, pois, proporcional».

448. 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.

449. 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.

450. 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 Ilicitude – 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.

451. 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 Autoridade da Concorrência, a todos os documentos a serem objeto de desentranhamento e para efeitos significativamente mais difusos.

452. Enquanto a primeira alternativa consome tempo e recursos significativos, 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).

453. 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.

454. Tendo 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.

455. 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.

456. Consequentemente, a AdC não incumpriu qualquer dever de documentação das diligências, uma vez que aquelas que foram realizadas no presente processo estão devidamente identificadas e documentadas.

457. 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.10 Da nulidade da Nota de Ilicitude derivada da sua alegada insuficiente determinação

II.10.1 Posição das visada Pingo Doce e Active Brands

458. 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 segue coima que aquele estabelece* (...)» é inconstitucional, violando, o disposto nos n.ºs 1 a 4 do artigo 29.º da CRP[239].

459. Neste sentido, a visada Pingo Doce entende que à prática *sub judice* só podem aplicar-se as coimas estabelecidas no artigo 17.° do RGCO[240].

460. A Pingo Doce refere ainda que, mesmo que assim não se entendesse, a Nota de Ilicitude 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 visadas e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da Constituição)*»[241], padecendo, alegadamente, a Nota de Ilicitude de uma insuficiente determinação nessa matéria.

461. Afirma ainda a visada Pingo Doce 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 Ilicitude, não obstante da mesma constarem o «*máximo e as circunstâncias ou factores a ter em conta para a determinação concreta da coima*»[242].

[239] Cf. §55 da PNI Pingo Doce.

[240] Cf. §56 da PNI Pingo Doce.

[241] Cf. §58 da PNI Pingo Doce.

[242] Cf. §60 da PNI Pingo Doce.

462. Alega a visada Pingo Doce que a referência da AdC à utilização das suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas[243], 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 Ilicitude 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 Ilicitude, 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, do artigo 41.º do RGCO e do 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 STJ[244].

463. Por sua vez, a Active Brands alega que, em virtude de «*não concretizar os "factos" descritos na NI que pretende ter em conta na ponderação de cada um dos critérios plasmados na LdC* [artigo 69.º] *e nas suas Linhas de Orientação, e consequentemente, na determinação da medida concreta da coima a aplicar caso venha a ser proferida decisão condenatória, e ao não indicar concretamente, pelo menos, as métricas que no caso concreto pretende ter em consideração e aplicar (...)*», considera que a AdC violou os seus direitos fundamentais, previstos no artigo 32.º da CRP e nos artigos 50.º do RGCO e 25.º n.º 1 da LdC, e que tal violação redunda numa nulidade insanável, por violação do artigo 283.º n.º 3, alínea b) do CPP, aplicável ex vi artigo 41.º do RGCO e 13.º n.º 1 da LdC, bem como do artigo 50.º do RGCO[245].

464. No mesmo sentido que a Pingo Doce, a Active Brands alega que a Nota de Ilicitude é nula por «*não conter os elementos necessários a assegurar o direito de defesa da AB e da Gestvinus no que respeita à sanção em que as mesmas poderão vir a incorrer*»[246].

II.10.2 Apreciação da Autoridade

465. 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 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.

---

[243] 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 da Autoridade para o cálculo de coimas»), disponível em https://www.concorrencia.pt/pt/artigos/autoridade-da-concorrencia-aprova-linhas-de-orientacao-sobre-fixacao-de-coimas e cópia junta aos autos a fl. 4621 do processo.

[244] Cf. §§62, 65 e 66 da PNI Pingo Doce.

[245] Cf. §108, 109 e 133 da PNI Active Brands.

[246] Cf. §103 da PNI Active Brands.

466. A título introdutório importa esclarecer que a conformidade constitucional da norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da LdC já foi objeto de recursos junto do Tribunal Constitucional, tendo este órgão concluído pela não violação do princípio da legalidade[247].

467. Com efeito, o facto de o 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.

468. 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.

469. Nos ilícitos no âmbito do direito da concorrência, 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 visadas pelo processo de contraordenação, e não com qualquer intenção de impedir que as visadas determinem o montante máximo da coima aplicável.

470. 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[248], 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 da visada e outros elementos trazidos ao conhecimento da AdC durante a instrução do processo são, desde logo, mencionados pela AdC na Nota de Ilicitude.

471. 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

[247] Acórdão n.º 400/2016 de 21 de junho de 2016 e acórdão n.º 641/2017 de 4 de outubro de 2017. No mesmo sentido e invocando a argumentação do TC, veja-se a sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-M e a sentença do TCRS, de 13 de junho de 2022, no âmbito do processo n.º 328/21.6YUSTR, ainda não transitada em julgado.

[248] Cf. sentença do TCRS, de 20 de outubro de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR – pp. 291-292, confirmada no acórdão do TRL, de 14 de julho de 2017, pp. 239-269; e, 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 LdC. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão e confirmada pelo acórdão n.º 400/2016, de 21 de junho de 2016, respetivamente: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html e https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html, consultados em 4 de novembro de 2021.

AdC, concedendo-se às visadas, desde logo, os mínimos para conformar a sua margem de ação e conhecer as consequências do desrespeito dessa obediência legal[249].

472. 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 2016[250], 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.

473. 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.

474. O TCRS já se pronunciou pela não inconstitucionalidade desta norma por violação do princípio da legalidade das coimas (n.ºs 1 e 3 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).

475. 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 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*»[251].

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

---

[249] Cf. acórdão do TC n.º 466/12, proferida no âmbito do 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 , consultado em 4 de novembro de 2021; e sentença de 4 de janeiro de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 102/15.9YUSTR.

[250] Cf. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão. Confirmada pelo acórdão n.º 400/2016, de 21 de junho de 2016, respetivamente: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html e https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html, consultados em 4 de novembro de 2021.

[251] Cf. sentença do TCRS, de 20 de outubro de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR (p. 291).

«*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 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»[252].

477. Resulta, pois, manifesto que o n.º 2 do artigo 69.º da LdC não viola o disposto no artigo 29.º da CRP, não merecendo, pois, qualquer reparo a Nota de Ilicitude quanto a esta questão.

478. 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.

479. Alega ainda a visada Pingo Doce 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 Ilicitude sempre padeceria de uma insuficiente determinação nessa matéria, em concreto, pela falta de indicação do mínimo da sanção aplicável.

480. Invoca, para os devidos efeitos, a nulidade da Nota de Ilicitude, 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 do artigo 41.º do RGCO e do 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 STJ.

481. Por sua vez, a visada Active Brands, tal como referido *supra*, alega a insuficiência dos elementos para determinação da medida da coima, em virtude da AdC não se concretizar os «*factos*» descritos na NI que pretende ter em conta na ponderação de cada um dos critérios plasmadas na LdC e nas suas Linhas de Orientação e na determinação concreta da coima, bem como não indicar, concretamente as métricas que no caso concreto pretende ter em consideração e aplicar.

482. Deste modo, procede à conclusão de que a AdC violou os direitos fundamentais das visadas, consagrados nos artigos 32.º da CRP, 50.º do RGCO e 25.º da LdC, constituindo uma

[252] Cf. sentença do TCRS, de 20 de outubro de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 36/16.0YUSTR (pp. 292 e 293).

nulidade insanável, por violação da alínea *b)* do n.º 3 do artigo 283.º do CPP, aplicável *ex vi* artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da LdC, bem como artigo 50.º do RGCO.

483. Ora, no que respeita à nulidade invocada pelas visadas Pingo Doce e Active Brands, quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilicitude, 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 Nota de Ilicitude não podem ser supridos pelo recurso neste plano, ao n.º 3 do artigo 283.º do CPP.

484. Em primeiro lugar, não se concebe como, pelo facto de da Nota de Ilicitude 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 €428.247.589,* [s]*endo assim, patentemente afectado o seu direito de defesa*»[253]. Fica por esclarecer 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.

485. Ora, de acordo com a Nota de Ilicitude e nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, o limite máximo da coima eventualmente aplicável à visada Pingo Doce, caso a decisão final tivesse sido adotada em 2019, seria €428.247.589, independentemente do montante mínimo da coima.

486. Este valor mínimo não releva para o facto de, no máximo, pode ser aplicada uma eventual coima de €428.247.589.

487. E mais se diga, a Autoridade na Nota de Ilicitude não indica o limite mínimo da coima eventualmente aplicável, pois a lei também não o indica, não dependendo este de determinação da AdC.

488. 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.

489. 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.

490. 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.

491. Veja-se, a propósito, o entendimento Tribunal Constitucional, na decisão sumária n.º 216/2016 quando refere que:

[253] Cf. §§64 e 65 da PNI Pingo Doce.

«*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 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*».

492. Face ao exposto, facilmente se compreende que o direito de defesa da visada Pingo Doce não foi, de modo algum, coartado.

493. 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.

494. 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, e ainda fornecer a sua análise crítica da prova existente nos autos.

495. Daqui resulta outro aspeto relevante para a presente análise: ainda não foi, nesse momento do processo (adoção da nota de ilicitude), 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.

496. Tal momento corresponde ao que imediatamente se segue à adoção da Nota de Ilicitude.

497. Deste modo, não tendo as visadas, nessa fase do processo, exercido o contraditório, estranho seria, conforme parece pretender a Pingo Doce e a Active Brands, se, desde logo na Nota de Ilicitude, a AdC fosse conclusiva na descrição das circunstâncias que poderiam vir a ser tidas em consideração caso venha a ser aplicada uma sanção.

498. De facto, afigura-se descabido pretender que assim seja, na medida em que, na pronúncia sobre a nota de ilicitude, 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.

499. Em bom rigor, 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.

500. Aliás, não podem a Pingo Doce e a Active Brands, que noutra sede das suas PNIs invocam 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 carreia 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.

501. De facto, a argumentação da Pingo Doce e da Active Brands a este respeito afigura-se manifestamente contraditória com o que estas visadas alegam a propósito de uma pretensa violação do princípio da presunção de inocência por parte da AdC na Nota de Ilicitude. Se, num contexto, pugnam pela necessidade de a AdC apresentar dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções a que a Pingo Doce e a Active Brands estariam sujeitas, noutro pugnam pelo oposto. Ora, se a AdC apresentasse dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções à visada, certamente a Pingo Doce e a Active Brands iriam argumentar que tal atuação configurava uma violação da sua presunção de inocência.

502. 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, as considerações efetuadas sobre esta matéria na Nota de Ilicitude não possam deixar de ser realizadas 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.

503. 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.

504. 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 *ex vi* artigo 13.º do mesmo diploma, e, com as devidas adaptações, equiparada à Acusação do Ministério Público prevista no artigo 283.º CPP[254].

505. Efetivamente, não existe uma norma quanto aos requisitos de forma da nota de ilicitude.

506. 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.

507. 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

[254] 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 LdC).

próprio processo contraordenacional e, *in casu*, dos processos previstos na LdC (regime especial face ao RGCO)[255] como defende a visada.

508. Assim sendo, e tal como já referido no §291 da presente Decisão, a nota de ilicitude é uma acusação funcional[256] (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.

509. 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.

510. 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.

511. Este é, pois, o conteúdo mínimo que uma nota de ilicitude deve conter: factos imputados e indicação das normas aplicáveis suscetíveis de imporem uma condenação.

512. 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.

513. Entende-se que, no presente caso, não assiste razão às visadas, porquanto se considera que a Nota de Ilicitude 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 Ilicitude.

514. 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 do respetivo grau de participação na infração.

515. 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

[255] Sobre o sentido do artigo 41.º, do RGCO, cf. DANTAS, Leones «*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.

[256] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, «*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 a 222.

último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida, no caso das pessoas singulares).

516. No mesmo sentido, esclareceu o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016[257], 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 (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)*».

517. 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.

518. No caso concreto, na Nota de Ilicitude 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.

519. Em face do que antecede, e considerando o que a este respeito foi já mencionado na Nota de Ilicitude, conclui-se que não assiste razão às visadas quanto à alegada violação do direito de defesa e do direito à presunção de inocência.

520. Pelo exposto, não se verifica, deste modo, a existência de qualquer nulidade quanto a esta matéria, nos termos previstos do artigo 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.

521. Em conclusão, resulta que o artigo 69.º da LdC não viola os artigos da CRP invocados, não se identificando assim quaisquer inconstitucionalidades nos mesmos.

II.11 Da alegada nulidade das inquirições derivadas da falta de notificação de todas as visadas em comparecer

II.11.1 Posição da visada Pingo Doce

522. Conforme referido anteriormente, a AdC notificou, em 16 de setembro de 2021 e 17 de setembro 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.

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

523. A Pingo Doce apresentou um requerimento[258] de nulidades sobre o relatório de diligências complementares de prova a 21 de setembro de 2021 (cf. fls. 4195 a 4201 do processo).

524. No referido requerimento, 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.

525. 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.º 2, alínea d), por remissão dos artigos 13.º do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO*»[259].

II.11.2 Apreciação da Autoridade

526. 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.

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

528. 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 audição oral), nem ainda nas diligências complementares de prova por esta última requeridas.

529. 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 audição oral, bem como através da solicitação das diligências complementares de prova que entenda convenientes (cf. artigo 25.º da LdC).

530. 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.

531. Como se constata, a LdC não é, de todo, omissa nesta matéria, inexistindo qualquer lacuna a preencher.

---

[258] Requerimento com a referência interna n.º E-AdC/2021/4805.

[259] Cf. §9 do Requerimento da Pingo Doce.

532. Em cumprimento do disposto no regime jusconcorrencial, a nota de ilicitude fornece todos os elementos necessários para que as visadas fiquem a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, mas não equivale à notificação da acusação em direito penal, pois não constitui a decisão final da AdC.

533. 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.

534. 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 audição 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.

535. O Tribunal Constitucional[260] 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 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.

536. 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 audição oral aqui questionada*», bem como «*as declarações prestadas pelo arguido, em audição 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 audição oral se consubstancia num «*ato que respeita diretamente aquela arguida que, através da audição oral, pretende apresentar a sua defesa*».

537. Importa também referir que o TCRS, no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E[261], 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*

[260] Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 73/2012, de 8 de fevereiro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 733/10.

[261] Cf. sentença do TCRS, de 9 de outubro de 2020, proferida no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E, já transitada em julgado.

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»[262].

538. Inexiste, pois, qualquer nulidade nos termos alegados pela Pingo Doce.

[262] 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 caraterização das visadas

III.1.1 Active Brands e Gestvinus

539. A Active Brands e a Gestvinus integram um grupo empresarial, doravante denominado por Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos que se dedica, fundamentalmente, à gestão de ativos biológicos e produção de uvas, verificação e produção de vinhos de qualidade, e desenvolvimento e comercialização de marcas de vinho e aguardente[263].

540. A visada Gestvinus é uma sociedade anónima, com um capital social de 8.462.110 euros, que tem por objeto social a «*prestação de serviços de consultoria e gestão e administração técnica e apoio ao desenvolvimento e organização de empresas e investimento empresarial. Edição e publicação de livros e outras fontes e formatos de informação. Realização de estudos de mercado, estudos e projetos de investimento; Organização de conferências e seminários, formação profissional. Produção e comércio de vinhos e produtos vitivinícolas e derivados*»[264].

541. A Gestvinus detém a totalidade do capital social da Active Brands desde novembro de 2013, tendo ambas as empresas, atualmente, 3 administradores comuns, bem como, ao longo do período da infração a considerar, tenham tido a participação nas duas sociedades, em comum, a partir de 19 de janeiro de 2010, de pelo menos um administrador[265].

542. Adicionalmente, a Gestvinus detém a totalidade do capital das seguintes sociedades: Conde Foz de Arouce, Vinhos. S.A., Consulvinus – Produção e Comércio, S.A., J. Portugal Ramos –

[263] Cf. Relatório Consolidado de Gestão do exercício de 2019 fornecido pela Gestvinus na sua resposta de 15 de outubro a pedido de elementos da AdC de 29 de setembro de 2020, fls. 2084 a 2091 do processo.

[264] Cf. certidão de registo comercial da Gestvinus (cf. fls. 4656 a 4661do processo, consultada em 18 de julho de 2022).

[265] Cf. certidão de registo comercial da Active Brands (cf. fls. 4662 a 4667 do processo, consultada em 18 de julho de 2022) e certidão de registo comercial da Gestvinus (cf. fls. 4656 a 4661do processo, consultada em 18 de julho de 2022). Atualmente, [Confidencial – Dados Pessoais], [Confidencial – Dados Pessoais] e [Confidencial – Dados Pessoais] são administradores das duas empresas. [Confidencial – Dados Pessoais] foi administrador de ambas as empresas entre 19 de janeiro de 2010 e 25 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] e [Confidencial – Dados Pessoais] são administradores de ambas as empresas desde 25 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] é administradora das duas empresas desde 2018.

Sociedade Agrícola, S.A, J. Portugal Ramos – Vinhos, S.A, Duorum Vinhos, S.A., CR&F Unipessoal Lda., Scanivinus, Lda. e J. Portugal Ramos II Wines & Spirits, Lda.[266] [267]

543. As participadas da Gestvinus detêm marcas líderes no mercado nacional, mormente, as marcas Marquês de Borba, Tons de Duorum, e ainda Vinha de São Lázaro, Vinho do Jeremias e CR&F[268].

544. Não obstante Portugal ser o seu maior mercado, o Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos exporta cerca de 70% dos seus vinhos, estando presente em cerca de 40 países, como a Suécia, Polónia, EUA, Brasil, Bélgica, Canadá e China[269].

545. A Gestvinus apresentou, no ano de 2021, um volume de negócios de 857.331 euros (oitocentos e cinquenta e sete mil, trezentos e trinta e um euros)[270] e, no mesmo ano, o Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos apresentou um volume de negócios consolidado total de 30.206.814,89 euros (trinta milhões, duzentos e seis mil, oitocentos e catorze euros e oitenta e nove cêntimos)[271].

546. A visada Active Brands, subsidiária da Gestvinus, é uma sociedade anónima, com capital social de 255.000 euros, que iniciou a sua atividade em 29 de janeiro de 2006 e tem por objeto social a «*comercialização e distribuição de marcas e produtos de grande consumo, vinhos e bebidas alcoólicas, azeites e vinagres para revenda em superfícies comerciais e hoteleiras*»[272].

547. Até à sua «*desativação comercial*» (que se explicará em seguida), a Active Brands distribuiu um conjunto de marcas, quer do Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos, quer de outras

[266] Cf. resposta de 24 de julho de 2020 da Gestvinus a pedido de elementos da AdC, fls. 1567 a 1571 do processo. A Gestvinus refere que está em curso processo de fusão relativo às sociedades J. Portugal Ramos II Wines & Spirits, Lda. e J. Portugal Ramos – Sociedade Agrícola, S.A.

[267] Por sua vez, o capital social da Gestvinus é detido em 80,40% por João Portugal e Castro de Oliveira Ramos, em 12,22% pela Sociedade Agrícola do Ameixial, em 5% pela Serendipity S.A., em 2,261% por José Maria de Orey Soares Franco e em 0,059% por Maria Teresa de Melo Osório Menezes Pita Ramos - cf. resposta de 15 de outubro de 2020 da Gestvinus ao pedido de elementos da AdC de 29 de setembro de 2020, fls. 2008 a 2030 do processo

[268] Cf. resposta de 15 de outubro de 2020 da Gestvinus ao pedido de elementos da AdC de 29 de setembro de 2020, fls. 2084 a 2092 do processo.

[269] Cf. resposta de 8 de abril de 2022 da Gestvinus ao pedido de elementos da AdC de 25 de março de 2022, fls. 4493 do processo.

[270] Cf. Relatório & Contas do exercício de 2021 fornecido pela Gestvinus na sua resposta de 03 de junho de 2022 a pedido de elementos da AdC de 25 de março de 2022, fls. 4580 a 4620 do processo.

[271] Cf. Relatório & Contas do exercício de 2021 fornecido pelo Grupo Gestvinus na sua resposta de 07 de julho de 2022 a pedido de elementos da AdC de 25 de março de 2022, fls. 4580 a 4620 do processo.

[272] Cf. certidão de registo comercial da Active Brands, fls. 1474 a 1478 do processo.

entidades (a título de exemplo, marcas detidas pela Sogevinus, como Burmester e Porto Cálem ou a marca Licor Beirão detida pela J. Carranca Redondo)[273].

548. O seu *portfolio* incluía marcas portuguesas prestigiadas, de reconhecimento nacional e internacional, como os vinhos «Velhotes» e «Porto Cálem» ou os vinhos de João Portugal Ramos (entre outros, «Marquês de Borba», «Loios», «Pouca Roupa»)[274].

549. Os vinhos «Porto Cálem», com mais de um século de existência, lograram reconhecimento mundial e inúmeros prémios[275]. Por seu turno, o vinho Velhotes é «*a marca n.º 1 de vendas em Portugal, com mais de 3 milhões de garrafas vendidas todos os anos*»[276]. Por fim, os vinhos João Portugal Ramos assumem-se como uma referência dos vinhos tranquilos portugueses a nível mundial, presentes por todo o mundo e sendo líderes de vendas de vinhos portugueses em alguns países[277].

550. A Active Brands distribuía ainda marcas internacionais, tais como «Courvoisier» e «Jim Beam», cujos produtos têm uma ampla presença nos mercados europeus e internacionais[278] [279].

551. A Active Brands nunca produziu produtos próprios e sempre se dedicou à distribuição de produtos/marcas de terceiros[280], em regime tendencialmente exclusivo, em Portugal[281].

---

[273] Cf. resposta de 5 de junho de 2020 da Active Brands a pedido de elementos da AdC, fls. 1454 a 1478 do processo.

[274] A Active Brands também comercializou vinagre, rum, tequila e cerveja entre 2010 e 2017 de forma residual – cf. resposta de 15 de julho de 2020 da Active Brands a pedido de elementos da AdC de 7 de julho de 2020, fls. 1551-A a 1551-R do processo.

[275] Cf. sítio da *Porto calem* na Internet, disponível em https://calem.pt/, consultado em 12 de junho de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[276] Cf. sítio da *Porto calem* na Internet, disponível em https://calem.pt/, consultado em 2 de novembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[277] Cf. sítio da *João Portugal Ramos* na Internet, disponível em https://www.jportugalramos.com/, consultado em 12 de junho de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[278] Cf. sítio da *Courvoisier* na Internet, disponível em https://www.courvoisier.com/, consultado em 12 de junho de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[279] Cf. sítio da *Jim Beam* na Internet, disponível em https://www.jimbeam.com/, consultado em 12 de junho de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[280] Cf. resposta de 19 de junho de 2020 da Active Brands ao pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1489 a 1509 do processo.

[281] Cf. resposta de 19 de junho de 2020 da Active Brands a pedido de esclarecimentos da AdC de 8 de junho de 2020, fls. 1489 a 1509 do processo. Existiam exclusões na distribuição para determinadas marcas, nomeadamente para o mercado das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, as vendas para lojas francas, as vendas na adega de Estremoz e Almeirim diretamente ao consumidor final, as vendas para trabalhadores dos grupos económicos dos detentores da marca (Sogevinus e J. Carranca), etc.

552. Desde 2012, a Active Brands começou a sofrer uma redução significativa do seu volume de vendas[282], resultante da conjugação de vários fatores, designadamente, a saída de dois dos três acionistas[283], a saída de representadas e das respetivas marcas, que tinham um peso muito importante no *portfolio* da empresa, o decréscimo de atividade no setor das bebidas alcoólicas em geral e, finalmente, a nível dos clientes, uma tendência de grande concentração dos mesmos em cadeias organizadas com políticas de preços muito agressivas[284].

553. Em 2015, com o objetivo de minorar o efeito da drástica redução de atividade da Active Brands, a Gestvinus decidiu proceder a uma reestruturação orgânica da referida empresa no sentido da redução de custos e da racionalização de processos[285]. Tal reestruturação mostrou-se, contudo, insuficiente para alterar a tendência de resultados negativos, tendo a Active Brands, apesar da boa performance das marcas que então compunham o seu *portfolio*, revelado um contínuo desajustamento entre a sua estrutura de custos e o volume de vendas[286].

554. Em fevereiro de 2018, a Gestvinus decidiu dar início ao processo de encerramento de atividade da Active Brands[287].

---

[282] Segundo o sítio da empresa Sabi, os volumes de negócios apresentados pela Active Brands entre 2012 e 2019 foram:

(euros)	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Vol. Negócios Active Brands	28 287 717	22 268 689	19 793 085	11 376 320	11 573 613	12 481 356	2 819 136	0

(Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 24 de outubro 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo)

[283] De acordo com a informação prestada pela Gestvinus na sua resposta de 19 de agosto de 2020 ao pedido de elementos da AdC de 4 de agosto de 2020, os acionistas J. Carranca e Sogevinus «aportaram» ao *portfolio* da Active Brands um conjunto de marcas que geravam substancial volume, condição essencial para o negócio da distribuição ser economicamente viável. Com a saída destes acionistas do capital da Active Brands, as marcas distribuídas por estas diminuíram drasticamente e, por conseguinte, diminuiu também o volume de negócios da mesma, para níveis em que passou a ser economicamente inviável.

[284] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2019 da Active Brands fornecido na resposta desta em 5 de junho de 2020 a pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1454 a 1478 do processo.

[285] *Idem.*

[286] *Idem.*

[287] *Idem.*

555. Em 9 de fevereiro de 2018, a Gestvinus e as suas participadas celebraram quatro contratos de distribuição[288] em que conferiram à Empor o direito de distribuir integral e exclusivamente, em Portugal[289], os produtos comercializados sob as marcas detidas por aquelas (que, até à referida data, eram distribuídos pela Active Brands), e ainda todas ou quaisquer marcas que viessem a deter.

556. Em 4 de abril de 2018 a Active Brands deixou de ter atividade comercial, passando apenas a proceder à cobrança de créditos que detém sobre clientes[290].

557. Entre 2019 e 2021, a Active Brands apresentou capitais próprios negativos, estando por isso em causa a continuidade da sociedade, «*que só poderá subsistir com a ajuda financeira do seu acionista único*» (a Gestvinus), encontrando-se em fase de liquidação[291].

558. A Active Brands não teve volume de negócios em 2021[292].

559. O volume de negócios realizado pela Active Brands com produtos para revenda no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal no período compreendido entre 2010 e 2017[293] consta da Tabela 1 *infra*.

---

[288] Cf. respostas de 19 de agosto de 2020 da Gestvinus e da Empor a pedido de elementos da AdC de 4 de agosto de 2020, fls. 1650 a 1777 e 1778 a 1843 do processo. Foram celebrados simultaneamente 4 contratos de conteúdo idêntico entre a Empor e a Gestvinus, envolvendo diferentes empresas participadas desta última (detentoras de marcas distintas identificadas nos Anexos 1 de cada contrato): *(i)* contrato celebrado pelas participadas J. Portugal Ramos, Vinhos, S.A. e J. Portugal Ramos II – Wines & Spirits, Lda.; *(ii)* contrato celebrado pelas participadas Duorum Vinhos, S.A. e J. Portugal Ramos II – Wines & Spirits, Lda.; *(iii)* contrato celebrado pelas participadas Conde Foz de Arouce Vinhos, Lda. e J. Portugal Ramos II – Wines & Spirits, Lda.; e *(iv)* contrato celebrado pelas participadas CR&F, Unipessoal, Lda. e J. Portugal Ramos II – Wines & Spirits, Lda. Os referidos contratos estão em vigor desde 1 de janeiro de 2018 e duram até 31 de dezembro de 2022, renovando-se automaticamente por períodos sucessivos de 5 anos.

[289] Cf. respostas de 19 de agosto de 2020 da Gestvinus e da Empor a pedido de elementos da AdC de 4 de agosto de 2020, fls. 1650 a 1777 e 1778 a 1843 do processo. Com exceção do Arquipélago da Madeira, das lojas francas e lojas das adegas propriedade das participadas da Gestvinus, bem como das vendas efetuadas através do clube de venda online Grandes Vinhos (Cláusula Primeira dos contratos de distribuição celebrados entre a Empor e a Gestvinus/suas participadas em 9 de fevereiro de 2018).

[290] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2019 da Active Brands fornecido na resposta desta em 5 de junho de 2020 ao pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1457 a 1478 do processo e Relatório de Gestão do exercício de 2021 da Active Brands fornecido na resposta desta em 3 de junho de 2022 ao pedido de elementos da AdC de 23 de março de 2022, fls. 4533 a 4538 do processo.

[291] *Idem.*

[292] Cf. sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621do processo.

[293] A Active Brands não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009.

III.1.2 [Diretor Off-Trade - Active Brands]

560. [Diretor Off-Trade - Active Brands] foi Diretor *Off-trade* da Active Brands entre, pelo menos, 2008 a 2017 (cf. fls. 1449 a 1452 e 1492 a 1493 do processo).

561. A remuneração auferida por [Diretor Off-Trade - Active Brands] em 2016 foi de 57.188,13 euros[294].

III.1.3 Auchan

562. A Auchan é uma sociedade anónima, com um capital social de 84.055.000 euros, maioritariamente detida pela Auchan SGPS (99,99%) e que tem por objeto social «*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 respectiva alimentação, flores, plantas, sementes e fertilizantes, incluindo o comércio por via electrónica, 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 ópticos e prestação de serviços com eles relacionados, bem como a exploração e oferta de redes e ou serviços de comunicações electrónicas, actividade de restauração, a exploração e gestão de centros comerciais, a comercialização de combustíveis e exploração de postos de abastecimento de combustíveis e a comercialização de bilhetes para espectáculos públicos e organização e comercialização de viagens e todas as actividades incluídas e conexas com a actividade de agência de viagens e turismo. A sociedade tem ainda por objecto a compra, venda, compra para revenda, construção, locação, exploração e administração de imóveis destinados a instalação de hipermercados, supermercados, centros comerciais, postos de abastecimento de combustíveis, bem como de imóveis destinados a escritórios e habitação*»[295].

563. 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».

564. Anteriormente à fusão operada entre a Auchan e a Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A. («*Auchan Portugal Investimentos*»), as duas empresas integravam um grupo empresarial denominado por 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

[294] Cf. resposta de 11 de agosto de 2020 ao pedido de elementos da AdC de 7 de julho de 2020, fl.1634 do processo.

[295] Cf. certidão de registo comercial da Auchan, fls. 4642 a 4655 do processo, consultada a 18 de julho de 2022.

que, por sua vez, unifica as gestão e organização das três divisões de operação deste grupo económico (retalho, imobiliário e banca)[296].

565. A Auchan Portugal Investimentos 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 nenhuma outra atividade económica e não apresenta volume de negócios[297].

566. No âmbito de uma operação de reestruturação do Grupo Auchan, foi aprovada, por deliberação de 27 de dezembro de 2019[298], uma fusão por incorporação, que implicou a transferência global do património da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A. («Auchan SGPS») para a 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 Auchan[299].

567. A fusão foi inscrita na Conservatória do Registo Comercial competente a 6 de fevereiro de 2020[300], momento no qual se deu a extinção da Auchan SGPS, transmitindo-se a universalidade dos respetivos direitos e obrigações para a sociedade incorporante (Auchan).

568. Na medida em que a acionista da sociedade incorporante era a sociedade incorporada, 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 Auchan[301].

---

[296] Cf. sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 25 de agosto de 2021, e cópia junta aos autos a fls. 4621do processo.

[297] Cf. sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[298] Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Ato Societário e de outras entidades, disponível em https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx, consultado em 24 de setembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[299] 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 24 de setembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[300] Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Acto Societário e de outras entidades, disponível em https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx, consultado em 24 de setembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[301] 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 24 de setembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

569. Em virtude da fusão supramencionada, a estrutura societária do Grupo Auchan foi alterada, passando a Auchan a ter como acionista única a sociedade Auchan Portugal, S.A. (100%).

570. O volume de negócios realizado pela Auchan em 2021 é de 1.154.759.125 euros (mil cento e cinquenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, cento e vinte e cinco euros)[302].

571. O volume de negócios realizado pela Auchan no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Active Brands no período compreendido entre 2012 e 2017[303] consta da Tabela 2 *infra* (cf. página 141). A representatividade das vendas dos produtos da Active Brands nesse volume de negócios consta do capítulo IV.2.2.1 e o volume de vendas diretas de produtos da Active Brands pela Auchan consta da Tabela 6.

III.1.4 Pingo Doce

572. A Pingo Doce é uma sociedade anónima, exclusivamente detida pela JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A.[304], com um capital social de 33.808.115 euros, e que tem por objeto social 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*»[305].

573. 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»[306].

574. A 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

[302] Cf. sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[303] A Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2011.

[304] Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 09 de dezembro de 2021, e cópia junta aos autos a fls. 7162 do processo.

[305] Cf. certidão de registo comercial da Pingo Doce, a fls. 4668 a 4675 do processo, consultada em 18 de julho de 2022.

[306] Para os efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da LdC, importa referir que o Grupo Jerónimo Martins operou, 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». Nesse sentido, a Pingo Doce responde diretamente pela factualidade imputada ao Feira Nova neste processo.

mais de 95% das vendas consolidadas do Grupo[307]), com presença em Portugal, na Polónia e na Colômbia.

575. 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, S.A. (com uma participação de 51,00%), a JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A. (51,00%) e a Lido sol II Distribuição de Produtos Alimentares, S.A. (51,00%)[308].

576. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce em 2021 foi de 4.363.256.974 euros (quatro mil, trezentos e sessenta e três milhões, duzentos e cinquenta e seis mil, novecentos e setenta e quatro euros)[309].

577. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Active Brands no período compreendido entre 2010 e 2017[310] consta da Tabela 3 *infra* (cf. página 141). A representatividade das vendas dos produtos da Active Brands nesse volume de negócios consta do capítulo IV.2.2.1 e o volume de vendas diretas de produtos da Active Brands pela Pingo Doce consta da Tabela 6.

III.1.5 MCH

578. A MCH integra um grupo empresarial, doravante denominado por «Grupo Sonae», com presença em múltiplos setores de atividade em Portugal, designadamente no da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal[311].

---

[307] Cf. sítio da 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. 2928 do processo.

[308] Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[309] Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[310] A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2009.

[311] Para os efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, importa referir que a Sonae MC, SGPS, S.A. 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.

579. A MCH é uma sociedade anónima, com o capital social de 399.827.000,00 euros, exclusivamente detida pela MC Retail, SGPS, S.A.[312] e que tem por objeto social o «*comércio retalhista e armazenista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, grandes armazéns, charcutarias, confeitarias, cafés, restaurantes, padarias, talhos, relojoarias e ourivesarias e, ainda as indústrias de confeitaria, padaria, charcutaria e outras pequenas indústrias*. A *distribuição em livre serviço*, vendas à distância, a distribuição de todo o tipo de combustíveis, gorduras industriais, lubrificantes e outros derivados do petróleo. A *importação de todos os bens destinados ao comércio retalhista*. A *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, onde se inclui a preparação de produtos da pesca e aquicultura, salga, secagem e outras atividades de transformação, destes mesmos produtos, e ainda a sua importação e exportação. A importação e comercialização de medicamentos não sujeitos a receita médica, e a título acessório, a prestação de serviços na área de comércio retalhista e grossista a outros estabelecimentos de livre serviço. 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. A prestação de serviços na área do bem-estar físico, nomeadamente, higiene e beleza. A comercialização de alimentos para animais e medicamentos veterinários, prestação de serviços de atividades veterinárias, nomeadamente, consultas, terapêutica clínica, procedimentos cirúrgicos e dialíticos, medicina transfusional e profilática, identificação animal, exames clínicos e laboratoriais complementares, diagnóstico por imagem (radiografia, eco e ecocardiografia, endoscopia, TAC e Ressonância), hospitalização de animais, medicina não convencional (acupunctura e homeopatia), ambulatório de medicina física e reabilitação, transporte de animais doentes e, ainda organização de eventos de esclarecimento e sensibilização para os seus donos. A prestação de serviços de lavagem de veículos automóveis, bem como, a limpeza a seco de têxteis e peles dos mesmos veículos e, ainda, exploração de parques de estacionamento. A prestação de serviços de apoio a empresas. A gestão de plataformas digitais para venda à distância por terceiros, disponibilização de plataforma para vendas por correspondência e aprestação de serviços relacionados com a área digital, a prestação de serviços eletrónicos e/ou informáticos, de redes de comunicação e/ou transmissão de dados, o apoio técnico ao processamento de pagamentos e o desenvolvimento de aplicações. A produção de energia elétrica, proveniente de fontes de energia renováveis, através da instalação de unidades de produção. A sociedade pode ainda, a titulo acessório, exercer a atividade de intermediação de crédito; a prestação de serviços de self- service de lavagem e secagem de roupa, de engomadoria, de pequenos arranjos de roupa, a prestação de serviços de*

[312] Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta a fls. 4621 do processo.

recolha e entrega ao domicílio, a prestação de serviços de assemblagem de artigos de desporto, campismo e lazer»[313].

580. 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».

581. O volume de negócios realizado pela MCH em 2021 foi de 4.569.313.563,54 euros (quatro mil, quinhentos e sessenta e nove milhões, trezentos e treze mil, quinhentos e sessenta e três euros e cinquenta e quatro cêntimos)[314].

582. O volume de negócios realizado pela MCH no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Active Brands no período compreendido entre 2010 e 2017[315] consta da Tabela 4 *infra* (cf. página 142). A representatividade das vendas dos produtos da Active Brands nesse volume de negócios consta do capítulo IV.2.2.1 e o volume de vendas diretas de produtos da Active Brands pela MCH consta da Tabela 6.

III.2 Identificação e caracterização dos mercados

583. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da concorrência implica, em regra, uma prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s), na sua dupla dimensão do produto ou serviço e geográfica.

584. Para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, a Autoridade descreverá, assim, os mercados onde ocorre a prática sob investigação[316].

585. Atendendo aos contornos dos comportamentos investigados no processo, estão em causa, nos termos que se detalham seguidamente, os mercados nacionais de bebidas para revenda no canal alimentar e da distribuição retalhista de base alimentar.

586. Os mercados de bebidas e alimentos para revenda no canal alimentar constituem, face à natureza dos serviços prestados na distribuição grossista, mercados naturalmente distintos do mercado da distribuição retalhista de base alimentar, como se verá de seguida.

[313] Cf. certidão de registo comercial da MCH, a fls. 4622 a 4641 do processo, consultada em 18 de julho de 2022.

[314] Cf. resposta da MCH a pedido de elementos da AdC (S-AdC/2022/158) (cf. fls. 4524 a 4525 do processo)..

[315] A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2009.

[316] Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão no que respeita aos comportamentos investigados.

III.2.1 Dimensão Produto

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

587. A Active Brands produz, comercializa e/ou distribui em Portugal diversos tipos de bebidas, tais como brandies/conhaques, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados (Porto/Moscatel), *whiskies*, *gins*, *vodcas*, licores, sidras, aguardentes, assim como azeites[317].

588. Conforme demonstrado em maior detalhe *infra*, estas bebidas e este alimento constituem mercados distintos.

589. Sem prejuízo de constituírem mercados distintos, alguns dos mercados de bebidas em causa podem caracterizar-se, genericamente, como integrando os mercados que se referem a vinhos e os que se referem a bebidas espirituosas.

590. Os vinhos são bebidas alcoólicas obtidas exclusivamente por fermentação, total ou parcial, de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas. Integram, nos termos que se detalharão *infra*, os vinhos tranquilos, os vinhos espumantes e os vinhos fortificados (Porto/Moscatel).

591. Já as bebidas espirituosas são definidas como bebidas alcoólicas obtidas a partir do processo de destilação, sendo que a sua elaboração se baseia, em geral, na mistura de água e cereais combinados, associada a um processo de fermentação dos ingredientes e posterior processo de destilação.

592. De entre as bebidas espirituosas podem identificar-se os brandies/conhaques, whiskies, gins, vodcas, licores, sidras, aguardentes, entre outras.

593. Apesar de a identificação de mercados mais restritos poder ser apropriada para determinados produtos ou regiões geográficas, bem como a identificação de mercados mais refinados em função do preço[318], sabor e qualidade do produto, a prática decisória europeia[319] tem identificado mercados distintos para cada tipo de bebida espirituosa reconhecida internacionalmente.

594. No caso em análise, não será, no entanto, necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados em causa (relevantes), nos termos analisados no capítulo IV.1.2 *infra*.

---

[317] Cf. resposta da Active Brands de 19 de junho de 2020 a pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, a fls. 1489 a 1509 do processo.

[318] No mercado de bebidas espirituosas, há uma grande variedade de produtos disponíveis a diferentes preços. Apesar da discussão sobre a existência de mercados separados para determinados níveis de preço e/ou qualidade, verifica-se que, em geral, o mercado apresenta um espectro contínuo de produtos (ou seja, dos mais baratos/ qualidade inferior até aos mais caros/qualidade superior). Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*.

[319] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

595. Para contextualizar a análise dos comportamentos objeto do presente processo, a Autoridade descreverá os mercados onde ocorre a prática sob investigação.

Brandies/Conhaques

596. Os brandies ou conhaques são originários da região de Cognac, em França, tendo surgido no século XVI, sendo produzidos a partir da destilação do vinho e apresentando um teor alcoólico que se situa entre 40% e 60%.

597. As suas caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituibilidade face a outras bebidas espirituosas[320].

598. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos brandies/conhaques.

Vinhos Tranquilos

599. Os vinhos tranquilos (ou de mesa) são bebidas obtidas exclusivamente por fermentação alcoólica, total ou parcial, de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas, devendo possuir um teor alcoólico igual ou superior a 9%, mas não podendo exceder os 15%[321].

600. Os vinhos tranquilos são geralmente utilizados para acompanhamento de refeições e distinguem-se de outros tipos de vinhos pela inexistência de gás na sua composição, podendo ser tintos, brancos ou rosés.

601. Em conformidade com a prática decisória nacional[322] e europeia[323], entende-se que os vinhos tranquilos não são substitutos de outros tipos de vinhos (como os vinhos espumantes ou fortificados).

602. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos tranquilos.

Vinhos Espumantes

[320] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.7178, *Suntory/Beam.*

[321] Em derrogação, o limite máximo do título alcoométrico pode atingir até 20% para vinhos de certas zonas vitícolas.

[322] Cf. Decisão da Autoridade de 11 de fevereiro de 2010, processo n.º Ccent. 3/2010 (*Murganheira / Raposeira*TC*).

[323] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

603. Os vinhos espumantes (ou frisantes) resultam da primeira ou da segunda fermentações alcoólicas de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas, à qual poderá ser ou não adicionado dióxido de carbono em solução, igual ou superior a 3 bar[324].

604. Os vinhos espumantes podem ser tintos, brancos ou rosés e são utilizados em diferentes situações, nomeadamente, festivas.

605. De acordo com a prática decisória nacional e europeia[325], os vinhos espumantes constituem um mercado relevante autónomo, na medida em que não são substitutos de outros tipos de vinhos.

606. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos espumantes.

Vinhos Fortificados (Porto/Moscatel)

607. Os vinhos fortificados são vinhos aos quais são adicionadas bebidas destiladas (conhaque, armanhaque ou aguardente) de forma a interromper o processo de fermentação. Existe uma grande variedade de vinhos classificados como fortificados, por exemplo, Porto, Xerez, Madeira, Marsala, Moscatel, entre outros.

608. A prática decisória tem considerado os vinhos provenientes de diferentes regiões como substitutos[326].

609. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos fortificados.

Whiskies

610. Os *whiskies* são bebidas produzidas a partir da destilação de grãos (em geral, incluindo também o malte) e envelhecidas em barris, com um teor alcoólico que se situa entre 38% a 54%.

611. De acordo com a prática decisória da Comissão Europeia[327], o mercado do *whisky* pode ser ainda segmentado de acordo com a sua origem, uma vez que a indústria comercializa os whiskies escoceses, irlandeses, americanos e canadianos de maneira separada. Particularmente para os *whiskies* escoceses, a legislação nacional estabelece determinados

[324] Cf. Regulamento (CE) n.º 479/2008 de 29 de abril de 2008, que estabelece a Organização Comum do mercado vitivinícola, no seu Anexo IV.

[325] Cf. §601 *supra*.

[326] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

[327] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

requisitos — o produto deve ser totalmente destilado na Escócia e amadurecido por pelo menos três anos — para que o produto possa ser comercializado como escocês[328].

612. Em alguns casos, a Comissão Europeia chegou à conclusão de que uma subsegmentação adicional deveria ser feita no que diz respeito ao *whisky* escocês[329]. O tema foi explorado em diversas ocasiões, tendo sido segmentado em alguns casos e considerado como um único mercado noutros, por tal segmentação não ter impacto na apreciação dos casos analisados[330].

613. Considerando, neste caso, que a segmentação do mercado não tem impacto na análise, identifica-se, pois, como relevante para o presente processo o mercado dos whiskies.

Gins

614. Os *gins* são bebidas destiladas à base de cereais e que passam posteriormente por um processo de infusão com zimbro e outras especiarias, tais como canela, casca de frutas cítricas e pimentas, apresentando um teor alcoólico que se situa entre 37% e 50%.

615. As suas caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituibilidade face a outras bebidas espirituosas[331].

616. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos *gins*.

Vodcas

617. As *vodcas* são bebidas destiladas, incolores, com um teor alcoólico que se situa entre 35% e 60%, que são obtidas a partir da fermentação de diversos produtos, tais como arroz, cevada, milho, trigo, centeio, ervas, figos ou batatas.

618. O seu processo de fabrico é semelhante ao do whisky, com a diferença de que a vodca é destilada a altas temperaturas e depois submetida a filtragens químicas para neutralizar os aromas dos cereais.

619. Sem prejuízo das semelhanças em termos de processo produtivo face ao whisky, as suas caraterísticas e as preferências dos consumidores limitam a substituibilidade da vodca face a outras bebidas espirituosas.

[328] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º IV/M.938, *Guiness/Grand Metropolitan*.

[329] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.2268, *Pernod Ricard/Diageo/Seagram*.

[330] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.3779, *Pernod Ricard/Allied Domecq*.

[331] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.3779, *Pernod Ricard/Allied Domecq.*

620. Em processos anteriormente decididos pela Comissão Europeia[332], não houve evidências de que o mercado das vodcas fosse mais restrito (por exemplo, de acordo com critérios de preço e sabor).

621. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado das vodcas.

Sidras

622. A sidra é uma bebida obtida através da fermentação alcoólica de maçãs, água e glucose, sendo geralmente apresentada em garrafa, lata, barril ou cascos[333].

623. A Comissão Europeia já considerou a possibilidade de os produtos sidra e cerveja constituírem um único mercado relevante[334], atendendo à semelhança entre os níveis de preço e formas de comercialização, tendo, no entanto, concluído que a sidra não pode ser considerada como parte integrante do mercado de cerveja[335] face às preferências dos consumidores, que limitam sua substituibilidade.

624. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado das sidras.

Licores

625. O licor é uma bebida composta por uma mistura de álcool, frutas, ervas, temperos, flores, sementes, raízes e substâncias doces tais como sacarose, mel e glicose, com um teor alcoólico que varia entre 20% e 28%.

626. As suas caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituibilidade face a outras bebidas espirituosas[336].

627. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado dos licores.

Aguardentes

---

[332] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º IV/M.938, *Guiness/Grand Metropolitan*.

[333] Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3182, *Scottish & Newcastle / HP Bulmer*.

[334] Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.4999, *Heineken / Scottish & Newcastle Assets*. Estava em causa um processo de controlo de concentrações, tendo as partes apresentado o mercado de cerveja e de sidra como um único mercado de produto relevante, defendendo que existe um alto nível de similaridade nos processos de empacotamento, distribuição, aparência e comportamento dos preços destes produtos, além da existência de considerável substituibilidade entre cerveja e sidra por parte dos consumidores.

[335] Esta definição de mercado relevante é também a seguida pelo *UK Competition Commission* em documentos como *Interbrew/Bass* (2000) e *Supply of Beer Report* (1989).

[336] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.3779, *Pernod Ricard/Allied Domecq.*

628. A aguardente é uma bebida destilada de alto teor alcoólico. Em Portugal, esta é comumente obtida através da fermentação e destilação de bagaço de uva (aguardente bagaceira) e de vinho (aguardente vínica[337]). O respetivo teor alcoólico situa-se entre 37,5% e 54%.

629. As suas caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituibilidade face a outras bebidas espirituosas[338].

630. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado das aguardentes.

Aperitivos

631. Os aperitivos são bebidas alcoólicas que estimulam o apetite em resultado da sua composição química, podendo ser classificados em três categorias distintas: amargos (Campari, Bitter Cinzano, Fernet Branca, Amer Picon, Amaro Cora e Martinazzi), anisados (Pernod, Berger e Absinto) e vínicos (derivados de vinho).

632. As suas caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituibilidade face a outras bebidas espirituosas[339].

633. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado dos aperitivos.

Azeites

634. O azeite é um produto alimentar extraído da azeitona, fruto da oliveira. É consumido frequentemente na dieta mediterrânica e, em geral, na cozinha contemporânea. Pode ser classificado em azeite virgem, azeite lampante, azeite extra virgem e azeite comum[340].

635. Em processos anteriormente decididos pela Comissão Europeia[341], considerou-se que o mercado dos óleos de sementes (por exemplo, à base de semente de girassol e/ou de canola) é distinto do mercado dos azeites, devido à ausência de substituibilidade do lado da procura e das diferenças de preços e de gestão de marcas.

---

[337] A aguardente vínica é definida no Regulamento (CE) n.º 110/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0110, consultado em 21 de agosto de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 1924 do processo.

[338] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.3779, *Pernod Ricard/Allied Domecq.*

[339] Cf. Comissão Europeia, Decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V & S.*

[340] Cf. sítio da ASAE na Internet, disponível em https://www.asae.gov.pt/newsletter2/asaenews-n-108-julho-2017/azeites-e-sua-classificacao-.aspx, consultado em 21 de agosto de 2020, e cópia junta aos autos a fls.1924 do processo.

[341] Cf. Comissão Europeia, Decisões nos processos n.º COMP/M.1802, *Unilever/Amora-Maille* e n.º COMP/M.1990, *Unilever/Bestfoods*.

636. As caraterísticas, processos de produção e preferências dos consumidores limitam, portanto, a substituibilidade do azeite face a outros óleos comestíveis.

637. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo, o mercado dos azeites.

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

638. Do ponto de vista do escoamento, os produtos da Active Brands podem ser comercializados no canal alimentar[342] (também designado canal *off-trade*), em que operam as cadeias de supermercados e hipermercados na venda dos produtos ao consumidor final, ou no canal Horeca[343] (também designado canal *on-trade*), em que operam hotéis, restaurantes e cafés.

639. 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 embalagens[344], consoante o canal a que se destinam, considera-se que ambos os canais correspondem a mercados distintos do produto[345].

640. No caso concreto, e na perspetiva do mercado do produto, está em causa o fornecimento dos diferentes produtos da Active Brands (não substituíveis entre si) às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas *discount*[346]*)* para a comercialização no canal alimentar ao consumidor final.

641. Exclui-se, consequentemente, 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 (como as

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

[343] 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 Active Brands recorre a uma rede de distribuidores independentes que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional.

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

[345] Conforme referido anteriormente, no canal alimentar, a Active Brands fornece diretamente um conjunto restrito de clientes que tendencialmente exige uma negociação direta com o fornecedor devido ao seu volume de compras. Já no canal Horeca (*on-trade*), a Active Brands recorre a uma rede de distribuidores independentes que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional.

[346] 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*).

garrafeiras, os talhos, as peixarias e as padarias, entre outros)[347], quer as lojas tradicionais (uma vez que o posicionamento estratégico e a capacidade concorrencial destes estabelecimentos, designadamente ao nível dos preços, gama de produtos e serviços, resulta na fraca substituibilidade na perspetiva da procura)[348].

642. Excluem-se ainda os *cash and carry,* por se considerar que este tipo de estabelecimentos opera num estádio da cadeia de oferta diferente – distribuição grossista – daquele em que se encontram os formatos de retalho supramencionados, dirigindo-se a um público-alvo específico, designadamente empresas/comerciantes, e distinto do público-alvo dos formatos retalhistas[349].

III.2.2 Dimensão geográfica

643. Do ponto de vista geográfico, e ao nível grossista da relação entre fornecedor e distribuidor (supermercado e hipermercado), os diferentes mercados do 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.

644. Poderia, assim, definir-se, no segmento grossista e por referência aos diferentes produtos em causa, *v.g.*, o mercado nacional da venda de vinhos tranquilos no canal alimentar; o mercado nacional da venda de vodcas no canal alimentar, etc.

645. Ao nível retalhista, ou seja, ao nível da relação entre a empresa de distribuição/insígnia e o consumidor final, considera-se que os mercados têm uma dimensão local, sendo 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 trabalho[350].

646. 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

[347] Cf. decisão da Autoridade de 30 de julho de 2015, processo n.º Ccent. 29/2015 (*Pingo Doce / Amol*).

[348] Cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*).

[349] 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.

[350] 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 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*).

existência de sobreposição de áreas de influência[351], anúncios de produtos em todo o território nacional (através da televisão e da imprensa) e políticas de preços que não diferem substancialmente entre regiões[352].

647. Não obstante a Autoridade já ter definido o mercado geográfico relevante como local[353], 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 ao nível nacional (por exemplo, de fixação de preços, publicidade, ações promocionais, logística e centralização de compras[354]) e com lojas espalhadas por todo o país[355] – considera-se no presente processo o mercado geográfico de uma forma mais ampla, ou seja, correspondendo à totalidade do território nacional.

648. No caso concreto, como se demonstrará, os comportamentos em investigação consistem numa prática concertada entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor, tendo como objetivo o alinhamento dos preços de venda ao público dos produtos da Active Brands, que são homogéneos em todo o território nacional.

649. De facto, independentemente das estruturas e condições de concorrência locais (número e dimensão de concorrentes, preços observados, características dos consumidores finais, etc.), verifica-se uma prática homogénea e transversal de alinhamento do nível de preços de venda ao público em todo o país.

650. 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 Active Brands.

651. Está em causa, portanto, um acordo ou prática concertada entre as empresas visadas de carácter transversal e generalizado para todo o território nacional.

---

[351] Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.6506, *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket* (par. 14) e decisão no processo COMP/M.1684, Carrefour / Promodès, parágrafo 25.

[352] Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.1221, *Rewe/Meinl,* parágrafo 21.

[353] Cf. §645 *supra*.

[354] Cf. decisão da Autoridade de não oposição de 24 de maio de 2005, processo n.º Ccent 19/2005 (*Pingo Doce / Imocom),* §29.

[355] Cf. decisão da Autoridade de não oposição de 24 de maio de 2005, processo n.º Ccent 19/2005 (*Pingo Doce / Imocom),* §32; cf., igualmente, decisão da Autoridade de não oposição de 11 de maio de 2005, processo n.º Ccent 59/2005 (*Feira Nova / Horta*), §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*).

652. Importa salientar que, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, nos termos analisados no capítulo IV.1.2 *infra.*

III.2.3 Conclusão quanto aos mercados

653. Em face do exposto, a Autoridade identifica para efeitos do presente processo, os seguintes mercados:

(i) Mercado nacional dos brandies/conhaques para revenda no canal alimentar;

(ii) Mercado nacional dos vinhos tranquilos para revenda no canal alimentar;

(iii) Mercado nacional dos vinhos espumantes para revenda no canal alimentar;

(iv) Mercado nacional dos vinhos fortificados para revenda no canal alimentar;

(v) Mercado nacional dos *whiskies* para revenda no canal alimentar;

(vi) Mercado nacional dos *gins* para revenda no canal alimentar;

(vii) Mercado nacional das *vodcas* para revenda no canal alimentar;

(viii) Mercado nacional das sidras para revenda no canal alimentar;

(ix) Mercado nacional dos licores para revenda no canal alimentar;

(x) Mercado nacional das aguardentes para revenda no canal alimentar;

(xi) Mercado nacional dos aperitivos para revenda no canal alimentar;

(xii) Mercado nacional dos azeites para revenda no canal alimentar;

(xiii) Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

III.2.4 Posição das empresas visadas nos mercados identificados

III.2.4.1 Active Brands

654. O volume de negócios realizado pela Active Brands nos mercados identificados na presente Decisão, nos anos de 2010 a 2017 foi o seguinte:

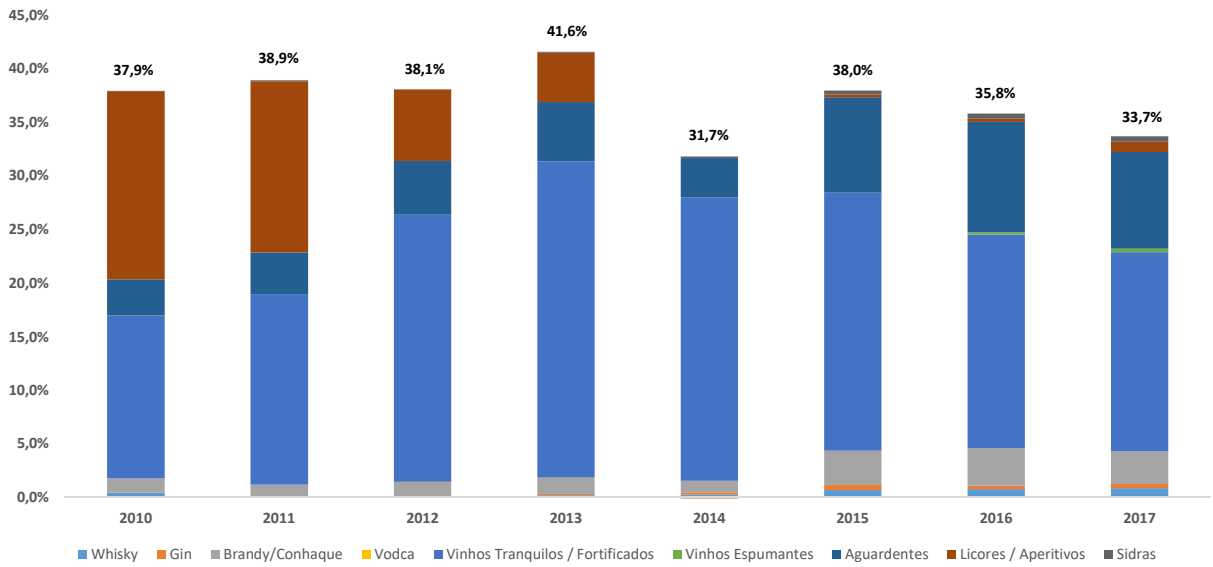
Tabela 1: Volume de negócios da Active Brands nos mercados identificados (em euros) – 2010 a 2017[356]

Ano	Volume de negócios - mercados identificados
2010	17 085 019
2011	14 626 235
2012	10 776 493
2013	9 257 186
2014	6 276 521
2015	4 319 359
2016	4 142 673
2017	4 205 796

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Active Brands de 19 de junho de 2020, a fls. 1499 a 1505 do processo; valores aproximados.

655. A representatividade dos mercados nacionais de vinhos tranquilos e vinhos fortificados no canal alimentar (*off-trade*) no volume de negócios da Active Brands é, de longe, a mais expressiva, representando conjuntamente, em média, entre 15% e 30% entre os anos 2010 e 2017 (cf. Figura *infra*).

Figura 1. Representatividade dos mercados identificados no canal *off-trade* no volume de negócios total da Active Brands (em %) – 2010 a 2017[357]



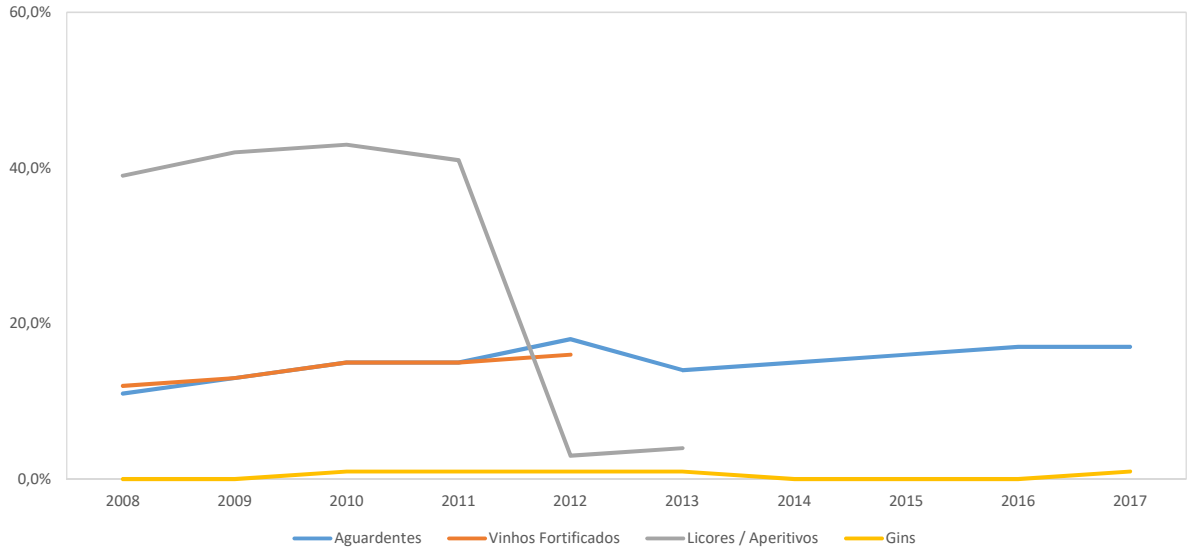
Fonte: Active Brands, Sabi.

[356] A Active Brands não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009.

[357] Idem.

656. De acordo com as melhores estimativas da Active Brands, as quotas de mercado nos anos de 2008 a 2017 nos mercados identificados foram as seguintes:

Figura 2. Quotas de mercado da Active Brands nos mercados identificados – 2008 a 2017



Fonte: Resposta a pedido de elementos da Active Brands de 19 de junho de 2020, a fls. 1495 a 1498 do processo; valores aproximados.

*Os mercados dos whiskies e vinhos tranquilos foram suprimidos da Figura por apresentarem valores nulos entre 2008 e 2017.

657. Da Figura apresentada *supra*, depreende-se que as quotas da Active Brands no mercado de aguardentes[358] e vinhos fortificados[359] se situaram entre 10% e 20% nos anos de 2008 a 2017 e de 2008 e 2012, respetivamente.

658. No mercado de licores/aperitivos[360], a quota de mercado da Active Brands situou-se entre 30% e 40% entre 2008 e 2011 e entre 0% e 5% nos anos 2012 e 2013 com a saída da marca Licor Beirão do *portfolio* da empresa. A participação do mercado de gins[361] situou-se entre 0% e 5% nos anos 2008 a 2017.

659. Conclui-se, assim, que a representatividade dos mercados nacionais de vinhos tranquilos e vinhos fortificados no canal alimentar é a mais expressiva (no âmbito dos mercados identificados) no volume de negócios total da Active Brands, sendo o peso do fornecedor especialmente elevado nos mercados nacionais de licores/aperitivos, aguardentes e vinhos fortificados no período analisado.

[358] Representado pelas marcas CR & F Velhas e Preparadas 1920.

[359] Representado pelas marcas Calem e Burmester.

[360] Representado pela marca Licor Beirão, Frangelico e Carolans.

[361] Representado pelas marcas Larios e Larios 12.

III.2.4.1.1 Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Active Brands

660. Os elementos de prova constantes dos autos permitem concluir que as empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Active Brands.

661. Com efeito, ao longo do período considerado, entre 2010 e 2017, as empresas de distribuição visadas representaram entre 25% e 35% na faturação da Active Brands.

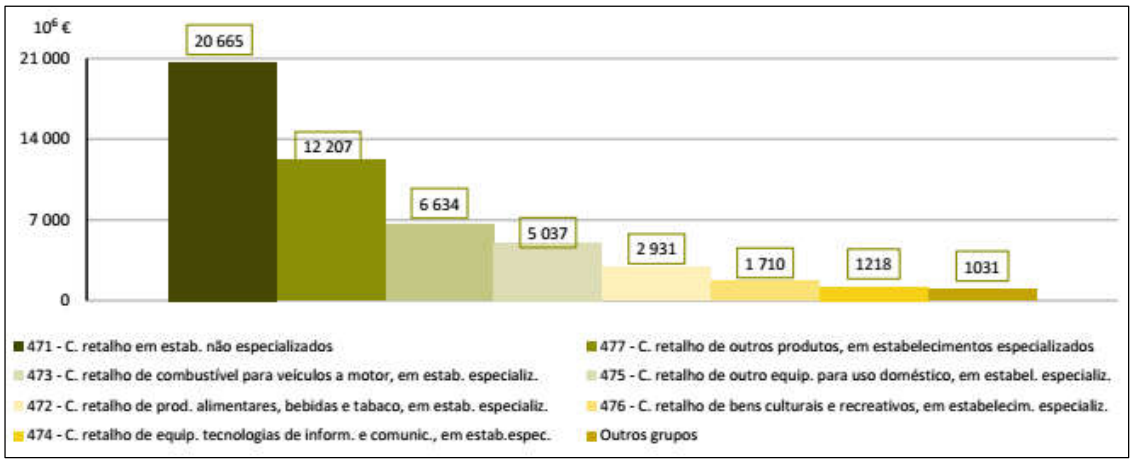
III.2.4.2 Empresas de distribuição visadas

662. Segundo o Instituto Nacional de Estatística (INE), em documento intitulado «*Estatísticas do Comércio*»[362], o volume de negócios gerado pelo comércio de retalho não especializado (denominado grupo 471[363]) – 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.

[362] Cf. INE, *Estatística 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, disponível a fls. 1924 do processo.

[363] 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 Actividades Económicas». Cf., em particular, INE, *Classificação Portuguesa das Actividades Económicas*, disponível em: https://www.ine.pt/ine_novidades/semin/cae/CAE_REV_3.pdf, disponível a fls. 1924 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 3. Volume de negócios das empresas de comércio a retalho, por grupo de atividade económica – 2018



Fonte: INE.

663. 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.

664. Dentro do grupo referido grupo 471, a categoria dos «*produtos alimentares, bebidas e tabaco*» representou 65,3% do volume de negócios (correspondendo a 13,4 mil milhões de euros).

665. Ainda de acordo com os dados do INE[364], o comércio de retalho também pode ser analisado sob a ótica das denominadas Unidades Comerciais de Dimensão Relevante (UCDR)[365], caracterizadas por serem estabelecimentos comerciais de grande dimensão.

[364] 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. 1924 do processo.

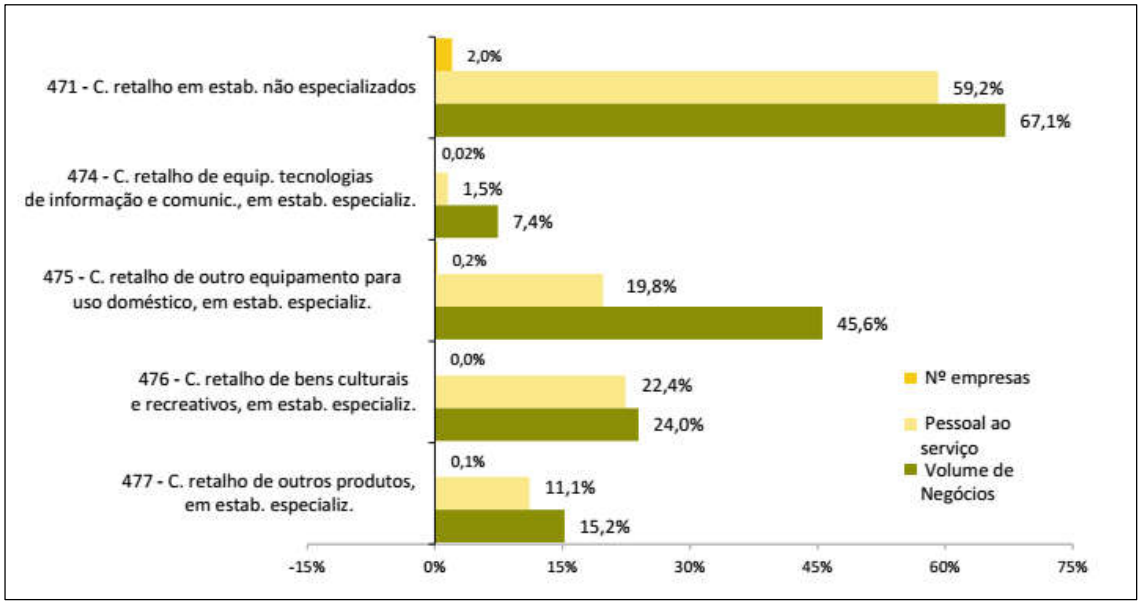
[365] Segundo o INE, «[e]*ntende-se por Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR) o estabelecimento, considerado individualmente ou no quadro de um conjunto pertencente a uma mesma empresa ou grupo de empresas, em que se exerce a atividade comercial e relativamente ao qual, se verificam as condições:*

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;

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

Figura 4. UCDR – Representatividade das UCDR no comércio a retalho - 2018



Fonte: INE.

667. Tendo em consideração que o volume de negócios gerado pelo grupo 471 é o maior de entre os grupos de comércio a retalho[366], 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, portanto, um papel muito significativo no comércio de retalho e, consequentemente, para os consumidores portugueses.

---

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 m^2;

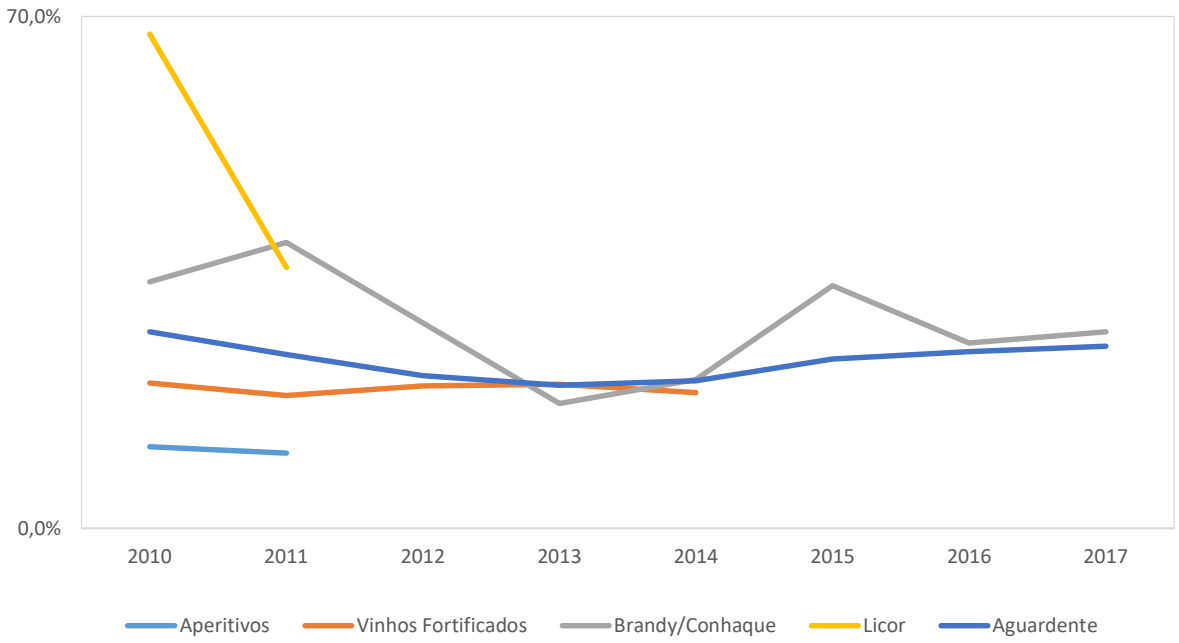
iv) *Sendo de comércio a retalho não alimentar, pertencentes a uma empresa ou grupo que detenha, a nível do Continente, uma área de venda acumulada igual ou superior a 25 000 m^2*».

[366] Cf. §662 *supra*.

III.2.4.2.1 Posição relativa da Active Brands na faturação das empresas de distribuição visadas

668. As Figuras *infra* revelam a representatividade da Active Brands na faturação de cada uma das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados no presente processo[367] [368].

Figura 5: Representatividade da Active Brands na faturação da Pingo Doce nos mercados identificados (em %) - 2010 a 2017[369]



Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 2 de novembro de 2018, a fls. 2282 a 2286 do processo; e de 30 de julho de 2020, a fls. 1572 a 1574; valores aproximados.

*Os mercados dos whiskies, gins, vodcas, vinhos tranquilos, vinhos espumantes e sidras foram suprimidos da tabela por apresentarem valores nulos entre 2010 e 2017.

669. Na Figura *supra* observa-se que a representatividade da Active Brands nos mercados dos brandies/conhaques e aguardentes se situou entre 15% e 40% da faturação da Pingo Doce

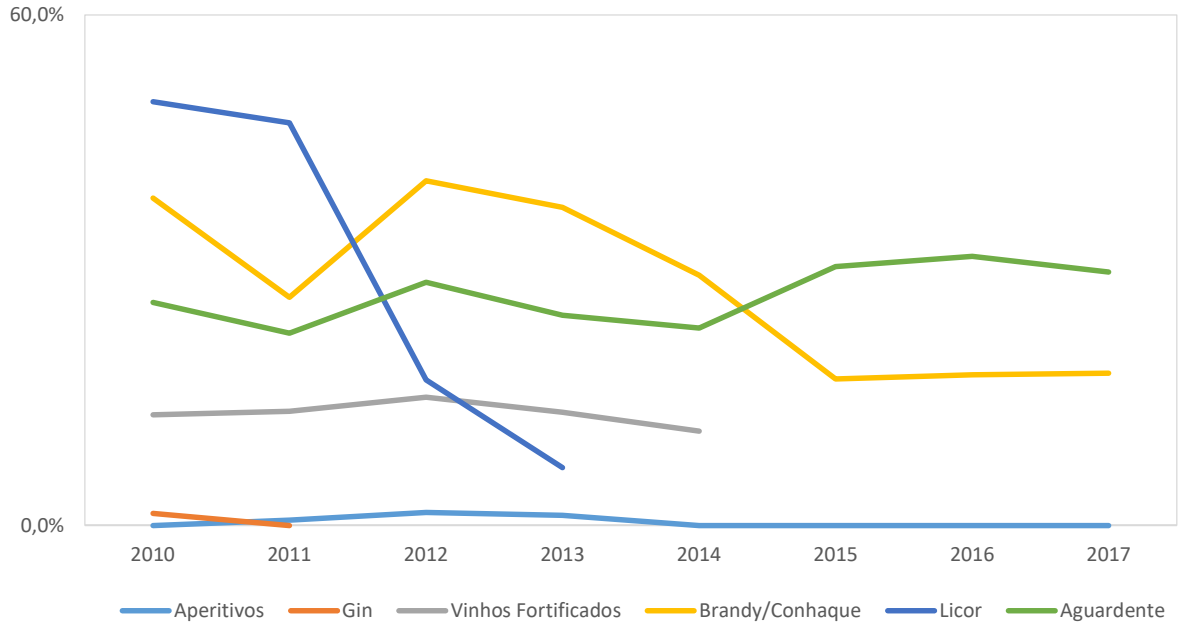
[367] A Autoridade solicitou a cada uma das empresas de distribuição retalhista que indicasse os cinco maiores fornecedores em cada um dos mercados identificados, pelo que a ausência de percentagem em alguns desses mercados significa que a Active Brands não se encontra entre os cinco maiores fornecedores naquele determinado mercado. As informações solicitadas não contemplaram os mercados de tequila, rum, azeite, vinagre e cerveja.

[368] A informação apresentada pela Auchan na categoria interna «Garrafeiras» indica que a Active Brands não se encontrava entre os cinco maiores fornecedores em termos de faturação no período compreendido entre 2012 e 2017.

[369] A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009.

nos anos de 2010 a 2017 e no mercado dos vinhos fortificados entre 15% e 20% nos anos de 2010 a 2014. Para os restantes mercados (aperitivos e licores), a Active Brands encontrava-se entre os cinco maiores fornecedores nos anos 2010 e 2011, sendo que a sua representatividade no mercado dos licores era muito significativa (entre 35% e 70%).

Figura 6: Representatividade da Active Brands na faturação da MCH nos mercados identificados (em %) - 2010 a 2017[370]



Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH de 30 de julho de 2020 a fls. 1575 a 1589 do processo e de 14 de agosto de 2020, a fls. 1635 a 1636 e 1638; tratamento da Autoridade; valores aproximados.

*Os mercados dos whiskies, vodcas, vinhos tranquilos, vinhos espumantes e sidras foram suprimidos da tabela por apresentarem valores nulos entre 2010 e 2017.

670. Na Figura *supra* observa-se que a representatividade da Active Brands nos mercados dos brandies/conhaques e aguardentes se situou entre 15% e 40% da faturação da MCH nos anos de 2010 a 2017. Para o mercado dos vinhos fortificados, esta representatividade situou-se entre 10% e 15% entre 2010 e 2014.

671. Para o mercado dos licores, a representatividade da Active Brands situou-se entre 5% e 50% da faturação da MCH com tendência de queda entre os anos 2010 e 2013. Para os mercados dos aperitivos e dos licores, esta representatividade não excedeu 5% da faturação da MCH no mesmo período.

672. Conclui-se, portanto, que a Active Brands se apresenta como um fornecedor com relevância, em especial nos mercados nacionais dos brandies/conhaques e aguardentes, nos quais representa entre 15% e 40% e 20% e 30%, respetivamente, da faturação das

[370] A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009.

empresas de distribuição visadas nos mercados identificados entre os anos 2010 e 2017, assim como no mercado de vinhos fortificados, no qual representa entre 10% a 20% da faturação das empresas de distribuição visadas no mercado identificado entre os anos 2010 e 2014.

673. A elevada representatividade deste fornecedor é também acompanhada pelo elevado volume de negócios de cada empresa de distribuição retalhista nos mercados identificados no presente processo[371] (cf. tabelas *infra*):

Tabela 2: Volume de negócios da Auchan nas categorias relevantes *supra* identificadas (em euros) - 2012[372] a 2017

Ano	Volume de negócios*
2012	[20.000.000 – 30.000.000]
2013	[20.000.000 – 30.000.000]
2014	[20.000.000 – 30.000.000]
2015	[20.000.000 – 30.000.000]
2016	[20.000.000 – 30.000.000]
2017	[20.000.000 – 30.000.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Auchan de 9 de novembro de 2018, a fls. 2279 do processo; valores aproximados.

* categoria interna «Garrafeiras».

Tabela 3: Volume de negócios da Pingo Doce nas categorias relevantes *supra* identificadas (em euros) - 2010 a 2017[373]

Ano	Volume de negócios
2010	[80.000.000 – 90.000.000]
2011	[80.000.000 – 90.000.000]
2012	[80.000.000 – 90.000.000]
2013	[90.000.000 – 100.000.000]
2014	[90.000.000 – 100.000.000]
2015	[100.000.000 – 200.000.000]
2016	[100.000.000 – 200.000.000]
2017	[100.000.000 – 200.000.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 2 de novembro de 2018, a fls. 2281 do processo; de 28 de dezembro de 2018, a fls. 2191 a 2192 e de 30 de julho de 2020, a fls. 1572 a 1574; valores aproximados.

[371] Sem prejuízo, a representatividade do volume de negócios da Active Brands no volume de negócios total de cada uma das empresas de distribuição retalhista visadas é, em regra, sempre inferior a 2%, no período considerado.

[372] A Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2011.

[373] A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2009.

Tabela 4: Volume de negócios da MCH nas categorias relevantes *supra* identificadas (em euros) - 2010 a 2017[374]

Ano	Volume de negócios
2010	[90.000.000 – 100.000.000]
2011	[90.000.000 – 100.000.000]
2012	[90.000.000 – 100.000.000]
2013	[100.000.000 – 200.000.000]
2014	[100.000.000 – 200.000.000]
2015	[100.000.000 – 200.000.000]
2016	[100.000.000 – 200.000.000]
2017	[100.000.000 – 200.000.000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 2187 a 2189, de 1 de outubro de 2018, a fls. 2187 a 2190, de 30 de julho de 2020, a fls. 1575 a 1589 e de 14 de agosto de 2020, a fls. 1635 a 1636 e 1638; valores aproximados.

III.2.5 Pronúncias das visadas

674. Nas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude, as empresas 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 mercado[375].

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

i) Existência de Grandes Grupos Retalhistas («GGR»), 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 final[376];

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 fornecedores e retalhistas relativas ao impacto das promoções no volume de vendas e no posicionamento de mercado dos produtos[377];

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

[374] A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2009.

[375] Cf. §556 e capítulo III da PNI Active Brands, capítulo III.1 da PNI Auchan, capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

[376] Cf. capítulo III.E da PNI Active Brands.

[377] Cf. capítulo II.B.iii) da PNI MCH e capítulos I.A. e II.A da PNI Pingo Doce.

retalho alimentar, o que implica que o PVP se torne no parâmetro principal da concorrência entre insígnias[378];

iv) Existência de múltiplos 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 fidelização[379];

v) Grande competitividade, resultado da interseção dos diversos parâmetros de concorrência, não sendo, os consumidores portugueses, fiéis a uma única insígnia para realizar as suas compras[380];

vi) Enquadramento jurídico aplicável às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC)[381], [Confidencial – estratégia comercial da visada][382]. Os termos e condições de fornecimento são baseados num sistema comumente denominado «*retail minus*» em que se negoceia descontos, reduções ou abatimentos calculados sobre o Preço de Venda ao Público Recomendado («PVPR») e não sobre o preço grossista de compra[383];

vii) Grande transparência que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação[384];

viii) Importância estratégica da recomendação de PVP para qualquer fornecedor, os PVP são um elemento crucial para o posicionamento do produto no mercado, consubstanciando-se como uma variável importante da política comercial das marcas. Segundo a Active Brands, «*o preço recomendado não é um preço qualquer. É aquele que traduz, na perspectiva do fornecedor, o melhor equilíbrio entre as características do produto, da respetiva clientela, da concorrência e do retorno para o fornecedor, para o distribuidor e para o sistema de distribuição*»[385].

676. Quanto à política de recomendação de preços, a Active Brands afirma, ainda, que, através deste mecanismo, «*o fornecedor consegue incrementar e diversificar as aquisições por parte dos retalhistas, disputar o espaço de prateleira aos fornecedores seus concorrentes e estimular diretamente a procura do consumidor*»[386]. Assim, «*o fornecedor, quando recomenda um preço de revenda, deseja que seja seguido e é inevitável que, se for seguido, se pode esperar um*

[378] Cf. §193 da PNI Active Brands, capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

[379] Cf. §193 da PNI Active Brands, capítulo II.B da PNI MCH e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

[380] Cf. §162 da PNI Pingo Doce e §52 da PNI MCH.

[381] 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.

[382] Cf. capítulo III.E da PNI Active Brands e capítulo I.A. da PNI Pingo Doce.

[383] Cf. capítulo II.C. da PNI MCH.

[384] Cf. capítulo I.A da PNI Pingo Doce e capítulo II.B. da PNI MCH.

[385] Cf. §183 da PNI Active Brands.

[386] Cf. §177 da PNI Active Brands.

resultado de alinhamento dos preços de revenda entre os vários revendedores»[387]. Para este fornecedor, trata-se de «*uma consequência inerente*»[388] à própria política de recomendação de preços.

677. Neste contexto, na ótica da Active Brands, a «*existência de uma recomendação, sendo importante para o posicionamento estratégico das marcas do fornecedor, serve sempre de pretexto ao distribuidor para apelar a que este intervenha no sentido de evitar guerras de preços indesejáveis para todos*»[389]. (sublinhado da Autoridade)

678. Sobre o financiamento de campanhas promocionais no mercado retalhista por parte do fornecedor, este afirma que «*estimula, neste sentido, a concorrência, não tendo, por si só, nada de incompatível com o direito da concorrência*»[390] e que «*o financiamento das campanhas promocionais não estava sujeito à observância pelas insígnias do preço recomendado para a campanha. A AB financiava as campanhas promocionais ainda que o preço praticado fosse inferior ao indicado para a campanha*»[391]. (sublinhado da Autoridade)

679. Acrescenta esta visada que «[d]*e forma consequente com a adoção da sua política de preços recomendados,* ***a AB monitorizava a aceitação da sua política****, encetando esforços no sentido de solicitar aos retalhistas que respeitassem minimamente as suas recomendações*»[392]. (destaque original e sublinhado da Autoridade)

680. Não obstante a afirmação da Active Brands, ao caracterizar o alegado poder negocial que as empresas de distribuição possuem face aos fornecedores, de que «[s]***ão as insígnias que, por um lado, determinam os preços a que querem comprar, através da definição e cristalização prévia das condições comerciais***»[393], este fornecedor declara que as insígnias «***definem, com a máxima autonomia, os preços a que vendem aos consumidores, independentemente do posicionamento ou recomendação dos seus fornecedores***»[394]. Deste modo, «*qualquer tentativa por parte da AB de pressionar ou coagir as insígnias a observarem determinado preço seria irrisório e de eficácia duvidosa*»[395] pelo que «*improcedem, neste sentido, as conclusões da AdC que sugerem que a AB, enquanto fornecedora das grandes*

[387] Cf. §184 da PNI Active Brands.

[388] Cf. §184 da PNI Active Brands.

[389] Cf. §196 da PNI Active Brands.

[390] Cf. §177 da PNI Active Brands.

[391] Cf. §203 da PNI Active Brands.

[392] Cf. §204 da PNI Active Brands.

[393] Cf. §268 da PNI Active Brands.

[394] Cf. §268 da PNI Active Brands.

[395] Cf. §270 da PNI Active Brands.

superfícies em causa, tinha a capacidade e os meios para coagir ou pressionar a observação dos PVPR»[396]. (destaques originais)

681. Em linha com o alegado na alínea *ii)* do §675, a MCH e a Pingo Doce defendem que este mercado é altamente competitivo, com indisputável transferência de valor para o consumidor, com evolução geral de preços extremamente satisfatória, com margens de comercialização bastante baixas e rentabilidades reduzidas[397], consistentes com a agressividade comercial observável, com elevados custos operacionais e investimentos em capitais fixos, PVP baixos, constantemente alterados, graças a uma intensa atividade promocional[398].

682. A MCH argui, na verdade, que 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 locais[399].

683. Segundo a MCH, «(…) *os distribuidores concorrem entre si ao nível do cabaz e não produto-a-produto, o que dota este mercado de grande complexidade, uma vez que os vários produtos não podem ser vistos de modo isolado, sendo antes entendidos como tendo um relacionamento entre si que é, simultaneamente, de complementaridade e substituibilidade*»[400]. Em sentido semelhante, a Active Brands afirma que «*a concorrência entre essas empresas não se faz produto a produto. A maioria dos consumidores concentra as suas compras no mesmo supermercado, pelo que, por norma, a concorrência entre supermercados é determinada pela perceção genérica de alguma diferenciação e do preço*»[401].

684. A MCH analisa o comportamento e a evolução dos preços praticados no mercado de distribuição retalhista para produtos do *portfolio* da Active Brands, designadamente o vinho tranquilo tinto Loios, 75 cl. (dados de janeiro de 2012 a abril de 2017), a aguardente CR&F, 70 cl. (dados de janeiro de 2014 a abril de 2017) e o whisky Jim Beam Novo, 70 cl. (dados de janeiro de 2014 a abril de 2017), com base em informações fornecidas pela A.C. Nielsen (Nielsen)[402].

---

[396] Cf. §275 da PNI Active Brands.

[397] Cf. capítulo I.A. da PNI Pingo Doce e §118 da PNI MCH. 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 esta insígnia, revela uma prática de preços baixos.

[398] Cf. pág. 21 e ss. da PNI Pingo Doce e capítulo II.B da PNI MCH.

[399] Cf. §99 e ss. da PNI MCH.

[400] Cf. §69 da PNI MCH.

[401] Cf. §193 da PNI Active Brands.

[402] Cf. capítulo II.B.iv da PNI MCH.

685. A MCH conclui que o nível de concentração deste mercado não é anormal, sendo compatível com a realidade internacional em geografias semelhantes à nacional[403].

686. 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 Europa[404].

687. Refere igualmente 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*]»[405].

688. Ademais, a Pingo Doce alega que «*se as empresas co-visadas estivessem a alinhar preços, o que se não concede, seria expetável 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*»[406].

689. 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*»[407].

690. Segundo esta visada, contribuíram para esse cenário, entre outros fatores, a entrada de novos *players* no mercado retalhista tais como Mercadona e Aldi[408] e a criação de centros de negociação central por distribuidores[409].

691. Por fim, a Pingo Doce sustenta a sua posição referindo que «*economicamente não é razoável considerar que tenha havido uma qualquer colusão horizontal, e a mesma, aliás, não seria sustentável ou efectiva*»[410], 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 referência a um cabaz de produtos, seria necessário que a alegada prática de hub&spoke abrangesse todos*

[403] Cf. §103 da PNI MCH.

[404] Cf. §77 da PNI Pingo Doce.

[405] Cf. §88 da PNI Pingo Doce.

[406] Cf. §122 da PNI Pingo Doce.

[407] Cf. §157 da PNI Pingo Doce.

[408] Cf. §143 e ss. da PNI Pingo Doce.

[409] Cf. §154 e ss. da PNI Pingo Doce.

[410] Cf. §159 da PNI Pingo Doce.

(ou muitos) os produtos, preços, promoções e localizações (ou seja, ao nível do cabazes) dos vários retalhistas»; iv) múltiplos fatores «*não permitem que uma coordenação seja externamente estável, i.e., factores que são externos à co-visada (por exemplo, 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*»[411].

692. O fornecedor afirma que a AdC desconsiderou a concorrência intermarca, ou seja, que «*qualquer tentativa de pressão ou coação para que os preços recomendados fossem seguidos, ou de retaliação caso isso não acontecesse, não seriam frutíferos porque, em resposta a estas estratégias, as grandes superfícies de distribuição alimentar sempre teriam vários outros fornecedores de bebidas alternativos por onde escolher e satisfazerem plenamente a sua procura, sem necessidade de recorrerem à AB*»[412]. (destaque original)

693. No que se refere ao nível de preços praticados no mercado retalhista, a Auchan entende que «*dificilmente se pode sustentar que a atuação da Auchan gerou um impacto negativo junto dos consumidores*» uma vez que esta empresa «*posicionou-se consistentemente como o distribuidor com os preços mais baixos*»[413].

694. A Active Brands considera que «*inexiste experiência "suficientemente sólida e fiável" de que práticas de hub and spoke restrinjam, pela sua própria natureza, o bom funcionamento dos mercados*»[414]. (destaque original)

695. No que respeita à posição relativa da Active Brands na respetiva faturação, as empresas de distribuição visadas que se pronunciaram tentam desvalorizar o peso que este fornecedor tem nos seus volumes de negócios[415].

696. 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*»[416].

[411] Cf. §166 da PNI Pingo Doce.

[412] Cf. §245 da PNI Active Brands.

[413] Cf. §§1645 e 1646 da PNI Auchan.

[414] Cf. §541 da PNI Active Brands.

[415] Cf. capítulo III.1 da PNI Auchan e páginas 139 e ss. da PNI Pingo Doce.

[416] Cf. §1306 da PNI Auchan.

697. E a Pingo Doce alega que «*no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, a facturação da Active Brands representa uns insignificantes [≤5]% das compras que o PINGO DOCE realiza a fornecedores*»[417].

698. Além disso, a Pingo Doce também contesta a afirmação de que as empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Active Brands, afirmando que, «*de acordo com a AdC, "*[o]*s elementos de prova constantes dos autos permitem concluir que as empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Active Brands (§174 da NI). Pelo contrário, ao longo do período em questão, entre 2010 e 2017, os números desmentem a referida afirmação da AdC. Nas suas próprias palavras: "*[c]*om efeito, ao longo do período considerado, entre 2010 e 2017, as empresas de distribuição visadas representaram entre [20-30]% e [30-40]% na faturação da Active Brands" (§175 da NI). Daqui resulta que a esmagadora maioria da facturação da Active Brands é feita fora do suposto hub&spoke, ou seja, entre [60-70]% e [70-80]%*»[418].

699. Ainda, a Pingo Doce afirma que «*a representatividade da Active Brands na facturação do PINGO DOCE em vários dos vários sub-mercados foi [≤5]: "Os mercados dos whiskies, gins, vodcas, vinhos tranquilos, vinhos espumantes e sidras foram suprimidos da tabela por apresentarem [≤5] entre 2010 e 2017" (nota da AdC à figura n.º 5 da NI, pág. 50)*»[419]. (sublinhado original)

700. Quanto à dimensão geográfica do mercado, as empresas de distribuição visadas alegam que não são um bloco homogéneo, têm diferentes dimensões, tipologias de loja, estruturas logísticas e modos de operação[420], pelo que a dimensão geográfica definida pela AdC não se encontra devidamente justificada[421].

701. A este propósito, a Auchan considera que «*o que não pode ser feito é precisamente o que a AdC faz: concluir por uma dimensão nacional do mercado relevante apenas porque estão em*

[417] Cf. §678 da PNI Pingo Doce.

[418] Cf. §687 a 689 da PNI Pingo Doce.

[419] Cf. §691 da PNI Pingo Doce.

[420] Quanto a este tema, a MCH afirma que: «*Questionada pela AdC, sobre a estratégia de pricing na área de FMCG, a Declarante referiu que pode haver duas estratégias diferentes para diferentes categorias. O sistema "High-Low" (HLP) que inclui o que se designa de Preço WAS, que equivale ao preço sem promoção, e o Preço IS que equivale ao preço que o consumidor vai pagar na caixa. O preço IS pode ter mais descontos associados, pelo que consumidor pagará menos. Mais de 50% das vendas de FMCG da MCH são feitas em promoção, mas há categorias que podem atingir 80-85%. A MCH utiliza esta estratégia de High-Low. Mas, por exemplo, a Mercadona utiliza uma estratégia de everyday low price. Não significa que não utilize outras estratégias, mas predominantemente utiliza esta. A estratégia de High-Low carateriza-se por uma atividade promocional constante. Ao longo da semana pode haver uma flutuação grande entre preço was e os preço is, que vão variando de acordo com as promoções em loja ou na televisão*». (cf. inquirição de [Confidencial – Dados Pessoais], Diretora Comercial da MCH, cuja extração de certidão foi realizada no âmbito do presente processo, fls. 4052 a 4057).

[421] Cf. §1249 e ss. da PNI Auchan e §742 e ss. da PNI Pingo Doce.

causa grandes cadeias de retalho que têm lojas em todo o País, sem proceder à análise concreta da natureza dos bens afetados, das condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado e do nível de concorrência enfrentado por cada uma dessas lojas, em suma, do contexto económico e jurídico da alegada prática restritiva. Para além disto, em manifesta contradição com a sua própria prática decisória de longos anos aplicável ao sector e, desde logo, a algumas das mesmas empresas agora envolvidas na infração»[422].

III.2.6 Apreciação da Autoridade

702. O facto de a AdC não ter atribuído o título «*mercado de distribuição retalhista de base alimentar*» a um capítulo ou a uma secção específicos da Nota de Ilicitude, não significa que a AdC não tenha identificado e/ou caracterizado esse mercado, tão-pouco que a AdC tenha desconsiderado o contexto económico dos comportamentos que descreve.

703. A AdC identificou e caracterizou, na Nota de Ilicitude e, bem assim, na presente Decisão, todos os mercados necessários para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, incluindo o mercado retalhista de base alimentar[423].

704. 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 empresas visadas nesses mercados.

705. A caracterização do mercado retalhista de base alimentar constante da Nota de Ilicitude (e da presente Decisão: cf., respetivamente, §§98 e ss. e 583 e ss.), ainda que mais sucinta que a apresentada pelas empresas 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.

706. Acresce que, ainda que essa caracterização não tivesse sido feita (o que não se verifica), 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 concorrência[424], como é o caso.

707. Ora, não só a caracterização foi efetuada no presente processo, como a mesma, em conjunto com os comportamentos analisados nesta Decisão (cf. capítulo III.3), e, bem

[422] Cf. §1315 da PNI Auchan.

[423] Cf. capítulo II.2 da Nota de Ilicitude e capítulo III.2 da presente Decisão.

[424] Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

assim, na Nota de Ilicitude (cf. capítulo II.3), atestam o funcionamento concreto e efetivo deste mercado e mercados a jusante, nos termos descritos pela AdC e em claro contraste com as asserções gerais que as visadas avançam com base nos elementos de caracterização genéricos e que apresentaram nas respetivas PNI.

708. Acresce que, mesmo nessas matérias, 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.

709. 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.

710. Com base nessa informação, a AdC concluiu na Nota de Ilicitude — capítulo 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.

711. As estatísticas apresentadas e, consequentemente, as conclusões da AdC na Nota de Ilicitude têm por base os diferentes grupos presentes no estudo[425], não sendo elaboradas de maneira isolada.

[425] Os grupos que compõem a análise da «Estatística do Comércio» são:

- comércio a retalho em estabelecimentos não especializado (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).

712. As alegações das visadas quanto a este aspeto não são apresentadas no mesmo contexto e não podem, portanto, ser comparadas com a análise feita no referido capítulo da Nota de Ilicitude.

713. Pelo contrário, são apresentadas por comparação com as congéneres nacionais e europeias, apenas no âmbito do mercado de distribuição retalhista de base alimentar[426].

714. 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.

715. A atualização do documento «*Estatística do Comércio*» referente ao ano 2020[427] permite afirmar que, de modo geral, os resultados para o comércio retalhista em Portugal foram mantidos face ao ano de 2018.

716. 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 42,7% do volume de negócios total em 2020 face a 40,2% em 2018.

717. Quanto às UCDR do grupo 471, estas representavam, em 2020, 2,2% do universo de empresas registadas, gerando 68,7% do volume de negócios e empregando 59,4% do pessoal ao serviço, valores muito semelhantes àqueles apresentados em 2018.

718. Estas conclusões são, aliás, consentâneas com a caracterização e as conclusões apresentadas pela Active Brands na sua defesa (cf. alínea *i)* do §675 da presente Decisão).

719. Outro elemento apresentado pelas visadas para caracterizar o mercado retalhista de base alimentar foi o facto de os consumidores portugueses não serem fiéis a uma única insígnia para realizar as suas compras. Tal característica é consistente com — e reforça — a tese da ocorrência do ilícito de coordenação de preços entre insígnias, uma vez que resulta numa maior sensibilidade por parte dos consumidores a alterações de PVP pelos diversos *players* no mercado retalhista.

720. No que se refere à alegada «*política de preços recomendados*»[428] de PVP implementada pela Active Brands[429], é possível afirmar que a sua não aplicação tem consequências financeiras para a empresa. Isto porque sempre que ocorre uma «*guerra de preços*» entre insígnias, o

[426] Cf. capítulo II.B.i) da PNI MCH e capítulo I.A) da PNI Pingo Doce.

[427] Cf. INE, *Estatística do Comércio 2020,* de dezembro de 2021, disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=535400834&att_display=n&att_download=y

[428] Designação adotada pelo fornecedor, cf., entre outros, o §188 da PNI Active Brands.

[429] *Infra*, na apreciação dos comportamentos das empresas visadas, a AdC analisará se a conduta da Active Brands é consentânea com uma mera recomendação de PVP ou se, efetivamente, consubstancia ou redunda numa fixação desses preços.

fornecedor é o responsável por suportar financeiramente as reduções de PVP através de comparticipações ou emissões unilaterais de notas de crédito por parte das insígnias.

721. Assim, sempre que se verifica uma diferença entre os PVPR e os PVP praticados pelos concorrentes, e sempre que esse desvio não é retificado através da respetiva correção, as insígnias solicitam à Active Brands condições para praticar um PVP mais baixo (alinhado com o preço desviado), mas que não afete sua margem (cf. §§724 a 728 *infra*). Isto só é possível com a redução da margem do fornecedor.

722. 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 PVP «*recomendado*» pela Active Brands como o preço-alvo a ser utilizado no mercado de distribuição retalhista, sabendo que os seus concorrentes também o utilizam como referência, exigindo ao fornecedor que garanta uma comparticipação, de forma a manterem a sua margem, quando o PVP de algum de seus concorrentes não está de acordo com o proposto pelo fornecedor.

723. A Active Brands afirma que «*financiava as campanhas promocionais ainda que o preço praticado fosse inferior ao indicado para a campanha*», ou seja, o fornecedor comparticipava mesmo que as insígnias não utilizassem os PVP recomendados. A prova constante do processo indica que estes eram casos pontuais e funcionavam como um mecanismo de compensação para as situações em que a Active Brands não conseguia assegurar o alinhamento das restantes insígnias com o PVP recomendado.

724. Ora, se o preço «*recomendado*» pela Active Brands fosse, de facto, somente uma mera «*recomendação*», questiona-se qual seria o incentivo desta empresa para suportar financeiramente as diferenças entre os PVPR e os PVP praticados pelos concorrentes no mercado retalhista. Estas diferenças deveriam ser da responsabilidade das insígnias, caso estas entendessem acompanhar o PVP dos seus concorrentes, e ter como consequência a redução da própria margem.

725. Com efeito, uma simples recomendação de PVP não deveria implicar qualquer compensação financeira por parte do fornecedor em resultado dos desvios à mesma pelas empresas de distribuição.

726. Se, por um lado, a aplicação de preços recomendados seria desejável para o fornecedor, uma vez que evitaria «*guerras de PVP*» no mercado de distribuição retalhista, por outro lado, pode afirmar-se que as insígnias serão relativamente indiferentes quanto ao nível de preços estabelecidos no mercado, desde que dois critérios sejam respeitados: *(i)* a sua margem, obtida pela comercialização de produtos Active Brands, esteja garantida e *(ii)* os concorrentes não tenham PVP inferiores aos seus. Como explicitado *supra* e desenvolvido *infra*, no capítulo III.3, através da aplicação da política de preços deste fornecedor, estes dois critérios são cumpridos.

727. 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 deste; e, por sua vez, o fornecedor pode beneficiar de uma solução deste tipo como forma de evitar a erosão da sua própria margem decorrente das tensões negociais com os retalhistas.

728. Este contexto, ao contrário do alegado pelas visadas, é suscetível e propenso a esquemas do tipo «*hub and spoke*», conforme destaca a OCDE (2019)[430], §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.*
>
> ***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*»[431]. (destaque da AdC).

[430] 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, disponível a fls. 4621 do processo.

[431] Tradução livre da AdC dos §§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. (...)».

729. 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 negocial*»[432] (destaque da AdC).

730. Neste sentido, a Active Brands afirma que não tinha «***capacidade e os meios para coagir ou pressionar a observação de PVPR***»(destaque original)[433] perante o grande poder negocial das empresas de distribuição. Como menciona a OCDE, é expectável — e, inclusive, mais provável — a ocorrência de práticas de «*hub-and-spoke*» em estruturas de mercado nas quais as empresas de distribuição tenham grande poder negocial.

731. Isto porque a pressão sofrida pelo fornecedor incentiva-o a «*promover e facilitar um aumento ou manutenção dos preços de retalho*»[434] ao invés de ver as suas margens grossistas serem corroídas por «*guerras de preços*» entre retalhistas face às constantes solicitações de comparticipações por parte destes. Não se trata, portanto, de uma imposição de PVP(R) pelo fornecedor, mas de um esquema no qual ambas as partes — fornecedor e insígnias — são beneficiadas. 727

732. Quanto 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 insígnias remanescentes ou «*não cartelistas*», é importante salientar que o que está em causa no presente processo é o alinhamento concertado de PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal e não o nível desses PVP[435].

733. Outro aspeto a salientar é que, na construção do seu argumento, a Pingo Doce recorreu [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.][436].

---

[432] 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, §22).

[433] Cf. §275 da PNI Active Brands.

[434] 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, disponível a fls. 4621 do processo, concretamente o excerto constante do §728 da presente Decisão.

[435] Note-se que, sem alinhamento (independentemente do nível a que esse alinhamento ocorra), ou seja, num mercado concorrencial, é expectável que os preços sejam tendencialmente mais baixos e, por conseguinte, mais vantajosos para o consumidor, fruto da competição (pelo mérito) entre empresas concorrentes.

[436] Cf. §112 da PNI Pingo Doce.

734. Ora, dado que empresas de distribuição visadas comercializam um universo de produtos muito diversificados, é difícil garantir que a visada chegaria à mesma conclusão se o cabaz utilizado incluísse apenas os produtos do *portfolio* da Active Brands.

735. 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.

736. Estes resultados são calculados com base na totalidade dos produtos comercializados por estas empresas e não especificamente sobre os mercados identificados no presente processo.

737. 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.

738. Assim, margens mais elevadas em determinados mercados nos quais estas empresas atuam não teriam impacto na avaliação geral da variável rentabilidade neste processo.

739. Ainda no que se refere à conclusão da Pingo Doce sobre a caracterização do retalho alimentar, a visada cita a entrada de novos *players* no mercado de distribuição português como um dos fatores que contribuiu para «*um ambiente altamente concorrencial*»[437]. De acordo com informações fornecidas pela própria visada[438], entre 2013 e 2017[439], foram abertas [200-300] lojas e fechadas [40-50] lojas em território nacional, das quais [100-200] lojas abertas, ou seja, [70-80]%, são pertencentes às empresas de distribuição visadas no presente processo.

740. Além disso, a distribuidora Mercadona, citada na PNI Pingo Doce, entrou no mercado de distribuição português somente em 2019, ou seja, após o fim do período da infração em 2017. Ainda, segundo tabela apresentada por esta visada[440], a Aldi tinha [50-60] lojas em Portugal no ano de 2017, isto é, [0-10]% do total de lojas presentes no país.

741. Quanto à análise apresentada pela MCH sobre a evolução de preços dos produtos o vinho tranquilo tinto Loios, 75 cl. (dados de janeiro de 2012 a abril de 2017), a aguardente CR&F, 70 cl. (dados de janeiro de 2014 a abril de 2017) e o whisky Jim Beam Novo, 70 cl. (dados de janeiro de 2014 a abril de 2017) com base em informações fornecidas pela Nielsen[441], podem ser feitas três observações gerais:

i) Valem a este propósito, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas no §732 *supra* a propósito da relevância do nível de preços no processo;

[437] Cf. §157 da PNI Pingo Doce.

[438] Cf. §137 da PNI Pingo Doce.

[439] O ano de 2018 já não corresponde ao período de infração.

[440] Cf. §137 da PNI Pingo Doce.

[441] Cf. §134 e ss. da PNI MCH.

ii) O facto de a análise de dados ser realizada entre 2012/2014 e 2017, ou seja, num período temporal que está contido no período de infração (entre 2008 e 2017), não permite que haja comparação do comportamento da variável em questão — preços dos produtos Active Brands no mercado de distribuição retalhista de base alimentar — entre o período de infração e períodos anteriores ou posteriores, ou seja, antes de 2008 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 2012/2014 e 2017 ser o resultado da própria prática anticoncorrencial entre empresas. Por outras palavras, 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 10 a 12[442] da respetiva PNI é sinal de «***intensa actividade promocional***»[443] e evidencia que tal atividade «*não assenta numa alternância — entre os diferentes operadores retalhistas — de campanhas de cariz idêntico*»[444]. Discorda-se da interpretação feita pela visada MCH, uma vez que o comportamento traduzido nas Figuras 10 a 12 corrobora os comportamentos de correção de desvios apresentados no capítulo II.3.1.2 da Nota de Ilicitude. Os desvios em relação ao PVP concertado — denominado «*ruídos*» no §161 da PNI MCH — eram recorrentes e corrigidos através dos tais mecanismos de correção. (destaque original)

742. Tendo em vista a incoerência das informações utilizadas para realizar a análise do comportamento dos preços e a desconsideração de outras hipóteses — evidentes — para caracterização dos factos apresentados, não é possível considerar as conclusões apresentadas na defesa da MCH como interpretações válidas do que efetivamente ocorreu com os preços dos produtos analisados.

743. Quanto às alegações da Active Brands sobre a desconsideração por parte da AdC da concorrência intermarca na sua análise e o argumento subjacente de que «***as grandes superfícies de distribuição alimentar sempre teriam vários outros fornecedores de bebidas alternativos por onde escolher e satisfazerem plenamente a sua procura, sem necessidade de recorrerem à AB***»[445], importa frisar que tal situação somente ocorreria se a visada comercializasse produtos perfeitamente substituíveis pelos dos seus concorrentes, o que não se verifica. Aliás, esse nível de abstração de funcionamento do mercado não tem correspondência com a realidade. (destaque original)

744. Ainda assim, nesta situação hipotética, por se tratar de uma *commodity*, o aumento de preços dos produtos da Active Brands seria integralmente traduzido numa diminuição da quantidade vendida por este fornecedor e transferência desta para seus concorrentes.

---

[442] Cf. §151 da PNI MCH.

[443] Cf. §152 da PNI MCH.

[444] Cf. §156 da PNI MCH.

[445] Cf. §245 da PNI Active Brands.

745. Entretanto, e como a própria Active Brands afirma, a definição dos seus preços recomendados tem em consideração o «*valor intrínseco das marcas*»[446] comercializadas pelo fornecedor, assim como, também «*a defesa da viabilidade e competitividade das marcas em causa*» e o «*posicionamento de produtos concorrentes*»[447]. Com isso, obtém poder de mercado suficiente para que consiga aumentar os seus preços sem que isso necessariamente reduza a quantidade vendida.

746. Além disso, não se pode descartar — aliás, as investigações realizadas e algumas já concluídas pela AdC[448] atestam — a possibilidade de a prática de «*hub and spoke*» também ser aplicada pelas insígnias junto de outros fornecedores concorrentes diretos da Active Brands. Neste caso, sendo os produtos comercializados pela Active Brands considerados produtos diferenciados dos seus concorrentes, o resultado não seria aquele descrito *supra*.

747. O argumento apresentado pela Active Brands no sentido da inexistência de experiência «***suficientemente sólida e fiável***»(destaques originais)[449] de que esta prática é «*pela sua própria natureza, prejudicial para o normal funcionamento da concorrência*»[450], parece não ser coerente com a indicação de que encetava «*esforços no sentido de solicitar aos retalhistas que respeitassem minimamente as suas recomendações*»[451], que servem «*sempre de pretexto ao distribuidor para apelar a que este intervenha no sentido de evitar guerras de preços indesejáveis para todos*»[452]. Ora, o consumidor beneficiaria, sem margem para dúvida, das «*guerras de preços*» entre insígnias que a Active Brands procurou evitar com a aplicação, nos termos que se analisam ao longo desta Decisão, da sua «*política de preços recomendados*». (destaque original)

748. Quanto à pronúncia das empresas visadas sobre a posição relativa da Active Brands na faturação das empresas de distribuição visadas, a AdC conclui pela improcedência da maioria das respetivas alegações, nos termos que se detalham de seguida.

749. No que respeita ao alegado pela Auchan, de facto, em resposta aos pedidos de elementos efetuados pela AdC, esta empresa apresentou informações sobre o volume de negócios e representatividade em termos de faturação agregada na categoria interna denominada «*Garrafeira*» (cf. nota de rodapé número 368). A apresentação da informação neste formato não permite identificar a existência de mercados nos quais a representatividade da Active Brands seja mais significativa, por exemplo, nos mercados dos brandies/conhaques ou

[446] Cf. §189 da PNI Active Brands.

[447] Cf. §199 da PNI Active Brands

[448] Cf. decisões adotadas pela AdC com as referências internas PRC/2017/1, PRC/2017/3, PRC/2017/4, PRC/2017/5, PRC/2017/7, PRC/2017/8, PRC/2017/11 e PRC/2017/13.

[449] Cf. §534 da PNI Active Brands.

[450] Cf. §534 da PNI Active Brands.

[451] Cf. §204 da PNI Active Brands.

[452] Cf. §196 da PNI Active Brands.

aguardentes, tendo como referência as informações apresentadas pelas outras empresas de distribuição visadas nas respetivas respostas aos pedidos de elementos.

750. Também considera esta insígnia ser possível que a categoria interna «*Garrafeira*» contenha outros produtos não distribuídos/comercializados pela Active Brands e, portanto, não considerados como mercados relevantes para o presente processo, facto esse que, naturalmente, diminui a representatividade deste fornecedor na faturação da Auchan nesta categoria.

751. Quanto às alegações feitas pela Pingo Doce e contrariamente ao sustentado por esta visada, não é possível afirmar que a representatividade da Active Brands na faturação da insígnia representa «*uns insignificantes [≤5]% das compras que o PINGO DOCE realiza a fornecedores*»[453]. Isto porque, para a realização deste cálculo, a visada considerou todos os fornecedores com os quais mantém relações comerciais e, portanto, não restringiu a sua análise aos mercados definidos neste processo. Do mencionado *supra*, no capítulo III.2.4.1.1, depreende-se que a participação da Active Brands especificamente nestes mercados é significativamente mais elevada.

752. Relativamente à concreta alegação da Pingo Doce acerca da representatividade das empresas de distribuição visadas no volume de negócios total da Active Brands, tão-pouco se pode afirmar que «*a esmagadora maioria da facturação da Active Brands é feita fora do suposto hub&spoke, ou seja, entre [60-70]% e [70-80]%*»[454]. Com efeito, conforme já mencionado *supra*, a conclusão apresentada no capítulo III.2.4.1.1 foi ancorada somente em informação relativa às empresas de distribuição que são visadas no processo, não se excluindo que outras possam ter participado nas práticas em causa, mas não em termos que permitam a sua responsabilização atenta a prova disponível no processo[455].

753. Acresce que o objetivo da informação apresentada no capítulo II.2.4.1.1 da Nota de Ilicitude (capítulo III.2.4.1.1 da presente Decisão) foi apenas o de aferir a importância que as transações comerciais com as empresas de distribuição visadas assumem para a empresa Active Brands.

754. Quanto às alegações feitas pela Pingo Doce e contrariamente ao sustentado por esta visada, não é possível afirmar que a representatividade da Active Brands na faturação da insígnia nos mercados identificados fosse nula. Isto porque, como referido na nota de rodapé número 367, a ausência de informações sobre determinado fornecedor simplesmente indica que a Active Brands não se encontra entre os cinco maiores fornecedores nos mercados de *whiskies, gins, vodcas*, vinhos tranquilos, vinhos espumantes e sidras.

[453] Cf. §678 da PNI Pingo Doce.

[454] Cf. §689 da PNI Pingo Doce.

[455] Existindo, aliás, alguns indícios nesse sentido, os quais, no entanto não foram suficientes para sustentar uma imputação às mesmas.

755. Importa, ainda, salientar que a prática é transversal a todos os produtos comercializados pelo fornecedor, conforme evidenciado pelo acervo probatório apreendido nas instalações das visadas (ainda que com maior relevância para alguns produtos). Ademais, é importante salientar que a existência de comunicações entre fornecedor e distribuidores ocorre maioritariamente aquando da existência de «*desajustes*» de PVP nas lojas destes. Quando o alinhamento de PVP funciona, tal comunicação de reporte e correção, obviamente, não acontece porque é desnecessária, não havendo acervo probatório a ser analisado.

756. 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 Ilicitude 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.

757. Reitera-se ainda, no entanto, que a prática investigada tem um carácter transversal e generalizado, estando em causa GGR com estabelecimentos em todo o território nacional.

758. A existência de uma recomendação única 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.

759. Como refere a Auchan na respetiva PNI, «[n]*o 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*»[456].

760. Também a Pingo Doce refere que «*há que ter em conta que se trata de mercados marcadamente nacionais, nomeadamente porque o abastecimento das empresas retalhistas visadas pela Active Brands (ou por fornecedores concorrentes) respeita as fronteiras nacionais*»[457].

761. Confirma-se, portanto, que a dimensão geográfica dos mercados identificados *supra* (cf. capítulo III.2.2 da presente Decisão) corresponde ao território nacional.

762. 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 não teria impacto na avaliação do presente caso, dada a natureza da prática investigada.

763. Não podem proceder, pois, os argumentos das visadas relativamente aos mercados identificados e caracterizados e às posições relativas das visadas no seio dos mesmos.

[456] Cf. §1544 da PNI Auchan.

[457] Cf. §758 da PNI Pingo Doce.

III.3 Comportamentos das visadas

764. Os comportamentos sob investigação ocorrem no contexto da relação comercial estabelecida entre a Active Brands e algumas das principais empresas no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, visadas no presente processo, tendo em vista a comercialização ao consumidor final de um conjunto de bebidas que integravam o *portfolio* da Active Brands.

765. As empresas de distribuição visadas adquiriam os produtos em causa à Active Brands para revenda ao consumidor final nos seus estabelecimentos comerciais a retalho abertos ao público, inexistindo entre as referidas empresas de distribuição visadas e a Active Brands qualquer tipo de relação de grupo ou relação contratual diferente da inerente ao negócio de compra para revenda[458].

766. Por conseguinte, para 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 respetiva revenda.

767. Os comportamentos sob investigação ocorrem também no contexto da relação estabelecida por meios indiretos entre as empresas de distribuição visadas – designadamente através da relação individual entre cada uma e o fornecedor – no que se refere à definição PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Active Brands.

768. No capítulo vertente analisar-se-á a matéria de facto referente às condutas em causa nos presentes autos e, bem assim, o teor do acervo probatório constante do processo, constituído maioritariamente por mensagens de correio eletrónico (*e-mails*).

769. 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 integrantes do *portfolio* da Active Brands 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 empresas visadas, *i.e.*, a Active Brands, a Auchan, a MCH e a Pingo Doce, bem como uma pessoa singular visada, a saber, [Diretor Off-Trade - Active Brands] (enquanto titular de cargo de direção da Active Brands).

770. 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 *e-mails* identificados com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.

771. A menção e identificação de outros *e-mails* de conteúdo semelhante ou análogo encontra-se listada e categorizada no Anexo 1 à presente Decisão.

[458] Cf. capítulo III.1 da presente Decisão, para a caracterização de cada uma das empresas visadas e respetivos grupos económicos.

772. Dos capítulos III.3.4.1, III.3.4.2 III.3.4.3, III.3.4.4 e III.3.4.5 *infra*, consta a associação a cada uma das visadas da totalidade da prova descrita.

773. Ao longo da presente Decisão são também transcritos documentos referentes a empresas de distribuição não visadas[459], que permitem ilustrar as práticas em causa, bem como o facto de as mesmas serem transversais ao mercado.

774. Esses elementos de prova constam dos autos e são enviados/recebidos ou, no limite, transmitidos com o conhecimento de, pelo menos, uma visada pelo presente processo. Existe sempre, portanto, pelo menos uma visada diretamente envolvida.

775. Este tipo de prova demonstra que a prática investigada é potencialmente mais abrangente do que o ónus da prova permite à AdC sustentar, implementando-se de forma transversal no mercado.

776. 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, 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.

777. Os *e-mails* que fazem parte da mesma cadeia de conversação, ou que sejam duplicados das mensagens de correio eletrónico transcritas ou referenciadas na presente Decisão, encontram-se identificados no Anexo 2, 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 com recurso ao fornecedor

778. Os comportamentos que se analisam de seguida, ocorridos no contexto da relação triangular estabelecida entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da Active Brands, permitindo às visadas reduzir o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que determinam de modo autónomo a sua conduta no mercado.

779. Tais comportamentos envolvem, normalmente, a comunicação pelo fornecedor às empresas de distribuição de um determinado posicionamento de PVP dos seus produtos, de um PVP mínimo 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.

[459] As quais apenas não assumem essa qualidade porque o conjunto do acervo probatório respeitante às mesmas não permitia sustentar, de forma suficientemente sólida, a sua participação na infração.

780. Verifica-se, também, uma rigorosa monitorização dos PVP que são efetivamente praticados no mercado, monitorização essa que é realizada quer pelas empresas de distribuição visadas, quer diretamente pela própria Active Brands.

781. É com base nessa monitorização que a Active Brands 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 (a Active Brands) da correção de eventuais desvios nos PVP praticados face às «recomendações» de PVP ou PVP efetivamente fixados.

782. Verificando-se um desvio, detetado, por exemplo, por uma das empresas de distribuição visadas, há lugar ao reporte da situação ao fornecedor comum, e a insígnia que o detetou pressiona e exige a sua intervenção junto da insígnia rival que se desviou, para que esta última proceda à correção do preço para o nível concertado.

783. O fornecedor, tipicamente, intervém (*motu proprio*, quando ele mesmo deteta o desvio, ou na sequência de reporte nos termos descritos no parágrafo anterior), junto da insígnia que se desviou, no sentido de proceder à correção dos desvios detetados, com vista ao realinhamento dos PVP dos seus produtos no mercado retalhista. e reporta às demais insígnias concorrentes a correção do nível do preço ou a data acordada para o efeito.

784. Finalmente, verifica-se que existem mecanismos de coação utilizados pelas empresas de distribuição para induzir o cumprimento dos PVP definidos, ou de retaliação por incumprimento do nível de preços definidos (*v.g.*, imposição de novas comparticipações ao fornecedor, correspondentes à diferença entre o preço concertado e o preço mais baixo observado na concorrência em caso de desvio; corte nas compras ou na gama).

785. Este procedimento permite que as empresas de distribuição visadas aproveitem a respetiva relação vertical com o seu fornecedor para garantir o alinhamento artificial dos PVP praticados na comercialização ao consumidor final, nos seus estabelecimentos, dos produtos da Active Brands.

786. Na prática, em determinados períodos previamente concertados entre as visadas, o consumidor encontrará o mesmo PVP em todos os supermercados e hipermercados das insígnias em causa.

787. Estes comportamentos revelam uma componente vertical e uma componente horizontal.

788. Num primeiro momento ou etapa, verifica-se a indicação dos PVP por parte do fornecedor às insígnias (componente vertical); num segundo momento ou etapa[460], 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).

[460] Por vezes, os momentos ou etapas referidos coincidem temporalmente, ocorrendo em simultâneo.

789. 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.

790. Analisar-se-á de seguida, detalhadamente, cada um desses comportamentos que, em conjunto e quando globalmente considerados, constituem e dão substrato à prática sob investigação nos presentes autos.

III.3.1.1 Pronúncias das visadas

791. Tendo sido notificados, mediante Nota de Ilicitude, da existência de uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, as visadas contestaram a matéria de facto que lhes é imputada.

792. Considerando a estrutura da Nota de Ilicitude e da presente Decisão, designadamente a existência deste capítulo introdutório sobre a prática investigada, prévio à descrição detalhada dos comportamentos, a Autoridade referirá nesta sede os argumentos de índole genérica relativos à matéria de facto apresentados pelas defesas e fará a respetiva apreciação.

793. Os argumentos de defesa relacionados com aspetos específicos de cada subtipo de comportamento serão referidos e apreciados nos respetivos capítulos da presente Decisão.

794. Assim, de uma perspetiva mais abrangente e generalista, sobre o enquadramento quanto ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor e sobre a valoração da prova constante dos autos, as visadas arguem que esta Autoridade desconsiderou a caracterização e o funcionamento do mercado nacional de retalho alimentar[461], pelo que a teoria do dano constante da Nota de Ilicitude é um equívoco que se alicerça numa leitura impressionista e isolada de *e-mails*, sem a devida contextualização[462].

795. 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 alinhamento[463].

796. Alegam as visadas que a prova demonstra uma negociação intensa e em permanente ebulição, chegando mesmo a MCH a referir que a mesma decorre de uma «*ambivalência*

[461] Cf. capítulo III.2.5 da presente Decisão.

[462] Cf. capítulos I.D, II.A, II.B, II.D 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.

[463] Cf. capítulo I.A) da PNI Pingo Doce; capítulo II.1. da PNI Auchan.

genética»[464] – as partes têm um objetivo comum e, ao mesmo tempo, interesses próprios conflituantes, na sequência do «*jogo competitivo normal e saudável*»[465], não implicando qualquer ilegalidade ou propósito anticoncorrencial[466].

797. No entendimento da Auchan, «*um cenário factual em que um conjunto de concorrentes se monitoriza entre si e procura praticar os melhores preços para fidelizar consumidores deveria ser percecionado pela AdC como um cenário de concorrência efetiva*»[467].

798. A Pingo Doce considera que «[t]*odo o contexto económico e os dados de facto existentes apontam para uma concorrência intensa entre os retalhistas, nas várias dimensões (para além do preço), e isso dificultaria qualquer coordenação ao nível dos preços*»[468].

799. Relativamente à apreciação de prova, a Active Brands entende que «[a] *ideia de que os preços recomendados eram de algum modo acordados com os distribuidores retalhistas e que, no fundo, a comunicação e monitorização de tais preços no quadro de uma relação vertical eram etapas e/ou traduziam a concretização de um plano de ação comum de concertação horizontal dos PVP (cf. §892 da NI) é desprovida de fundamento, desmentida pelos factos e contrária ao senso comum*»[469] e alega que a «*prova sugere manifestamente algo diverso. Não obstante as recomendações transmitidas pela AB as cadeias de distribuição visadas tinham políticas de preços e promocionais próprias*»[470], pelo que «*não é esclarecido nem provado de que modo a conduta das Visadas se pode qualificar como uma prática concertada de hub and spoke*»[471].

800. A propósito, refere esta visada que «[m]*uitos emails, aliás, demonstram que as insígnias decidem, livremente, seguir ou não a recomendação* [de preço]»[472].

801. A Active Brands considera ainda que «*a AdC opta por encerrar na narração factual um conjunto de juízos valorativos e conclusões (…), que têm, por sua vez, ínsitas, presunções extraídas dos elementos de prova que a própria Autoridade analisa ao longo da NI, ou melhor dizendo, factos que não são mais do que presunções extraídas dos meios de prova, não raro alcançados com base numa apreciação errada desses mesmos meios de prova*»[473].

---

[464] Cf. §436 da PNI MCH.

[465] Cf. §29 da PNI MCH.

[466] Cf. capítulo II. F. a) da PNI MCH.

[467] Cf. §827 da PNI Auchan.

[468] Cf. §160 da PNI Pingo Doce.

[469] Cf. §191 da PNI Active Brands.

[470] Cf. §192 da PNI Active Brands.

[471] Cf. §301 da PNI Active Brands.

[472] Cf. §344 da PNI Active Brands.

[473] Cf. §121 da PNI Active Brands.

802. Entende este fornecedor que «*(…) a AdC, na ausência de elementos documentais ou outros que sustentassem a sua teoria, se socorreu, sistematicamente, de presunções, transformando aquilo que devia ser um mecanismo de último recurso, no principal método de obtenção de prova*»[474] e que a AdC procura «*(…) estabelecer um conjunto de factos por indução e assente nas alegadas "regras de experiência comum", descurando a circunstância de nos encontrarmos perante uma prática sem qualquer experiência legal ou judicial no nosso país ou na União Europeia, procurando estabilizar uma noção de normalidade e de lugar paralelo/comum que, salvo o devido respeito, inexiste nos presentes autos*»[475].

803. Assim, para a Active Brands «*(…) constata-se que a prova indireta da existência de uma alegada prática concertada em que a AB estaria envolvida, não respeita as regras, por transferir para a Visada o ónus de demonstrar um facto negativo, deixando-o com a obrigação de efetuar a probatio diabolica de que não praticou o ilícito pelo qual vem acusada*»[476].

804. Conclui, portanto, esta visada que «[n]*ão existem, assim, elementos de facto que permitam suportar a alegada prática de hub and spoke, não havendo relação de causa/efeito direta e necessária entre os factos articulados pela Autoridade (com a ressalva de que as conclusões que vai enxertando ao longo do texto não consubstanciam factos, como acima referido) e aqueles que a mesma pretende provar. Essa relação é uma mera possibilidade ou conjetura*»[477].

805. Na mesma senda, argui a MCH que «[a] *AdC apoia-se, não raras vezes, apenas e tão-só naquilo que o conteúdo dos documentos simplesmente "indicia", ou seja, da sua apreciação, resulta evidente que a AdC utilizou como standard probatório a intuição e não a dedução; o desejo e não a realidade; o intento e não os factos*»[478].

806. No que concerne à não constituição como visadas de empresas identificadas em determinados elementos de prova descritos na Nota de Ilicitude, a MCH afirma tratar-se «*de erro patente e manifesto, que, como tal, deverá ser corrigido, expurgando-se da NI todas as referências e emails atinentes a essas mesmas entidades*»[479] ou pondera, em alternativa, estar-se «*perante arbitrariedade manifesta da AdC, em violação frontal do princípio do tratamento igual, de cujo respeito sempre haverá de decorrer aquela mesma solução prática – a expurgação dos tais elementos da NI*»[480], destacando o facto de a Intermarché (e, bem assim, as insígnias

[474] Cf. §129 da PNI Active Brands.

[475] Cf. §130 da PNI Active Brands.

[476] Cf. §§131 e 132 da PNI Active Brands.

[477] Cf. §135 da PNI Active Brands.

[478] Cf. §322 da PNI MCH.

[479] Cf. §357 da PNI MCH.

[480] Cf. §358 da PNI MCH.

Dia/Minipreço e El Corte Inglés) não ser visada no presente processo, «*apesar do seu putativo envolvimento reflectido nas sucessivas referências que lhes são feitas na NI*»[481].

807. Também a Pingo Doce defende que os documentos que «*referenciam outras insígnias não-visadas deveriam ter sido igualmente desconsiderados e não utilizados contra as co-visadas em sede de prova alegadamente incriminatória na NI*»[482], uma vez que «*a não constituição como visadas e a não pronúncia nos termos da NI de algumas das empresas referidas nestes e-mails (e em muitos outros) conduz à conclusão de que a qualificação do teor destes e-mails como "evidência", no entender da AdC, da existência de indícios uma infracção, não só é errada e incoerente, como, pela arbitrariedade da constituição ou não de certa empresa como visada e alvo de acusação, consubstancia uma profunda violação do princípio da igualdade*»[483], arguindo, assim, a «*violação do princípio da igualdade de tratamento e da proibição de discriminação, previstos no artigo 13.º da CRP*»[484].

808. Esta visada alega que «*a AdC utiliza, durante todo o período temporal de **8 anos**, 51 elementos (sobretudo correspondência electrónica), em que um colaborador de PINGO DOCE será remetente ou destinatário de e-mails com colaboradores de Active Brands*»[485], o que perfaz «*uma média de cerca de 6 emails por ano*»[486]. (destaque original)

809. Ademais, considera a Pingo Doce que «[m]*esmo que, por absurdo, se afirmasse a existência de uma infracção, esta teria de repousar em prova directamente incriminatória*», pelo que rejeita «*frontalmente que a AdC possa utilizar contra o PINGO DOCE trocas de e mails em que PINGO DOCE não é parte e às quais é completamente alheio*»[487], como sejam as «*trocas de e-mails internas (entre colaboradores da Active Brands; ou entre colaboradores de outra co-visada retalhista)*»[488] ou as «*trocas de e-mails entre Active Brands e outras empresas retalhistas co-visadas*»[489].

810. Similarmente, a Auchan contesta o facto de a AdC não ter constituído como visadas no processo outras insígnias identificadas em alguns documentos descritos na Nota de Ilicitude, solicitando à AdC que esclareça o critério utilizado para o efeito[490] e rejeita a valoração de *e-mails* internos e de *e-mails* que se referem a empresas de distribuição que

[481] Cf. §§353 e 354 da PNI MCH.

[482] Cf. §193 da PNI Pingo Doce.

[483] Cf. §194 da PNI Pingo Doce.

[484] Cf. §196 da PNI Pingo Doce.

[485] Cf. §251 da PNI Pingo Doce.

[486] Cf. §253 da PNI Pingo Doce.

[487] Cf. §283 da PNI Pingo Doce.

[488] Cf. §283 da PNI Pingo Doce.

[489] Cf. §283 da PNI Pingo Doce.

[490] Cf. *inter alia*, §§351 e 352 da PNI Auchan.

não são visadas e/ou em que são interlocutores colaboradores de empresas não visadas[491], alegando a respetiva inabilidade para demonstrar as comunicações entre as empresas visadas.

811. Finalmente, a Auchan entende que «*é apresentado um conjunto muito disperso de documentos para demonstrar os comportamentos concretamente imputados à Auchan, sendo que para vários anos da suposta duração da infração apenas é apresentado 1 ou 2 documentos*»[492], pelo que «*quando analisada a prova em detalhe, verifica-se que esta é manifestamente insuficiente e, em alguns casos, até mesmo irrelevante para a demonstração do comportamento acima referido*»[493].

III.3.1.2 Apreciação da Autoridade

812. Analisados os argumentos apresentados pelas visadas para contestar, de uma perspetiva mais abrangente, os pressupostos da apreciação da prova que consta da Nota de Ilicitude e, bem assim, se encontram refletidos na presente Decisão, a AdC conclui pela sua improcedência, pelas razões a seguir indicadas.

Sobre a apreciação descontextualizada da prova e o funcionamento do mercado

813. Como ponto prévio, relativo às considerações expendidas pelas visadas a propósito dos mercados em causa, da sua delimitação e de aspetos do funcionamento dos mesmos, a AdC recorda, nos termos já descritos no capítulo III.2, que a definição exata do(s) mercado(s) relevante(s) 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 é o presente caso[494].

814. Nessa medida, a análise da prova à luz do contexto dos mercados identificados não assume, no presente caso, a importância que tem no contexto de outros tipos de infrações concorrenciais (como os abusos de posição dominante).

815. Não obstante, no caso concreto, a verdade é que a AdC identificou e caracterizou na Nota de Ilicitude todos os mercados envolvidos para, precisamente, contextualizar a análise dos comportamentos em causa, incluindo o mercado retalhista de base alimentar[495].

816. Neste 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 caraterização do mercado de retalho alimentar e as circunstâncias específicas do seu funcionamento.

---

[491] Cf. capítulo II.1.1. da PNI Auchan.

[492] Cf. §14 da PNI Auchan.

[493] Cf. §978 da PNI Auchan.

[494] Cf. capítulos IV.1.2 e IV.1.3 da presente Decisão.

[495] Cf. capítulo II.2 da Nota de Ilicitude, bem como, *mutatis mutandis*, capítulo III.2 da presente Decisão.

817. Mais do que isso, a AdC faz menções expressas na Nota de Ilicitude à sua análise sobre as características do mercado de retalho alimentar, em particular, nos capítulos dedicados aos factos e à subsunção dos factos ao direito[496].

818. Sucede que, apesar da caracterização do mercado apresentada pelas empresas 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 do mercado de retalho alimentar[497].

819. Concretizando, onde algumas empresas visadas, em particular a Auchan, 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.

820. A verdade é que a apreciação global da prova demonstra, na perspetiva da AdC – corroborada pela defesa de algumas empresas visadas – aquilo a que a MCH designa de «*ambivalência genética*»[498], isto é, que subjaz às discussões entre as empresas visadas, descritas na presente Decisão, por um lado, a defesa de um objetivo comum e, ao mesmo tempo e por outro lado, a salvaguarda de interesses próprios conflituantes.

821. A MCH traduz o referido objetivo comum na maximização das «*transações com os produtos do fornecedor*»[499]; a AdC entende, com base no que a globalidade da prova permite demonstrar, que é mais do que isso, trata-se da realização do número máximo de transações com os produtos do fornecedor ao PVP que ofereça a maior rentabilidade possível, ainda que à custa do cumprimento da lei (o que, no caso concreto, passou pelo alinhamento coordenado desse PVP entre fornecedor e empresas de distribuição).

822. A caracterização do mercado de retalho alimentar, mesmo aquela que é apresentada pelas empresas visadas nas suas defesas[500], evidencia que não é sustentável (ou é 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.

---

[496] Cf. capítulos III.1.3 e III.2.2 da Nota de Ilicitude.

[497] Ao fazê-lo, as visadas, amiúde, aparentam partir de uma perspetiva diferente daquela que sustentou a análise da AdC: enquanto esta considerou a prova concreta disponível nos autos, as visadas parecem pretender sustentar as respetivas alegações partindo de considerações genéricas e abstratas sobre o funcionamento deste (tipo de) mercado – tema que se analisará em maior detalhe *infra*.

[498] Cf. §436 da PNI MCH.

[499] Cf. §436 da PNI MCH.

[500] Cf. capítulo III.2.5 da presente Decisão.

823. 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 – aquela pela qual as visadas optaram neste caso – configurar uma prática restritiva da concorrência proibida por lei.

824. A importância conferida ao PVP é revelada pela estratégia transversalmente adotada por todas as insígnias visadas que, segundo alegam, procuram oferecer a melhor proposta de valor aos seus clientes (o que na realidade apenas significa, com base na prova constante dos autos, garantir que nenhum concorrente oferece preços mais baixos), tornando-se por demais evidente o incentivo e subsequente expectativa quanto ao alinhamento de PVP com recurso ao fornecedor.

825. A prova evidencia que essa estratégia, no caso concreto, passou pelo alinhamento (e, essencialmente, subida) 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 foi a implementação entre empresas de distribuição visadas.

826. Hoje em dia, o consumidor português foca-se nas promoções, pelo que o fator PVP assume uma relevância crucial na estratégia comercial dos retalhistas (cf. §675 e capítulo III.2 da presente Decisão).

827. Na realidade, o consumidor português não se apercebe que está a pagar mais ao longo do tempo, cativo pela ilusão de que está a adquirir um produto com um PVP verdadeiramente promocional.

828. Neste contexto, para garantirem a venda dos seus produtos, os fornecedores vêem-se na contingência de conceder comparticipações aos retalhistas, procurando calcular a métrica de sobrevivência com base na implementação de certo nível de PVP.

829. 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, impondo, antes, uma abordagem necessariamente divergente daquela proposta pelas visadas.

830. Acresce que o mesmo, sendo geral e evidenciado pelas visadas em termos abstratos, não permite – nem poderia de alguma forma permitir – refutar as conclusões concretas fundadas na prova documental constante do processo.

831. O que daí resulta está escrito e, na grande maioria das vezes, em linguagem muito clara e nada ambígua, dispensando explicações adicionais e rejeitando interpretações distantes da literalidade.

832. Veja-se, a propósito, o conteúdo do *e-mail* ActiveBrands723, de 6 de dezembro de 2012, relativo a uma troca de mensagens entre a Auchan e a Active Brands:

Produtos ActiveBrands

From:
To:
Date: Thu, 06 Dec 2012 11:45:14 +0000

Bom dia

Se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)

- Vinho Tinto Alentejano **Marquês de Borba Tinto (SIRIUS 371.490)** / recomendação actual do nosso Marketing **5,89.**

- Vinho Alentejano **Loios Tinto (SIRIUS 636.088)** / recomendação actual do nosso Marketing **2,98.**

- Vinho Douro **Tons de Duorum Tinto (SIRIUS 998.195)** / recomendação actual do nosso Marketing **3,98.**

- Vinho do Porto **Velhotes Tawny e Ruby (SIRIUS 19.199 e 19.204)** / recomendação actual do nosso Marketing **4,99.**

A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP.....

Obrigado pela tua atenção.

Melhores cumprimentos,

833. A referência do interlocutor da Active Brands à necessidade de verificação de determinados PVP «*no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis*» é inequívoca no que respeita à instrumentalização, pelo fornecedor, da respetiva *política de preços recomendados* como meio de evitar *guerras de preços* (cf. §726 da presente Decisão), uma vez que seria financeiramente responsável por suportar as reduções de preço que daí adviriam (cf. §720 da presente Decisão).

834. Assim, e pese embora a alegação, por parte da Active Brands, de que «[a] *existência de uma recomendação, sendo importante para o posicionamento estratégico das marcas do fornecedor, serve sempre de pretexto ao distribuidor para apelar a que este intervenha no sentido de evitar guerras de preços indesejáveis para todos*»[501], fica patente neste documento que a importância da recomendação de preço extravasa o invocado contexto do posicionamento estratégico das marcas, servindo igual propósito para o fornecedor (a prevenção de guerras de preços através do alinhamento dos PVP).

835. Ademais, a indicação de que a «*generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A título de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP*» não deixa margem para quaisquer dúvidas sobre o objetivo pretendido pelas visadas, i.e., o alinhamento de preços no mercado.

[501] Cf. §196 da PNI Active Brands.

836. Efetivamente, como se referiu *supra* nos §§720 a 726, o alinhamento dos PVP beneficia quer o fornecedor – na medida em que prejudica a ocorrência de *guerras de preços*, o que sustenta a margem grossista –, quer as insígnias – que asseguram as respetivas margens de comercialização e a inexistência de preços inferiores no mercado.

837. A esse respeito, confira-se igualmente o documento ActiveBrands847, de 29 de agosto de 2014:

RE:

From:
To:
Date: Fri, 29 Aug 2014 22:06:39 +0100

Todas as lojas subiram o preço do Velhotes, Sonae acompanhou o folheto do PD até dia 25/8 mas actualmente está tudo ok

Obrigado e abraço,

De:
Enviada: 14 de agosto de 2014 09:44
Para:
Assunto:

peço o favor de verificares o preços de Velhotes 5,49 no Dia no dia 21 (após acção) e Velhotes 5,49 na Sonae no dia 20 (após acção)…bem como Auchan (dia 18) e PD (dia 26 mais tardar…a seguir ao folheto emigrante).

838. Também neste caso é possível constatar, de forma clara e sem margem para interpretações alternativas, o objetivo (alcançado) no sentido da subida transversal do preço do vinho Velhotes no mercado («[t]*odas as lojas subiram o preço do Velhotes*»), mesmo em articulação com a calendarização promocional («*Sonae acompanhou o folheto do PD até dia 25/8 mas actualmente está tudo ok*»).

839. Concluindo, não se contesta que a caracterização do mercado possa ser relevante para contextualizar uma determinada prática e não se ignoram esses aspetos na respetiva apreciação na presente Decisão (na linha, aliás, da Nota de Ilicitude).

840. Contudo, por um lado, tal caracterização do mercado não é incompatível com os factos demonstrados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão (muito pelo contrário, até os promove e aclara) e, por outro lado, ainda que o fosse, o conteúdo da prova (essencialmente a prova documental) que se encontra no processo e que vem descrito na presente Decisão é inequívoco e tem, à luz do respetivo valor probatório e das regras da experiência, necessariamente de relevar mais do que essa caracterização geral.

Sobre a apreciação da prova com base em indícios

841. 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.

842. Refere a MCH que a «*AdC apoia-se, não raras vezes, apenas e tão-só naquilo que o conteúdo dos documentos simplesmente "indicia", ou seja, da sua apreciação, resulta evidente que a AdC utilizou como standard probatório a intuição e não a dedução; o desejo e não a realidade; o intento e não os factos*»[502].

843. Em sentido semelhante, considera a Active Brands que a AdC procura «(…) *estabelecer um conjunto de factos por indução e assente nas alegadas "regras de experiência comum", descurando a circunstância de nos encontrarmos perante uma prática sem qualquer experiência legal ou judicial no nosso país ou na União Europeia, procurando estabilizar uma noção de normalidade e de lugar paralelo/comum que, salvo o devido respeito, inexiste nos presentes autos*»[503], concluindo que «[n]*ão existem, assim, elementos de facto que permitam suportar a alegada prática de hub and spoke, não havendo relação de causa/efeito direta e necessária entre os factos articulados pela Autoridade (com a ressalva de que as conclusões que vai enxertando ao longo do texto não consubstanciam factos, como acima referido) e aqueles que a mesma pretende provar. Essa relação é uma mera possibilidade ou conjetura*»[504].

844. A este respeito, em cumprimento dos requisitos legais, constam expressamente na Nota de Ilicitude notificada às visadas 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.

845. A Nota de Ilicitude 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.

846. Analisada a Nota de Ilicitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou 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.

847. Ou seja, a Nota de Ilicitude, naturalmente, corresponde a uma acusação à qual, de acordo com os 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.

---

[502] Cf. §322 da PNI MCH.

[503] Cf. §130 da PNI Active Brands.

[504] Cf. §135 da PNI Active Brands.

848. Assim, não se alcança totalmente a natureza dos argumentos da MCH e da Active Brands ao pôr em causa o método indiciário em sede de inquérito. Pretendem estas visadas que a AdC considere demonstradas na Nota de Ilicitude, para além de qualquer contestação, as condutas que imputa às visadas? Ao não aceitar a indiciação (inerente ao tipo de decisão que a Nota de Ilicitude corporiza), colocam, paradoxalmente, em crise os seus próprios direitos de audição e defesa, que igualmente invocam e que, efetivamente exerceram.

849. 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 anticoncorrenciais[505].

850. Note-se que não se afirma que a prova dos autos no presente processo seja somente, ou mesmo preponderantemente, constituída por este tipo de elementos, apenas que, caso os mesmos integrassem essa prova (e alguns integrarão), nada obstaria à sua consideração e valoração.

851. 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*».

852. 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.

853. 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.

854. No presente processo a Nota de Ilicitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza. E, contrariamente ao que alega a visada Active Brands e conforme se detalhará no capítulo do Direito, *infra*, relativo a um ilícito expressamente previsto na lei e sobre o qual existe prática decisória e jurisprudencial de relevo.

Sobre a utilização de um acervo probatório reduzido para imputação às visadas

[505] 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 acertamento 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».*

855. A visada Pingo Doce calcula que «*a AdC utiliza, durante todo o período temporal de **8 anos**, 51 elementos (sobretudo correspondência electrónica), em que um colaborador de PINGO DOCE será remetente ou destinatário de e-mails com colaboradores de Active Brands*»[506], o que perfaz «*uma média de cerca de 6 emails por ano*»[507]. (destaque original)

856. Em sentido semelhante, a Auchan considera que «*é apresentado um conjunto muito disperso de documentos para demonstrar os comportamentos concretamente imputados à Auchan, sendo que para vários anos da suposta duração da infração apenas é apresentado 1 ou 2 documentos*»[508], pelo que «*quando analisada a prova em detalhe, verifica se que esta é manifestamente insuficiente e, em alguns casos, até mesmo irrelevante para a demonstração do comportamento acima referido*»[509].

857. Em primeiro lugar, cumpre salientar que a AdC analisou a totalidade dos ficheiros constantes dos autos e identificou cada um com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.

858. Sucede que a totalidade dos ficheiros eletrónicos não é identificada na Nota de Ilicitude ou no seu Anexo 1 porque: *(i)* a AdC utiliza apenas uma parte dos ficheiros como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes (os identificados na Nota de Ilicitude e no seu Anexo 1, sendo esses os que corporizam a acusação), pois nem todos os ficheiros têm (o mesmo grau de) relevância probatória; *(ii)* alguns ficheiros fazem parte de cadeias de conversação, pelo que vêm identificados apenas no Anexo 2 à Nota de Ilicitude; e *(iii)* alguns ficheiros são duplicados de ficheiros existentes no processo, pelo que foram identificados como tal no Anexo 2 à Nota de Ilicitude.

859. Por conseguinte, todos os ficheiros eletrónicos ou *e-mails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados na Nota de Ilicitude ou no seu Anexo 1, tendo a AdC utilizado uma parte para ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *e-mails* de conteúdo equivalente aos descritos de forma mais detalhada na Nota de Ilicitude, consoante o comportamento em causa.

860. Inexiste, pois qualquer correlação entre uma eventual falta de referência e análise na Nota de Ilicitude e na presente Decisão de todos os elementos probatórios que constam dos autos e a robustez da imputação que é feita às visadas através dos mesmos, não se alcançando sequer como a mesma poderia ter sido efetivada nesse contexto.

[506] Cf. §251 da PNI Pingo Doce.

[507] Cf. §253 da PNI Pingo Doce.

[508] Cf. §14 da PNI Auchan.

[509] Cf. §978 da PNI Auchan.

861. 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 ocorridos é menor.

862. Mas este facto não preclude a convicção, nem a prova, de que os comportamentos *sub judice* perduraram 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. Desde logo porque imediatamente após períodos com prova menos numerosa ou explícita se seguem períodos com prova que demonstra inequivocamente que os comportamentos em causa se mantiveram[510].

863. Assim como não preclude o entendimento de que inexistem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou cessado em algum momento, apesar de, em alguns anos, a intensidade dos comportamentos ter diminuído ou o registo da comunicação ter sido alterado, tal como será analisado nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2, III.3.3 e III.3.4 da presente Decisão, onde a AdC desenvolverá também a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento das visadas.

Sobre a apreciação da prova com base em e-mails internos da Active Brands e em e-mails trocados entre este fornecedor e uma empresa de distribuição visada para efeitos de imputação a outra empresa de distribuição visada (a prova indireta)

864. 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 (*e-mails* internos) ou a utilização de documentos que consubstanciem prova indireta.

865. Aliás, nem se concebe qual o fundamento que poderia justificar semelhante restrição, porquanto não integra qualquer tipo de categoria de prova proibida.

866. Em segundo lugar, o valor desse tipo de prova – como qualquer elemento probatório, aliás – varia consoante o contexto em que seja apresentado e a factualidade que o mesmo traduza ou que a ele se subsuma.

867. Caso fosse necessário demonstrar uma interação direta entre empresas, poderia entender-se que esse tipo de prova pudesse ter um valor diferente de um *e-mail* efetivamente enviado e/ou recebido por agentes relativamente aos quais a conduta em causa se quisesse imputar.

868. A valoração de prova indireta encontra apoio no 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. A própria natureza – secreta – da maioria das práticas restritivas da concorrência demanda semelhante solução legal.

[510] Cf. o capítulo IV.1.5 da presente Decisão.

869. Assim, a existência de *e-mails* internos que demonstrem e que reflitam determinada conduta de uma empresa, independentemente de os respetivos colaboradores não serem interlocutores naquela comunicação específica, pode assumir relevância probatória igual ou superior a certo *e-mail* diretamente enviado por um colaborador da empresa cuja imputação se discute.

870. De facto, considerando o tipo de infração em causa, na qual o alinhamento de PVP é realizado de forma indireta, com recurso ao fornecedor, é absolutamente expectável a existência de *e-mails* internos, mormente do fornecedor, a quem cumpre agilizar formas de garantir o nivelamento dos PVP transversalmente no mercado, resultando assim explicada a existência de prova indireta.

871. Concluindo, não é verdade que *e-mails* internos e prova indireta sejam irrelevantes e inaptos como meio de prova da infração que a AdC invoca e demonstra, nem o seu valor probatório resulta diminuído pela circunstância de serem mensagens internas ou comunicações entre terceiros.

872. Como qualquer elemento de prova, deveriam ser e foram apreciados e valorados no respetivo contexto em que foram utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão, inexistindo, à luz das regras da experiência, qualquer realidade alternativa plausível e suscetível de os infirmar.

Sobre a apreciação da prova com base em e-mails enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas ou que identificam empresas não visadas

873. Em primeiro lugar, a AdC salienta que todos os elementos de prova juntos aos autos (*e-mails*) são enviados/recebidos ou, no limite, transmitidos com o conhecimento de, pelo menos, uma visada pelo processo. Caso contrário, não fariam parte do acervo probatório junto aos autos.

874. Existe sempre, portanto, pelo menos uma visada diretamente envolvida.

875. 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.

876. 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 *e-mails* internos de uma empresa, quer se esteja perante trocas de informação desta com o exterior.

877. Com efeito, novamente o n.º 4 do artigo 31.º da LdC 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.

878. Não obstante envolverem outras empresas de distribuição, referindo-as ou identificando os respetivos colaboradores como remetentes ou destinatários das respetivas

conversações, em todos os casos há também (pelo menos) uma das visadas pelo processo diretamente envolvida.

879. Ainda que a AdC não considere elementos de prova relativos a empresas não visadas para estabelecer a conexão entre a prática e as empresas visadas não referidas nos mesmos, estes elementos de prova revelam evidências que contribuem para o enquadramento dos vários tipos de comportamento descritos, o esclarecimento cabal da factualidade do caso e para a formação de um juízo sobre a transversalidade da prática restritiva da concorrência e os respetivos contornos, que a AdC não pode ignorar.

880. Concluindo, a AdC tem plena legitimidade para utilizar como meio de prova da infração *e-mails* enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas ou *e-mails* que mencionam empresas não visadas, cabendo-lhe valorar e enquadrar a relevância e aptidão probatória dos mesmos mediante a sua apreciação casuística, tal como fez no presente processo, motivo pelo qual improcede o respetivo argumento de defesa.

Sobre os critérios para a imputação de uma infração

881. As empresas visadas, designadamente a Auchan, a MCH e a Pingo Doce[511], contestam o facto de a AdC lhes imputar uma infração concorrencial com base em meios de prova que identificam igualmente outras insígnias que não assumiram a qualidade de visadas no processo, como é o caso da Intermarché, El Corte Inglés, Dia/Minipreço, Lidl, E.Leclerc e Supermercados Apolónia e Bolama.

882. A este propósito e como é sustentado na presente Decisão, a AdC não exclui que as condutas objeto do processo possam ter uma abrangência, quer temporal, quer subjetiva, mais ampla do que aquela que resulta cabalmente demonstrada nos autos e que determina que as destinatárias da presente Decisão sejam as presentes visadas e não, também, outras.

883. Com efeito, é verdade que alguns meios de prova utlizados pela AdC na Nota de Ilicitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.

884. Também é verdade que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, na maioria dos casos, a tais insígnias.

885. Não obstante, cumpre esclarecer que a AdC procedeu à valoração de todos os elementos de prova concretos constantes dos autos e avaliou a sua aptidão probatória para efeitos de envolvimento de cada insígnia potencialmente implicada na infração investigada.

886. Essa valoração – suportada nos juízos e critérios de legalidade que balizam a atuação sancionatória da AdC – determinou a inclusão e envolvimento de umas insígnias e a exclusão de outras, para efeitos de imputação contraordenacional. A AdC não exclui, todavia, que tais insígnias pudessem estar envolvidas nas condutas qualificadas como

[511]Cf. §§86, 157, 158, 256, 331, 351, 478 a 480, 505, 654, 871 da PNI Auchan, §§353 a 375 da PNI MCH e §§181 a 196 da PNI Pingo Doce.

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 de uma forma suficientemente sólida.

887. 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 nas práticas objeto do processo.

888. No entanto, no seu conjunto e à luz do princípio *in dubio pro reo*, esses indícios não são suficientemente precisos e concordantes para fundamentar a imputação de uma prática restritiva da concorrência a essas empresas.

889. 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.

890. 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 adequada e cabal.

891. Não procedem, por estas razões, os argumentos das visadas a este propósito.

III.3.1.3 Definição dos PVP

892. Os factos apurados evidenciam que a prática em causa envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, essencialmente por *e-mail*[512], entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas.

893. Através das referidas comunicações bilaterais, o fornecedor transmite às empresas de distribuição visadas um determinado posicionamento de PVP que deve ser implementado em determinada altura pela generalidade das empresas de distribuição.

894. Existem casos em que o referido posicionamento é transmitido por via do envio de um único PVP ou PVP recomendado e/ou mínimo, ou de uma lista ou tabela contendo vários PVP ou PVP recomendados, ou de determinadas condições comerciais ou ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP.

895. Em resposta, as empresas de distribuição visadas confirmam a adoção do posicionamento de PVP transmitido pelo fornecedor, informando-o ou, pelo menos, deixando subentendido que a manutenção desse posicionamento se encontra dependente do posicionamento para o mesmo nível de preços por parte das empresas de distribuição concorrentes, solicitando ao fornecedor confirmação do alinhamento pelas suas

[512] Como se verá *infra*, as comunicações em causa ocorrem também por outras vias, incluindo os contactos presenciais e os telefonemas.

concorrentes (sobretudo mediante a apresentação de talões comprovativos), ou procurando renegociar o posicionamento de PVP pretendido e a respetiva calendarização.

896. A mera circunstância de, por vezes, os PVP serem designados por «*PVP recomendados*» não obvia a que os mesmos se assumam como verdadeiros preços fixados, na medida em que se verifica, por um lado, que o fornecedor pressiona reiteradamente as empresas de distribuição visadas para (re)posicionarem os seus PVP de acordo com o definido e, por outro, que se verifica a anuência por parte das empresas de distribuição visadas, que assumem as recomendações como vinculativas e praticam, efetivamente, os PVP transmitidos de modo a garantir o alinhamento de preços.

897. Deste modo, as empresas de distribuição sabem, ao receber indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idênticas indicações foram transmitidas às suas concorrentes, implementando os PVP mediante a convicção de que os seus concorrentes, com toda a probabilidade, farão o mesmo.

898. Os documentos que a Autoridade passa a descrever são particularmente reveladores deste tipo de situações[513]:

III.3.1.3.1 Definição e comunicação dos PVP

899. Conforme já referido, os elementos probatórios revelam que a Active Brands enviava às empresas de distribuição visadas os seus PVP recomendados (que, na realidade e como se demonstrará, funcionavam como verdadeiros PVP fixos), bem como determinadas condições comerciais para a realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP, e ainda pedidos de «*verificação*» do PVP adotado, reiterando o PVP recomendado.

900. No entanto e como se demonstrará *infra*, as próprias empresas de distribuição concertavam com a Active Brands ou solicitavam a esta última indicação dos PVP ou PVP recomendados e/ou mínimos a praticar, de forma a assegurarem a manutenção da sua margem e, simultaneamente, o alinhamento com os PVP que tinham a expetativa de ser transmitidos e implementados no mercado.

901. Ao longo do presente capítulo, descrever-se-ão, assim, situações em que a iniciativa de fixação do PVP parte da Active Brands (e/ou da Gestvinus), sendo os preços aceites pelas empresas de distribuição, situações em que o papel das empresas de distribuição na articulação desses PVP é mais ativo, condicionando, por exemplo, a adoção de determinado PVP ao respetivo seguimento pelas concorrentes, e situações em que as ações promocionais são usadas como forma de fixação dos PVP. Todas estas situações contribuem para o objetivo da manutenção do alinhamento de PVP dos produtos da Active Brands no mercado retalhista de base alimentar.

[513] Sem prejuízo de eventuais exceções que possam justificar-se, procurar-se-á seguir uma descrição e referenciação cronológicas, que cobrirão o período analisado pela AdC.

902. Relativamente à utilização de ações promocionais como meio de fixação dos PVP no mercado, salienta-se que não estão em causa ações esporádicas e temporárias, limitadas no tempo e referentes a lançamento de novos produtos[514], mas antes mecanismos sistemáticos de determinação de preços ao consumidor, como se demonstrará *infra*.

903. Em alguns casos, a Active Brands concerta com as empresas de distribuição as ações/folhetos promocionais para um trimestre completo, condicionadas ao alinhamento de PVP, conforme se retira do documento ActiveBrands1018, o qual consiste num *e-mail* interno (Active Brands) de 8 de outubro de 2009 com o assunto «*Folhetos Intermarché*[515] *(vinhos)*»:

Folhetos Intermarché (vinhos)

From:

To:

Cc:

Date: Thu, 08 Oct 2009 18:44:04 +0100

Equipa,
Acabei de fechar as inserções (de vinhos) em folhetos Intermarché até ao final do ano.
Para além do folheto da Feira de Vinhos (que já vos enviei) teremos :
Tavedo Tinto PVP 2,75€ de 28/10 a 3/11.
Burmester Tinto PVP 4,25€ de 11/11 a 17/11.
Loios Tinto-Branco PVP 2,99€ com 15% em cartão de 9/12 a 15/12.
Marquês de Borba Tinto PVP 5,89€ com 20% em cartão de 2/12 a 8/12.
Um abraço,

904. A frequência das ações promocionais referidas no documento que acaba de se transcrever demonstra que este tipo de prática é contínua no tempo e não somente enquadrável no âmbito de promoções esporádicas (o que se encontra também patente nos restantes *e-mails* mencionados ao longo do presente capítulo).

905. Veja-se também o documento ActiveBrands228 (*e-mail* de 14 de abril de 2009), em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a uma colaboradora da MCH uma proposta para uma ação promocional:

[514] Cf. Comunicação da Comissão n.º SEC(2010) 411 final, de 10 de maio de 2010, em especial os §§223 a 229, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52010SC0411

[515] Ao longo do presente capítulo são transcritos documentos referentes a empresas de distribuição não visadas (uma vez que o conjunto do respetivo acervo probatório não permitia sustentar, de forma sólida, a sua participação na infração) que permitem ilustrar as práticas em causa, bem como o facto das mesmas serem transversais ao mercado.

Proposta de Acção Cartão Cliente 10% - Marquês de Borba Tinto (artigo 4101608) - de 1/6 a 14/6

From:

To:
Cc:
Date: Tue, 14 Apr 2009 17:05:18 +0100

Boa tarde
Peço-lhe se possível o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos a seguinte acção...
Artigo : Vinho do Alentejo Marquês de Borba Tinto DOC 2007 75cl (artigo 4101608).
Acção : Cartão Cliente 10%.
Período da acção : 1 a 14 de Junho.
PVP recomendado (no período da acção) : 5,89€.
Insígnias : todas.
Investimento AB : 0,589€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período da acção.
Obg. e melhores cumprimentos,

906. No documento que acaba de se transcrever, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands (a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands]) envia a uma colaboradora da MCH o PVP e o desconto promocional a aplicar por esta empresa de distribuição ao cliente final, bem como o período e a duração de uma ação relativa a um produto distribuído/comercializado pela Active Brands (vinho «Marquês de Borba»). Mediante o envio em simultâneo do investimento previsto pela Active Brands no âmbito da ação em causa («*0,589€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período ação*»[516]), a Active Brands deixa claro que tal investimento está condicionado à observância do PVP transmitido.

907. Resulta da prova dos autos que *e-mails* de conteúdo muito similar ao que se acaba de transcrever foram enviados pela Active Brands de forma regular à MCH[517] e que foram propostas ações em termos muito semelhantes à Auchan (cf. documento

[516] De acordo com este mecanismo, a Active Brands financia as ações em causa em função do *sell-out* (unidades vendidas ao consumidor final) do período da ação multiplicado pela diferença entre o PVP regular e o PVP promocional.

[517] Cf. documentos ActiveBrands227 (20 de julho de 2009), ActiveBrands234 (15 de janeiro de 2010), ActiveBrands235 (15 de janeiro de 2010), ActiveBrands236 (14 de junho a 6 de agosto de 2010), ActiveBrands1122 (30 de setembro de 2011), ActiveBrands795 (2 de novembro de 2011), ActiveBrands794 (22 de novembro de 2011), ActiveBrands278 (18 de novembro de 2011), ActiveBrands242 (24 de Maio de 2012), Active Brands1484 (8 de outubro de 2012), ActiveBrands241 (12 de novembro de 2012), Active Brands1531 (9 de janeiro de 2013), ActiveBrands1481 (16 de janeiro de 2013), ActiveBrands1479 (14 de maio de 2013), Active Brands1538 (28 de junho de 2013), ActiveBrands1473 e 1474 (9 de agosto de 2013), ActiveBrands248 (23 de setembro de 2013), ActiveBrands249 (5 de dezembro de 2013), ActiveBrands626 (13 e 17 de dezembro de 2013), ActiveBrands260 (4 de julho de 2014), ActiveBrands420 (2 a 6 de outubro de 2014), ActiveBrands361 (18 de junho de 2015), ActiveBrands399 (16 de fevereiro de 2016).

ActiveBrands1485), à Dia/Minipreço[518] (cf. documentos ActiveBrands41 e ActiveBrands50), à El Corte Inglés[519] (cf. documento ActiveBrands797) à Intermarché[520] (cf. documento ActiveBrands1020) e à Pingo Doce (cf. documento ActiveBrands1297).

908. Ainda a propósito da definição e comunicação dos PVP, veja-se o documento ActiveBrands641, de 11 de janeiro de 2010, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita a uma colaboradora da MCH a alteração do PVP praticado por esta empresa de distribuição nas miniaturas de «Licor Beirão». Em resposta, a colaboradora da MCH refere que tal foi um erro e informa o referido Diretor que vai «*corrigir*»:

RE: PVP Miniaturas Beirão 10,91€

From:
To:
Cc:
Date: Mon, 11 Jan 2010 17:04:12 +0000

Boa tarde
Como o artigo entrou directamente para a Feira, não chegou a ter um PVP marcado, e assumiu um valor de criação.
Vamos corrigir.
Obrigada pelo alerta.
Melhores cumprimentos,

From:
Sent: segunda-feira, 11 de Janeiro de 2010 16:56
To:
Subject: PVP Miniaturas Beirão 10,91€

Boa tarde
Penso que está a marcar as miniaturas de Beirão a 10,91€...se possível recomendo 7,49€.
Obg. e cumprimentos,

909. Outro exemplo de alteração de posicionamento do PVP de acordo com o indicado pela Active Brands consta da sequência de *e-mails* trocados entre 20 de julho e 18 de agosto de 2010, refletida no documento ActiveBrands799, na qual o Diretor *Off-Trade* da Active

[518] Sem prejuízo de a insígnia Dia/Minipreço não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[519] Sem prejuízo de a insígnia El Corte Inglés não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[520] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

Brands pede a uma colaboradora da MCH «*o favor de verificar*» o PVP praticado, a qual confirma a alteração no dia seguinte.

Peço desculpa pela demora na resposta. Os PVP's foram alterados e amanhã estarão nas lojas.

Obrigada.

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

From: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 20 de Julho de 2010 20:11
To:
Subject: PVP Conde de Vimioso Tinto e Buremster Tinto

Boa tarde
Se possível peço-lhe o favor de verificar estas situações :
- PVP recomendado **Conde de Vimioso Tinto** (artigo 4277058) **2,49€** (o mesmo PVP da referência rosé que por sinal até tem a mesma condição de compra).
- PVP recomendado **Burmester Tinto** (artigo 3637248) **4,99€** (o mesmo PVP da referência branco que por sinal até tem a mesma condição de compra).
Obg. e melhores cumprimentos,

910. Os documentos ActiveBrands883 e ActiveBrands884 transcritos *infra*, ambos de 3 de fevereiro de 2010, enviados pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à Auchan e, minutos depois, à Intermarché[521], tornam claro que a Active Brands enviava *e-mails* idênticos a várias das empresas de distribuição em simultâneo (tendo mesmo reunido presencialmente com a Intermarché) com o intuito de pressioná-las para reposicionarem e alinharem o PVP de acordo com o nível e data pretendidos:

[521] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

PVP recomendado LB

From:

To:
Date: Wed, 03 Feb 2010 18:19:04 +0000

Boa tarde

Se possível peço o favor de verificares o PVP de Licor Beirão.

A recomendação actual do marketing é 8,98€.

Obg. e melhores cumprimentos,

PVP recomendado LB

From:

To:
Date: Wed, 03 Feb 2010 18:50:44 +0000

Boa tarde

Na sequência da nossa reunião de hoje peço-lhe mais uma vez o favor de verificar o PVP de Licor Beirão.
A recomendação actual do marketing é 8,98€.

Obg. e melhores cumprimentos,

911. Para além dos já *supra* transcritos ActiveBrands641, de 11 de janeiro de 2010 e ActiveBrands799, de 18 de agosto de 2010 também o documento ActiveBrands793 é revelador do facto de as propostas de PVP da Active Brands receberem a anuência das empresas de distribuição visadas e serem tendencialmente seguidas, sendo assim concertadas entre o fornecedor e as empresas de distribuição visadas e percebidas por estas como vinculativas.

912. O referido *e-mail* traduz o envio pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands de várias ações promocionais a uma colaboradora da MCH nos termos que se têm vindo a descrever no presente capítulo (*i.e.*, com o envio de PVP «*recomendado*», tipo e percentagem de desconto ao cliente final, período e duração da ação, bem como o financiamento pela Active Brands), a qual confirma em 30 de julho de 2010 que: «[a]*s acções encontram-se em vigor. E as que começam dia 02/08/2010 já se encontram gravadas no nosso sistema e estarão em vigor na data prevista*».

913. Conforme já referido e melhor desenvolvido no capítulo III.3.2 da presente Decisão, os temas relacionados com os PVP a praticar eram também discutidos presencialmente entre a Active Brands e as empresas de distribuição.

914. Demonstrativo disso mesmo é o conteúdo do documento ActiveBrands843, de 2 de novembro de 2010, com o assunto «*RE: Vinho do Porto*», do qual consta o envio de uma proposta de ação promocional pela Active Brands à Pingo Doce. Não tendo havido consenso sobre o PVP a praticar, é marcada uma reunião entre a Direção das duas empresas (Diretor *Off-Trade* da Active Brands, Diretor Geral/Administrador da Active Brands e Diretor da Pingo Doce) para o dia 8 de novembro de 2010.

915. O documento ActiveBrands231 consiste numa troca de *e-mails* entre a Active Brands e a MCH com o assunto «*Proposta Ações Cartão Cliente*» de 22 e 23 de novembro de 2010, a qual se inicia com o envio pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands de uma proposta de ação promocional com a indicação de PVP «*recomendado*»:

From:
Sent: segunda-feira, 22 de Novembro de 2010 18:00
To
Cc
Subject: Proposta Acções Cartão Cliente

Boa tarde
Peço-lhe o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos as seguintes acções.
Conceito da acção : desconto de 10% em cartão.
Insígnias : todas.
Período da acção : 6 a 20 de Dezembro (correspondência com a C26).
Artigos :
Porto Burmester Tawny-Ruby-White (código 2219960-2534251-2219961) / PVP recomendado : 5,99€ / Investimento AB : 0,60€ por garrafa (*).
Porto Burmester Jockey Club Reserve (código 2307942) / PVP recomendado : 11,99€ / Investimento AB : 1,20€ por garrafa (*).
Porto Velhotes Reserva (código 3640159) / PVP recomendado : 9,49€ / Investimento AB : 0,95€ por garrafa (*).
Porto Cálem Reserva (código 2102649) / PVP recomendado 11,49€ / Investimento AB : 1,15€ por garrafa (*).
Vinho Loios Tinto-Branco (código 4088290-4047481) / PVP recomendado : 2,99€ / Investimento AB : 0,30€ por garrafa (*).
Vinho Marquês de Borba Tinto (código 4290913) / PVP recomendado : 5,89€ / Investimento AB : 0,59€ por garrafa (*).
Vinho Burmester Tinto (código 3637248) / PVP recomendado : 4,99€ / Investimento AB : 0,50€ por garrafa (*).
(*) A pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias indicados.
Obg. e melhores cumprimentos,

916. Em resposta à referida proposta, a MCH manifesta-se preocupada com eventuais oscilações de PVP e pede a reformulação da proposta em termos percentuais, o que leva a Active Brands a assegurar que não espera «*alterações significativas de PVP*»:

De:
Enviada: terca-feira. 23 de Novembro de 2010 10:55
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Validado.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From:
Sent: terca-feira, 23 de Novembro de 2010 10:40
To:
Cc:
Subject: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Bom dia
Não espero alterações significativas de PVP pelo que podemos avançar.
Posso considerar validada esta acção?
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terça-feira, 23 de Novembro de 2010 08:28
Para:
Cc:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Boa tarde,
Os descontos devem ser em termos percentuais, pois os PVP podem ter algumas oscilações.
Assim, pelo que reenvie as suas propostas. Obrigada.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

917. Ora, resulta do *e-mail* transcrito que a MCH tomava os PVP «*recomendados*» pela Active Brands como verdadeiros PVP, tendo validado os PVP indicados após a Active Brands assegurar que não ocorreriam oscilações significativas nos mesmos (entenda-se, alterações de PVP no mercado retalhista).

918. Por vezes eram as próprias empresas de distribuição a solicitar à Active Brands o envio do PVP que deveria ser adotado. Com efeito, no documento ActiveBrands304, de 22 e 26 de setembro de 2011, um colaborador da Intermarché[522] envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands uma tabela em formato Excel, bem como as instruções para a apresentação de planos promocionais para os produtos comercializados/distribuídos pela Active Brands,

[522] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

incluindo que «[o] *produto só poderá estar em Folheto se existir re-baixa de PVP ou Desconto Cartão * Caso seja PVP teremos que negociar o ciclo promocional e chegar a um acordo sobre o PVP*».

919. Em resposta, o referido Diretor da Active Brands envia a seguinte tabela em formato Excel preenchida com os PVP a praticar:

					DESCONTO PROMOCIONAL								
DESCRIÇÃO ARTIGO	EAN 13	CAP	PREÇO TABELA	IVA	DESC. %	DESC. euros. (Nota Débito por garrafa)	IEC	PREÇO CESSÃO LOJA	PVP	PRAZO VALIDADE FRS	CONDICIONAMENTO UNID / CX	CX / CAM	CAM / PAL
2 a 8 Novembro - Folheto Normal													
Porto Burmester LBV 2005 (com embalagem de madeira)	5 602 002 102 109	75cl	19,0000	23%	25,50%		0,4510		17,49	-	6	12	5
Dinamica Semanal - 10 A	EAN do pack 5010126105285.												
	EAN do pack 5601341100340.												
14 a 24 Dezembro - Folheto "CEIA DE NATAL"													
Licor Carolans (com oferta de dois copos) 70cl	5 011 026 105 223	70cl	10,9000	23%	20,50%		1,2280		9,69	-	6	6	5
Aguardente Reserva CR&F (com oferta de um cálice) 70cl	5 601 262 301 253	70cl	12,8000	23%	16,50%		2,8880		12,99	-	6	6	5
Porto Velhotes Reserva (com embalagem individual de ofe	5 601 077 161 097	75cl	11,5000	23%	23,75%		0,4510		9,49	-	6	20	5
Porto Cálem 10 anos (com saco de veludo) 75cl	5 601 077 171 010	75cl	23,0000	23%	25,75%		0,4510		18,99	-	6	20	5

920. Veja-se também o documento ActiveBrands1092, que inclui uma conversa por *e-mail* entre o Diretor *Off-Trade* e o Diretor Geral/Administrador da Active Brands, e ainda uma colaboradora da Pingo Doce. Em 14 de fevereiro de 2013, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia à referida colaboradora um *e-mail* com o assunto «*FW:PVP Recomendados*»[523]. Em resposta, a colaboradora da Pingo Doce diz «*OK para a sua contraproposta final*», mas faz ajustes numa tabela contendo o PVP regular e promocional para os produtos da Active Brands:

De:
Enviada: sexta-feira, 1 de Março de 2013 00:17
Para:
Cc:
Assunto: Re: FW: PVP recomendados

Ok para a sua contraproposta final com as seguintes ressalvas:

1. Compras PD a Activebrands - valor equivalente a 2012, sendo que devemos em conjunto trabalhar para alcançar o objectivo, dinamizando as ao global das contrapartidas acordadas.
2. Outras verbas e acções extra poderão ser acordadas entre as partes se necessário.
3.
3.

Segue calendarização das acções fechadas por realizar à data. As mesmas poderão ser ajustadas se necessário ao longo do ano.

[523] Embora o *e-mail* em causa não contenha texto e o respetivo anexo não conste do mesmo, o respetivo assunto, bem como todo o acervo probatório descrito em detalhe no presente capítulo permite depreender, de acordo com as regras da experiência, que se tratava de uma tabela com preços recomendados, com toda a probabilidade a mesma que aparece alterada na resposta da colaboradora da Pingo Doce.

Acção	Inicio	Fim	CODIGO Venda SAP	DESCRIÇÃO	MECÂNICA	PVP	PVP Acçã
POUPE METADE Sem 13	26-Mar	01-Abr	724157	V.PORTO BURMESTER SOTTO VOCE RES.RUBY75C	50%	10,99	5,50
APROVEITE Sem 13	26-Mar	01-Abr	533830	LICOR FRANGELICO OF 2 COPOS	Desconto Checkout -2€	13,99	11,99
APROVEITE Sem 13	26-Mar	01-Abr	18038	LICOR FRANGELICO 70CL	Desconto Checkout -2€	13,99	11,99
APROVEITE Sem 13	26-Mar	01-Abr	59337	V.ALENTEJO VILA SANTA RESERVA TTO 75CL	Desconto Checkout -1,5€	9,99	8,49
APROVEITE Sem 24	11-Jun	17-Jun	289391	V.ALENTEJO MARQUES DE BORBA TTO 75CL	Desconto Checkout -1€	5,89	4,89
APROVEITE Sem 32	06-Ago	12-Ago	533877	V.PORTO CALEM VELHOTES SPECIAL RES.75CL	Desconto Checkout 1,5€	9,99	8,49
APROVEITE Sem 33	13-Ago	19-Ago	66305	V.PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 33	13-Ago	19-Ago	172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 33	13-Ago	19-Ago	100406	V.PORTO CALEM VELHOTES BCO 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 42	15-Out	21-Out	444000	V.TEJO CONDE VIMIOSO TTO 75CL	L3P2	2,49	1,66
APROVEITE Sem 42	15-Out	21-Out	522460	V.TEJO CONDE VIMIOSO ROSÉ 75CL	L3P2	2,49	1,66
APROVEITE Sem 42	15-Out	21-Out	670850	V.TEJO CONDE DE VIMIOSO BCO 75CL	L3P2	2,49	1,66
APROVEITE Sem 46	12-Nov	18-Nov	696500	V.DOURO DUORUM TTO 2010	Desconto Checkout 1,5€	9,99	8,49
Aproveite Sem47	19-Nov	25-Nov	561357	V.DOURO BURMESTER TTO 75CL	L3P2	4,48	2,99
POUPE METADE Sem 51	17-Dez	23-Dez		ARTIGO A DEFINIR	50%		
APROVEITE Sem 50	10-Dez	16-Dez	66305	V.PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 50	10-Dez	16-Dez	172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 50	10-Dez	16-Dez	100406	V.PORTO CALEM VELHOTES BCO 75CL	A definir		
APROVEITE Sem 52	24-Dez	31-Dez	33658	V.PORTO CALEM RESERVA 75CL	Desconto Checkout 2,5€	12,49	9,99
APROVEITE Sem 52	24-Dez	31-Dez	289391	V.ALENTEJO MARQUES DE BORBA TTO 75CL	Desconto Checkout -1€	5,89	4,89

921. Em resposta, o Diretor Geral/Administrador da Active Brands intervém, solicitando expressamente à colaboradora da Pingo Doce para manter as ações promocionais conforme definidas no início do ano e não «*colocar em causa todo o* ***trabalho de reposicionamento da Marca Velhotes (que foi realizado com a Vossa preciosa ajuda é claro*** *)* ***ao realizar promoções que nos levariam a PVP's inferiores aos Recomendados*** *e mesmo, inferiores aos do ano passado.* ***Isto para não falar de que todo o mercado entraria numa espiral de resposta e promoção de preço que colocaria em causa o Verão***» (destaque da Autoridade).

922. O conteúdo do documento que acaba de se transcrever demonstra não apenas que os PVP das ações promocionais adotados pelas empresas de distribuição em causa eram concertados com a Active Brands, mas também que a estratégia promocional e de implementação de PVP (para a qual, quer a Active Brands, quer as insígnias «*trabalhavam*» em conjunto) tinha como objetivo nivelar os preços no mercado e evitar desvios de uma empresa de distribuição que levassem a reações por empresas de distribuição concorrentes (ou seja, a adoção de PVP inferiores aos recomendados), uma vez que era no interesse de todas as visadas evitar que o mercado entrasse «*numa espiral de resposta e promoção de preço*». Conforme melhor se demonstrará *infra* no capítulo III.3.1.3.2, tal fazia parte de uma estratégia comum de alinhamento de PVP no mercado para a qual a Active Brands e as empresas de distribuição visadas contribuíam em conjunto.

923. Deste modo, as ações promocionais transcritas ao longo da presente Decisão constituíam um meio para manter o alinhamento de PVP, embora dando ao consumidor uma ideia de competição entre insígnias, que, na realidade, não existia.

924. O documento ActiveBrands894 consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da Pingo Doce, de 20 de junho de 2013, com o assunto «*Fw: Descontos Promocionais Pingo Doce – Julho 2013*», e inclui o envio de novas recomendações de PVP com efeitos a partir de 1 de julho para o vinho «Marquês de Borba»:

Autoridade da Concorrência

From:
To:
Cc:
Date: 17-06-2013 17:07
Subject: Descontos Promocionais Pingo Doce - Julho 2013

Boa tarde
Junto envio relação de descontos promocionais válidos para compras Pingo Doce no mês de Julho.
Aproveito para enviar as novas recomendações de PVP (com efeitos a 1 de Julho) para :
Marquês de Borba Tinto 75cl (artigo 289391) 4,99€ (onde o desconto promocional passa de 50,04% para 57,55%).
Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€ (onde o desconto promocional passa de 53,11% para 62,00%).
Marquês de Borba Branco 37,50cl (artigo 704363) 2,99€ (onde o desconto promocional passa de 53,11% para 57,40%).
Obg. e melhores cumprimentos,
attachment "Descontos Promocionais Pingo Doce Julho 2013.xls" deleted by /JMR/JMARTINS]

925. Em resposta, a referida colaboradora pede inicialmente para adiar a data das alterações em causa («[p]*eço o favor de alterar os promocionais de hoje para amanhã e os PVP de amanhã para quarta-feira*»), as quais são reiteradas pela Active Brands em 20 de junho e 1 de julho de 2013. Subsequentemente, a colaboradora da Pingo Doce refere «*Ok são PVP's recomendados*», pelo que vai manter os PVP atuais, o que leva a Active Brands a esclarecer: «[s]*ão os preços que estamos a recomendar para o conjunto do mercado a partir de 1 de Julho*», revelando não apenas que a «*recomendação*» deve ser entendida como vinculativa, como que a mesma visa o alinhamento do PVP no mercado, uma vez que é partilhada com todas as empresas de distribuição.

FW: Descontos Promocionais Pingo Doce - Julho 2013

From:

To:
Bcc:
Date: Mon, 01 Jul 2013 15:43:41 +0100

São os preços que estamos a recomendar para o conjunto do mercado a partir de 1 de Julho.

De:
Enviada: segunda-feira, 1 de Julho de 2013 15:40
Para:
Assunto: RE: Descontos Promocionais Pingo Doce - Julho 2013

Ok são PVP's recomendados. Vamos manter os actuais.

Tel.
@jeronimo-martins.pt

926. Em 5 de julho de 2013, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands volta a pedir à colaboradora em causa a adoção dos mesmos PVP pela Pingo Doce, a qual responde que manterá os PVP atuais, o que leva o Diretor *Off-Trade* da Active Brands a reportar ao seu Diretor Geral/Administrador: «[Diretor Off-Trade - Active Brands] *não consigo perceber porque não querem baixar PVP…*» (cf. documento ActiveBrands902)[524].

927. Refira-se que, muito embora a Pingo Doce rejeite o reposicionamento do PVP em causa neste caso, o descontentamento e a surpresa do Diretor *Off-Trade* da Active Brands perante tal recusa são reveladores do facto de tal não ser a conduta habitual da referida empresa de distribuição (que, conforme resulta dos suprarreferidos documentos ActiveBrands1297 e ActiveBrands1092, bem como dos *infra* transcritos documentos ActiveBrands247, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands895 e ActiveBrands788) colaborava com a Active Brands na sua estratégia e «*trabalho*» de (re)posicionamento de PVP, promovendo, assim, o alinhamento do mercado.

928. Refira-se que idêntica «*recomendação*» de PVP relativa ao mesmo produto foi também transmitida pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands e reiterada a colaboradores da Auchan, conforme resulta do documento ActiveBrands892 de 17 de junho e 18 de julho de 2013 com o assunto «*FW: Descontos Promocionais Auchan - Julho 2013*» e cujo conteúdo se transcreve *infra*:

[524] Muito embora o documento em causa respeite, ao que tudo indica, a uma baixa de preços promovida pela Active Brands, tal não obvia a conclusão de que: *i)* os PVP recomendados pela Active Brands são, na realidade, PVP fixos e vinculativos; e *ii)* o que as visadas pretendem é o constante alinhamento de PVP em todo o mercado, seja no sentido da alta de preços, seja no sentido da baixa de preços (assim impedindo os concorrentes de baixarem ainda mais o seu preço).

FW: Descontos Promocionais Auchan - Julho 2013

From:

To:
Date: Thu, 18 Jul 2013 13:34:32 +0100
Attachments: Matriz Tabela de Preços Auchan Julho 2013.xls (97,28 kB)

Bom dia
Se possível peço o favor de verificar o PVP de Marquês de Borba Tinto.
A recomendação actual do meu marketing é 4,99€ - posicionamento idêntico ao de Marquês de Borba Branco.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 17 de Junho de 2013 17:41
Para:
Cc:
Assunto: Descontos Promocionais Auchan - Julho 2013

Boa tarde e
Junto envio relação de descontos promocionais válidos para compras Auchan no mês de Julho.
Aproveito para enviar a nova recomendação de PVP (com efeito a 1 de Julho) para :
Marquês de Borba Tinto 75cl (artigo 371490) 4,99€ (onde o desconto promocional passa de 30,00% para 40,70%).
Obg. e melhores cumprimentos,

929. Outra situação de determinação de PVP nos termos que têm vindo a descrever-se decorre do documento ActiveBrands1370, que consiste num *e-mail* interno (Active Brands), de 27 de junho de 2013, em que a empresa define internamente que o PVP do produto «Jim Beam» deve ser reposicionado no canal *off-trade* para 13,99 euros em preço regular e 12,99 euros em preço promocional. Veja-se *infra*:

Novo Net Price Jim Beam_OffTrade

From:

To:

Cc:
Date: Thu, 27 Jun 2013 10:13:47 +0100

Conforme anteriormente falado, a marca Jim Beam necessita de ser reposicionado no off trade.
Nesse sentido, a partir de 1 de Julho, o novo Net Price deverá ser de 4,20€.
A marca deverá ser reposicionada para um PVP de 13,99€ em preço regular e 12,99€ em preço promocional.

Agradeço que para o canal off trade seja carregado este novo net.

Obrigada,

930. Em conformidade, em 1 de julho de 2013, o *Diretor Off-Trade* da Active Brands envia à Auchan (cf. documento ActiveBrands944, o qual se transcreve *infra*), à Coviran (cf.

documento ActiveBrands933), à Intermarché[525] (cf. documento ActiveBrands945), à MCH (cf. documento ActiveBrands946) e à Pingo Doce (cf. documento ActiveBrands947), *e-mails* de conteúdo idêntico ao que se transcreve em seguida com a indicação do PVP de 13,99 euros para o produto «Jim Beam»:

Oportunidade Jim Beam

From:
To:
Date: Mon, 01 Jul 2013 17:10:45 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB)

Boa tarde e
Por entender que poderá constituir uma boa oportunidade de negócio peço se possível o favor de avaliares a possibilidade de comercializarmos o Bourbon Whiskey Jim Beam (artigo 458463) nas lojas Jumbo (pelo menos G3) aproveitando não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€) como também o facto de o mesmo se apresentar agora com embalagem individual de oferta (tin box) - anexo.
Preço de tabela 13,20€.
Desconto em factura 47,00%.
IABA 3,338€.
IVA 23%.
PVP recomendado 13,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

931. Na sequência do envio do referido *e-mail* à MCH, uma colaboradora da Active Brands pergunta ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands: «[v]*ou ao Apolónia com o Jonathan na 2f, o JIM BEAM lá já está reposicionado?*» (cf. documento ActiveBrands1613, de 18 de outubro de 2013), o que é revelador da monitorização efetuada pela Active Brands relativa ao cumprimento dos PVP por si transmitidos às empresas de distribuição, conforme melhor desenvolvido *infra* no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão.

932. Vários dos *e-mails* que se têm vindo a transcrever demonstram que a Active Brands definia o posicionamento de PVP para os seus produtos e, em seguida, transmitia o seu PVP recomendado (que, como se tem vindo a demonstrar, é um verdadeiro PVP fixo) às diversas empresas de distribuição.

933. A monitorização e reiteração constante no sentido da adoção pelas empresas de distribuição dos PVP definidos pela Active Brands tornam-se particularmente evidentes nos vários *e-mails* enviados a tais empresas pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands com pedidos de alteração/reposicionamento dos PVP em conformidade com o transmitido.

934. É particularmente ilustrativo o documento ActiveBrands29 que contém o seguinte lembrete constante do calendário de um dos *Key Account* («*KA*») do departamento *Off-Trade*

[525] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

da Active Brands ( ) em 1 de abril de 2012*:* «*Pedir alteração PVP Jumbo Aveiro*».

935. No documento ActiveBrands949 de 26 de setembro de 2013, com o assunto «*Feira*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a uma colaboradora da Pingo Doce um pedido expresso de alteração de PVP «*na loja da Feira*» de acordo com o definido pela Active Brands para os produtos «Aguardente Reserva C&R», «Licor Carolans» e «Brandy», conforme se transcreve *infra:*

Preços Feira

From:

To:
Bcc:
Date: Thu, 26 Sep 2013 10:15:56 +0100

Bom dia

Se possível peço o favor de verificar os preços de alguns dos meus artigos na loja da Feira.

Junto envio recomendações actuais do meu marketing para :

Aguardente Reserva CR&F 14,99€.

Licor Carolans 10,49€.

Brandy 1920 8,49€ (7,22€ na promoção da semana 39).

Obg. e melhores cumprimentos,

936. O mesmo sucede no documento ActiveBrands958 com o assunto «*PVP recomendado Marquês de Borba Tinto*» de 23 de outubro de 2013, relativamente ao vinho «*Marquês de Borba*»:

PVP recomendado Marquês de Borba Tinto

From:

To:
Cc:
Date: Wed, 23 Oct 2013 13:13:07 +0100

Boa tarde

Se possível peço o favor de verificar o PVP de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391). A recomendação actual do meu marketing é de paridade com Marquês de Borba Branco (artigo 287085) ou seja 5,13€.

Obg. e melhores cumprimentos,

937. No documento ActiveBrands247 de 28 de outubro de 2013, que consiste num *e-mail* interno (Active Brands), o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite a vários colaboradores desta empresa as ações diretas concertadas com a Pingo Doce, de onde resulta que os descontos e PVP finais, bem como data e duração das promoções da referida empresa de distribuição, eram concertados com a Active Brands, não sendo definidos autonomamente por aquela:

Acções | Quantidades PD

From:
To:

Cc:

Date: Mon, 28 Oct 2013 10:36:29 +0000

Equipa,
Junto envio próximas acções acordadas no PD.
Semana 46 – de 12 a 18 de Novembro – Duorum Tinto 9,99€ com desconto imediato de 1,50€.
Semana 47 – de 19 a 25 de Novembro – Burmester Tinto 4,48€ com P2L3 e Velhotes Tawny-Ruby-White 5,49€ com desconto imediato de 1,00€.
Um abraço,

938. Em linha do que já se referiu *supra*, a frequência das ações promocionais em causa no documento que acaba de se transcrever demonstra que este tipo de prática é contínua no tempo e não somente enquadrável no âmbito de promoções esporádicas, sendo mesmo definidas semanalmente («*Semana 46*», «*Semana 47*», etc.).

939. O documento ActiveBrands1017 de 18 de novembro de 2013, com o assunto «*Vários*» consiste num *e-mail* enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands a dois colaboradores da Auchan.

940. Neste documento o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, na sequência da tentativa de um telefonema, pede expressamente a alteração dos PVP praticados pela Auchan para um conjunto de produtos por si distribuídos/comercializados e propõe ainda uma ação promocional sujeita ao alinhamento de PVP:

Vários

From:

To:
Cc:
Date: Mon, 18 Nov 2013 16:44:23 +0000

Boa tarde e
Liguei há pouco mas não foi possível falarmos...
A loja das Eiras não realizou duas das três paletes de feira acordadas pelo que peço o favor de compensares noutras lojas...Alfragide? Gaia?
Se possível peço o favor de verificares o PVP de alguns dos meus artigos...junto envio as recomendações actuais do meu marketing para Licor Carolans 10,49€ (artigos 70487 e 1114077), Aguardente Reserva CR&F 14,99€ (artigos 22006 e 1114057), Porto Velhotes Tawny-Ruby-White 5,49€ (artigos 19199, 19204 e 19202), Loios Tinto-Branco 2,98€ (artigos 636088 e 716908) e Marquês de Borba Tinto-Branco 4,99€ (artigos 371490 e 364884).
Relativamente à acção de Velhotes, e para que não fiques prejudicado, proponho que realizes desconto imediato de 1€ de 19 a 25 de Novembro (PVP recomendado 5,49€)...envia-me por favor o sell-out no período da acção para acertarmos o valor do débito.
Obg. e melhores cumprimentos,

941. Também no documento ActiveBrands957 de 20 de novembro de 2013 com o assunto «*PVP recomendado Marquês de Borba Tinto Magnum*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands pede o reposicionamento do PVP da Auchan de acordo com os PVP definidos pela Active Brands:

PVP recomendado Marquês de Borba Tinto Magnum

From:

To:
Date: Wed, 20 Nov 2013 09:54:08 +0000

Bom dia Srª.

Se possível peço o favor de verificar o PVP de Marquês de Borba Tinto Magnum - código sazonal de Natal 1114117. A recomendação actual do meu marketing é 11,49€.

Obg. e melhores cumprimentos,

942. O mesmo tipo de *e-mails* era enviado à Pingo Doce, conforme resulta da troca de *e-mails* com o assunto «*PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€*», entre 29 de novembro e 3 de dezembro de 2013, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite a duas colaboradoras da referida empresa de distribuição, em *e-mails* distintos mas de conteúdo idêntico: «[s]*e possível peço o favor de verificar o PVP do Marquês*

de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) e do Marquês de Borba Branco 37,50cl (artigo 704363) onde o meu marketing recomenda actualmente 2,99€» (cf. documentos ActiveBrands98).

PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) e Marquês de Borba Branco 37,50cl (artigo 704363)

From:
To:
Date: Fri, 29 Nov 2013 11:26:16 +0000

Bom dia
Se possível peço o favor de verificar o PVP do Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) e do Marquês de Borba Branco 37,50cl (artigo 704363) onde o meu marketing recomenda actualmente 2,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

943. A colaboradora da Pingo Doce confirma a alteração depois de lhe ser validado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands que a recomendação de 2,99 euros foi também enviada para a Pingo Doce do continente («*está alterado*»), isto é, que o preço é aplicável a nível nacional (cf. documento ActiveBrands810).

944. Conforme já se referiu, as próprias empresas de distribuição solicitavam à Active Brands o envio de propostas com indicação do PVP para ações promocionais, ao invés de definirem tais PVP de forma independente.

945. Veja-se o documento ActiveBrands1505 com data entre 29 de novembro e 4 de dezembro de 2013 e o assunto «*RE: Feira PÁSCOA 2014 - Vinhos de Qualidade - pedido de propostas*» em que uma colaboradora da MCH solicita ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o envio de propostas de Feira de Páscoa para determinados vinhos distribuídos/comercializados pela Active Brands, mediante a disponibilização de um ficheiro Excel para preenchimento e devolução pela Active Brands, no qual é solicitada a inclusão do PVP recomendado.

946. O e-mail enviado pela colaboradora da MCH inclui ainda as seguintes instruções: «*AÇÕES DE DESCONTOS DIRECTO EM PREÇO, mas no mínimo de 25% (devem utilizar as duas colunas do ficheiro, em que na segunda indicam o novo PVP); devem indicar o valor de comparticipação que tem que ser igual à diferenças dos PVP. Devem também incluir no campo respetivo, se pretendem débito em função das quantidades sell out, vezes a diferença de PVP (caso não preencham será assumido que sim, pelo que recomendamos o preenchimento atento deste campo)*» (sublinhados originais).

947. Em resposta, a Active Brands procede ao envio de propostas nos termos solicitados, onde inclui o «PVP recomendado» para os seus produtos.

948. Resulta da situação descrita (e de outras, constantes dos autos, nos termos que se referem *infra*) que era prática corrente entre a Active Brands e a MCH a troca de *e-mails* em que são acordadas ações promocionais recorrendo ao financiamento das mesmas pela Active

Brands, calculado em função do *sell-out* e o qual era condicionado à observância pela empresa de distribuição do PVP concertado.

949. Assim, a MCH aceitava o PVP definido pela Active Brands, exigindo no entanto que esta comparticipasse na medida do necessário (diferença de PVP) para garantir que não perdia a sua margem ao alinhar de acordo com o posicionamento de PVP definido (para além do documento que acaba de transcrever-se, veja-se também outras situações semelhantes, constantes dos documentos ActiveBrands92, ActiveBrands269, ActiveBrands579, ActiveBrands382, ActiveBrands95, ActiveBrands248, ActiveBrands1473 e ActiveBrands1474).

950. No mesmo sentido, refira-se o documento MCH2730 de 24 de novembro de 2016 com o assunto «*RE: Feira de Vinhos de Setembro - urgente > Resultados e Débitos*», que consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH que exige o financiamento de ações promocionais pela Active Brands na sequência do *shopping* efetuado do PVP praticado por insígnias concorrentes. Neste âmbito, a colaboradora da MCH afirma expressamente que «[a] *ModeloContinente tem como norma praticar os preços recomendados pelos nossos fornecedores. Paralelamente pretendemos ser competitivos e não deixar de oferecer aos nossos clientes as melhores propostas de mercado*».

951. Do conteúdo deste documento resulta inequívoco que as «*recomendações*» da Active Brands são percecionadas pela MCH como vinculativas e são seguidas por esta empresa de distribuição (conforme é expressamente comunicado por esta à Active Brands - «*[a] ModeloContinente tem como norma praticar os preços recomendados pelos nossos fornecedores*» uma vez que, conforme detalhado nos capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão, tais «*recomendações*» servem como referência e ponto focal para permitir o alinhamento de PVP transversal no mercado.

952. No mesmo sentido, resulta dos elementos dos autos amplamente descritos no presente capítulo que o objetivo da MCH não é, conforme aludido no referido documento, «*ser competitivos e não deixar de oferecer aos nossos clientes as melhores propostas de mercado*», o que seria alcançado mediante a adoção de PVP inferior ao praticado pelos concorrentes como forma de captar os clientes destes.

953. Ao invés, a MCH procura forçar a Active Brands a comparticipar as ações que permitam à MCH igualar preços no mercado (de insígnias «*desviantes*») e assim manter o permanente alinhamento de PVP no mercado (independentemente de tal alinhamento se dar ao nível do PVP «*recomendado*» ou ao nível do PVP «*desviado*» e, ainda, independentemente de tal alinhamento implicar uma subida ou uma descida de preços).

954. O documento ActiveBrands448, de 24 de fevereiro de 2014, demonstra que a própria Gestvinus (à data já acionista única da Active Brands) participava na definição dos PVP regulares e promocionais a transmitir às empresas de distribuição pela Active Brands e tinha a expetativa que os mesmos fossem cumpridos por tais empresas, monitorizando o PVP efetivamente implementados por estas.

955. No referido documento, a Gestvinus vem questionar a Active Brands sobre a razão do PVP praticado pela Pingo Doce no *«Folheto Vinhos e Sabores 2014»*:

De:
Enviada: segunda-feira, 24 de Fevereiro de 2014 12:31
Para:
Cc:
Assunto: PVP Conde de Vimioso Reserva 2011 - Folheto Vinhos e Sabores 2014, Pingo Doce.

Caro , Bom Dia

1-O Target Price acordado para Conde de Vimioso Tinto Reserva em Off Trade é PVP Regular € 9,99 e PVP Promocional € 8,99.
1.1-O Preço de Transferência é calculado com base no Posicionamento e nas restantes variáveis, sendo a mais determinante o Target Price.

2-No Folheto Vinhos e Sabores 2014 do Pingo Doce o PVP (Promocional) do Conde de Vimioso Tinto Reserva 2011 é € 13,99.
2.1-Face ao exposto a Gestvinus solicita a seguinte informação:
Porque este PVP no Folheto?
Qual o 3Net ao Pingo Doce?

Melhores Cumprimentos,

Gestor de Mercado

956. Sobre esta interpelação, o Diretor Off-Trade da Active Brands responde «[n]*o momento de fecho da feira foram respeitados os posicionamentos indicados…que serão, conforme falado entre nós, revistos em Abril*».

957. No mesmo sentido, veja-se o documento ActiveBrands848[526], o qual consiste num *e-mail* interno (Active Brands) de 21 de março de 2014 trocado entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e outro colaborador da mesma empresa, e cujo conteúdo revela que o PVP a praticar no produto «Conde de Vimioso» foi definido em conjunto entre a Gestvinus e a Active Brands, e ainda que esta última comunicava verdadeiros PVP à MCH:

[526] Conforme referido nos §§3424 a 3433, o documento em causa demonstra ainda que a Gestvinus intervinha, efetivamente, na gestão da atividade comercial e estratégica e na definição de objetivos da Active Brands. Similarmente, recordem-se os documentos ActiveBrands623, ActiveBrands990, ActiveBrands848, ActiveBrands411, ActiveBrands1723, ActiveBrands1258.

RE:

From:
To:
Date: Fri, 21 Mar 2014 17:05:57 +0000

Sim, PVP para 2,99€. (tinto/branco/rosé)

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:57
Para:
Assunto: RE:

Bem, entaõ isso significa que posso mexer no PVP...para 2,99 correcto?

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:55
Para:
Assunto: RE:

Neste ficamos acima do COG's apesar de ser muito abaixo do floor (1,70€), mas não podemos mexer no PVP. Acabámos de acordar com a Gestvinus a subida para os 2,99€...

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:49
Para:
Assunto:

o Conde de Vimioso fica NET na Sonae a 1,53€...que faço? PVP 2,49€?

958. Refira-se ainda o documento ActiveBrands960 de 10 de março de 2014, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a um colaborador da Intermarché[527] a sua «*recomendação*» para o PVP do produto «Porto Velhotes Tawny» e pede a alteração em conformidade, revelando, uma vez mais, o caráter vinculativo dos PVP recomendados por si transmitidos:

[527] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

PVP recomendado Porto Velhotes Tawny 5,49€

From:

To:
Bcc:
Date: Mon, 10 Mar 2014 11:41:36 +0000

Bom dia

Junto envio recomendação actual do meu marketing para Porto Velhotes Tawny 5,49€.

Se possível peço o favor de verificar.

Obg. e melhores cumprimentos,

959. Do documento ActiveBrands811, de 17 de março de 2014, consta o seguinte pedido do Diretor *Off-Trade* da Active Brands para um colaborador da Pingo Doce: «[s]*e possível peço o favor de verificar o PVP do Porto Cálem Reserva na loja do Fundão. A recomendação actual do meu marketing é 12,49€*». Muito embora, conforme já amplamente demonstrado, as empresas de distribuição entendam, por regra, tais recomendações como vinculativas e reposicionem o PVP de acordo com o indicado, neste caso concreto o colaborador da referida empresa de distribuição responde com a afirmação «[p]*enso que terá sido engano. A marcação de pvp é da inteira responsabilidade do Pingo Doce».*

960. A resposta da Pingo Doce neste caso concreto constitui, no entanto, uma exceção, não refletindo o comportamento da visada, que, tal como resulta da presente Decisão, aceita e articula com o fornecedor os PVP dos respetivos produtos (conforme decorre, entre outros documentos já descritos, nos §§920 ou 927 *supra*).

961. O documento ActiveBrands313 de 16 de abril de 2014 consiste num *e-mail* com o assunto «*Velhotes – Reastreabilidade*» enviado pela Sogevinus (detentora de várias marcas representadas pela Active Brands e acionista da mesma até outubro de 2013) à Active Brands em que a primeira transmite à segunda o seu descontentamento relativamente ao PVP praticado pelo Leclerc[528] num folheto: «*(…) apesar de a cadeia em questão não ter grande expressão sabemos como pensam, principalmente a SONAE e o PINGO DOCE e corremos o risco de entrar numa espiral de descida dos PVPs e consequente destruição de valor do negócio. Neste sentido gostaria de saber o que irão fazer de forma a evitar que situações semelhantes se repitam e de como é possível praticar um PVP deste nível*».

[528] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

962. O documento ActiveBrands901 (que contém uma conversa estabelecida entre 1 e 27 de junho de 2014) consiste no envio por colaboradores da Pingo Doce ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands de mapas de suporte relativos a vinhos e destilados referentes aos meses de abril e maio. Muito embora os mapas em causa não constem dos autos, é de salientar que a Active Brands chama a atenção para desconformidades de PVP nos produtos por si distribuídos/comercializados:

From:	
To:	
Date:	24-06-2014 15:31
Subject:	RE: FW: Dados referentes a Maio e Abril

Obrigado !
Os mapas de suporte continuam a apresentar desconformidades em Abril e Maio…
Campari – não distribuído pela Active Brands
Burmester Sotto Voce – PVP 10,99
Cálem Reserva – PVP 12,49
Peço o favor de corrigir as diferenças (aproximadamente 2k) na campanha de Junho.
Melhores cumprimentos,

963. O documento ActiveBrands92 consiste numa troca de *e-mails* entre a Active Brands e a MCH com data entre 9 de junho e 11 de julho de 2014 com o assunto «*FW: FEIRAS DE NATAL e FIM ANO 2014- Vinhos Qualidade - pedido de propostas*» em que a MCH solicita à Active Brands a apresentação de propostas de acordo com determinadas opções, sendo enviado um ficheiro Excel para o efeito, o qual deve ser preenchido nas colunas «*PVP Recomendado*» e «*PVP com baixa de preço*», entre outras (à semelhança do suprarreferido documento ActiveBrands1505).

964. Em resposta, a Active Brands preenche o referido ficheiro e propõe uma ação promocional em que concretiza o desconto final, o período da ação e o PVP recomendado para os seus artigos, comprometendo-se a pagar em nota de débito sobre o *sell-out*, a qual é validada pela MCH (cf. documento ActiveBrands348 que integra a mesma conversação).

965. Veja-se ainda o documento ActiveBrands895 de 9 de outubro de 2014 com o assunto *«Fw: Espaços Natal Pingo Doce»,* em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite à sua equipa de *KA* as ações pré-acordadas com a Pingo Doce até ao final do ano e transmite que os PVP dos artigos de feira não sofrerão alterações: «[l]*ogo que possível envio a relação de artigos de feira…vamos estar presentes com alguns artigos no folheto de presentes (sem alteração de PVP) de 18/11 a 24/12 (que terá duas versões…H+M e PD). No mês de Outubro estaremos com Velhotes STD-Reserva-10 anos e CR&F num folheto "montra" (artigos premium) sem alteração de PVP*».

966. Na mesma linha, o documento ActiveBrands1514 consiste num *e-mail* interno (Active Brands) de 13 de novembro de 2014, com o assunto «*Jim Beam vs. concorrência --> estratégia preço período Natal*», em que uma colaboradora da Active Brands solicita ao seu Diretor *Off-Trade* a confirmação dos PVP finais que serão praticados pela Auchan, MCH e Pingo Doce

em ações promocionais relativas ao produto «*Jim Beam*» até final do ano, tendo em vista a estratégia da empresa*:*

SONAE:

Período da acção : de 1 a 14 de Dezembro.

Conceito da acção : desconto imediato de 10%...super preço.

Investimento AB : 1,40€

Preço Final: 12,59€

AUCHAN:

Presentes 1 (de 14 a 27 de Novembro) com Whisky Jim Beam Tin Box (artigo 458463) - PVP recomendado 13,99. Sem preço promocional.

PD:

Período da acção : de 2 a 8 de Dezembro.

Conceito da acção : desconto 1,50€

Preço final: 12,49€

967. Em resposta, o referido Diretor afirma: «[o]*k! Posso pedir reposicionamento em todo o lado durante o mês de Dezembro…como a quantidade que tenho para vender são 10.000…no limite o investimento será de 15k…*».

968. O documento ActiveBrands312 consiste no envio, em 18 de dezembro de 2014, pelo *Business Development Manager* da Sogevinus (detentora de marcas dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands e acionista da mesma até outubro de 2013) ao Diretor Geral/Administrador da Active Brands (no seguimento de uma reunião entre as duas empresas) de um *e-mail* contendo em anexo um ficheiro Excel e ainda a seguinte mensagem: «[f]*iz uma "experiência" para a SONAE e PINGO DOCE tendo por base o PVP Regular e as Margens "Exigidas" por cada um dos clientes e chego quase ao mesmo número (a diferença é residual). No mesmo ficheiro na "sheet" Rentabilidade tem os dois exemplos mencionados. O meu raciocínio acompanha o dos clientes?*».

969. O referido ficheiro em anexo contém a seguinte tabela:

Cliente	**SONAE**
Produto	**VELHOTES TAWNY 75CL**

PVP Regular	5,49	
Margem	30%	(Exigida Pelo Cliente)
PVP Regular	5,490 €	
IVA	1,027 €	
PVP (s/ iva)	4,463 €	
MARGEM	1,339 €	30% (Exigida Pelo Cliente)
3NET C/ IEC	**3,124 €**	**Preço Liquido Compra "Exigido" pelo SONAE**

Preço Tabela S/ IEC	9,250 €		
Promocional Em Factura	-3,950 €	42,70%	
IEC	0,515 €		
Preço Liquido Fatura	**5,815 €**		
CGF - Base	-1,588 €	27,30%	
CGF - Logistica	-0,221 €	3,80%	
CGF - Aberturas	-0,098 €	1,68%	
CGF - Cartão	-0,029 €	0,50%	
Investimento	-0,727 €	12,50%	**Porque é Vinho do Porto**
Aniversário	-0,029 €	0,50%	
Preço Liquido Compra	**3,124 €**		
CGF - Condicional	-0,015 €	0,25%	
CGF - Financeiro	-0,058 €	1,00%	
IEC	-0,515 €		
3NET	**2,536 €**	**3NET Active Brands**	

Cliente	**PINGO DOCE**
Produto	**VELHOTES TAWNY 75CL**

PVP Regular	5,49	
Margem	27%	(Exigida Pelo Cliente)
PVP Regular	5,490 €	
IVA	1,027 €	
PVP (s/ iva)	4,463 €	
MARGEM	1,205 €	27% (Exigida Pelo Cliente)
3NET C/ IEC	**3,258 €**	**Preço Liquido Compra "Exigido" pelo Pingo Doce**

Preço Tabela S/ IEC	9,250 €		
Promocional Em Factura	-3,950 €	42,70%	
IEC	0,515 €		
Preço Liquido Fatura	**5,815 €**		
Compensação Margem	-2,557 €	43,97%	**(Pode ter outro nome, m**
Preço Liquido Compra	**3,258 €**		
CGF - Financeiro	-0,107 €	1,50%	**-1,85% Desconto Real**
CGF - JM Direct	-0,029 €	0,50%	
Investimento	-0,145 €	2,50%	
IEC	-0,515 €		
3NET	**2,462 €**	**3NET Active Brands**	

970. Ora, no texto já transcrito do *e-mail* em causa é feita referência explícita aos PVP e margens exigidas pelos clientes MCH e Pingo Doce, o que também se encontra refletido na tabela transcrita («*Exigido pelo Cliente*», «*Preço Liquido Compra "Exigido" pela Sonae*» ou «*Preço Liquido Compra "Exigido" pelo Pingo Doce*»). Nestes termos, este documento é revelador de que as próprias empresas de distribuição visadas (no caso, MCH e Pingo Doce) participavam indiretamente no processo de definição de PVP (que, conforme será demonstrado ao logo da presente Decisão, era destinado a ser transversalmente aplicado a todo o mercado retalhista), sendo que a Active Brands definia o PVP (por vezes em conjunto com os detentores das marcas por si representadas[529]), fazendo simulações que permitissem a manutenção dos preços grossistas e da margem exigida pelas empresas de distribuição.

971. O documento ActiveBrands703 de 21 de maio de 2015 consiste no envio por um *KA* da Active Brands ao seu Diretor *Off-Trade* de um *e-mail* com a seguinte mensagem relativa à imposição do PVP a praticar pela Auchan (Jumbo) relativamente ao produto «*Blackwood's*»:

[529] Veja-se também o suprarreferido documento ActiveBrands313 (cf. §961).

Autoridade da Concorrência

Jumbo online

From:
To:
Date: Thu, 21 May 2015 20:45:01 +0100

Blackwood's era para estar em promoção até dia 30de maio. Entretanto, consegui que alterassem para Pvp normal este fim de semana. Em princípio segunda-feira estará ok.

972. Este documento é demonstrativo da interferência da Active Brands na determinação da estratégia de preço da Auchan, a qual resulta na antecipação do termo de uma campanha/promoção lançada pela Jumbo/Auchan e consequente aplicação do PVP «*normal/recomendado*» em substituição do PVP de promoção determinado autonomamente pela referida insígnia.

973. O documento ActiveBrands10 consiste numa conversa interna da Active Brands de 15 e 16 de junho de 2015 com o assunto «*Re: Ação Tons de Duorum Magnum*» e embora diga respeito sobretudo a temas relativos ao canal *on-trade*, um colaborador da Active Brands menciona que a Leclerc[530] é uma cliente do canal *off-trade* e refere a razão pela qual a Active Brands não trabalha com tal insígnia: «[c]*omo sabes, as principais razões de não trabalharmos com o Leclerc é não respeitar preços recomendados de venda e pedir valores de referenciação de marcas absurdos*». Do documento resulta de forma evidente que a Active Brands apenas distribuía/comercializava os seus produtos a empresas de distribuição que sabia aderirem aos PVP por si definidos, o que reforça, por um lado, o caráter vinculativo das «*recomendações*» de PVP e, por outro, a anuência das empresas de distribuição visadas.

974. No documento ActiveBrands410 de 7 e 9 de julho de 2015 com o assunto «*RE: *MTO URGENTE*> Feiras > Vinhos Setembro e Natal > pedido de propostas Vinhos Correntes e Espirituosas > até 09 Julho (5ª feira)*», um colaborador da MCH envia ao Diretor Off-Trade da Active Brands uma solicitação de proposta para as feiras que iriam decorrer no 2.º semestre de 2015 na referida insígnia[531]. Em resposta, o referido Diretor envia a proposta solicitada indicando, para o efeito, os PVP recomendados a praticar relativamente aos produtos da Active Brands (cf. separador «*quadro resumo*» do ficheiro Excel denominado «*Propostas*

[530] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[531] Com as seguintes instruções (entre outras): *«a) AÇÕES DE CARTÃO sendo que as propostas devem ser de 15%, 25%, …., 50% e 75%. As ações apenas deverão ter estas percentagens. b) AÇÕES DE DESCONTOS DIRECTO EM PREÇO, mas no mínimo de 10% (devem utilizar as duas colunas do ficheiro, em que na segunda indicam o novo PVP); devem indicar o valor de comparticipação que tem que ser igual à diferenças dos PVP. Devem também incluir no campo respetivo, se pretendem débito em função das quantidades sell out, vezes a diferença de PVP (caso não preencham será assumido que sim, pelo que recomendamos o preenchimento atento deste campo).».*

Feira de Final de Ano Espirituosas 2015») e tenta agendar uma reunião com a MCH «*para fecharmos conjuntamente este assunto*».

975. No documento ActiveBrands653, de 9 de julho de 2015, um colaborador da MCH vem questionar o Diretor *Off-Trade* da Active Brands sobre qual o PVP em vigor, uma vez que detetou uma «*divergência entre o pvp was que propõe para a Feira de Natal vs. o que temos à data em loja*», o que revela a influência da Active Brands no âmbito da definição dos preços junto dos distribuidores, que inclui a indicação de preço «*is*» e preço «*was*» para as ações promocionais.

Boa tarde,

Verificámos que há divergência entre o pvp was que propõe para a Feira de Natal vs o que temos à data em loja.
Pode analisar a questão?

COD.	FORNECEDOR	CÓDIGO	EAN	DESCRIÇÃO	PVP Permanente proposta	PVP em vigor
16905	Active Brands	4378894	5604135000673	Vinho do Alentejano Marquês de Borba Reserva Tinto DOC 2012 75cl	€ 29.99	€ 30.59

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço Vinhos
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas

976. O documento ActiveBrands797 de 24 de agosto de 2015, com o assunto «*RE: Proposta P310*» inclui uma troca de mensagens entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e um colaborador da El Corte Inglés[532] sobre uma ação promocional.

977. Nesta troca de *e-mails*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia os PVP recomendados para os produtos «*Tennet's Oak*» e «*Magners*» (de 33,00cl, entre outras) e, numa subsequente conversa interna entre colaboradores da Active Brands de 24 de agosto de 2015, é sugerido «[n]*ão queres nesta altura nivelar para baixo (até me custa dizer isto…) para o 1,49 na 0,33?*». Ainda que a ideia acabe por ser rejeitada, tal é demonstrativo de que as recomendações de PVP são preços fixados e que a Active Brands subia e baixava os PVP de acordo com o posicionamento por si definido e posteriormente comunicado às empresas de distribuição, as quais aceitavam tal posicionamento (por vezes, conforme acima descrito, contribuindo efetivamente para essa definição em articulação com a Active Brands) tendo em vista o alinhamento de preços com os concorrentes no mercado retalhista (fosse o alinhamento pelo preço mais alto, fosse, nalguns casos, pelo preço mais baixo, mas sempre mantendo o *statu quo* e a estabilidade relativa de preços no mercado).

978. Veja-se ainda o documento ActiveBrands788, de 4 de setembro de 2015, com o assunto «*Posicionamentos*», que consiste numa troca de *e-mails* interna (Active Brands) sobre a

[532] Sem prejuízo de a insígnia El Corte Inglés não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

necessidade de reposicionar o PVP do produto «*1920*», afirmando o Diretor *Off-Trade* da referida empresa o seguinte: «[a]*cho que devemos começar a pensar atempadamente nos reposicionamentos de Janeiro. A 1920 está imparável e deve refrear-se corrigindo PVP e condições de venda…* (…)*. Lembro que a melhor altura para efectuar estes movimentos é em Janeiro com o rescaldo do Natal…até porque temos sempre de falar com o PD…o que por vezes demora*».

979. O documento ActiveBrands966 consiste no envio de um *e-mail* pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands ao Diretor Geral/Administrador da mesma empresa com o assunto «*PVP*» e a mensagem: «[o]*ntem falámos por alto disto, mas sem subirmos PVP (e com IABAS e floors a subir) vai ser cada vez mais difícil gerir os pedidos de MG dos clientes…*».

980. No documento ActiveBrands1282, de 12 de outubro de 2015, com o assunto *«RE: Urgente: Novo PVP GIN BLACKWOODS VINTAGE 70CL»*, uma colaboradora da MCH comunica ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands que «[g]*ostaríamos que nos apresentasse uma proposta de forma a podermos alterar o PVP do GIN BLACKWOODS VINTAGE 70CL para 36.95€»*, sendo que o referido Diretor recusa o reforço do desconto promocional para o produto em causa e comenta internamente que «[o] *posicionamento é para manter. Não quero baixar no resto do mercado*». Tal documento é revelador de que as empresas de distribuição consultavam os seus fornecedores para determinar as alterações a praticar no PVP, de forma a garantir que tais alterações eram financiadas pelos mesmos. Demonstra ainda e principalmente que o alinhamento de PVP comunicados se mantinha estável no mercado e que uma alteração para uma insígnia implicaria um reajuste de todo o mercado, para manutenção do alinhamento.

981. No documento ActiveBrands950, de 19 de outubro de 2015, com o assunto *«Preços feiras»*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite à sua equipa de *KA* a importância de monitorizar a reposição do PVP regular na Auchan e na MCH (e demais «*cadeias*») após o término das feiras de vinhos:

Preços feiras

From:

To:

Date: Mon, 19 Oct 2015 12:16:57 +0100

Equipa,
As feiras de vinhos acabam esta semana.
Veriquem por favor se as cadeias actualizaram os preços (Sonae, Auchan…) e digam-me alguma coisa até ao final da semana.
Obg. e um abraço,

982. Veja-se ainda o *e-mail* enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à sua equipa de *KA* em 15 de dezembro de 2015, solicitando a monitorização da prática pela Auchan do «*preço correcto*» relativamente ao produto «*CR&F*» (cf. documento ActiveBrands266).

Acção CR&F cálice Auchan

From:

To:

Bcc:

Date: Tue, 15 Dec 2015 10:34:27 +0000

Equipa, verifiquem por favor se o Auchan sai com o preço correcto de CR&F cálice na acção de 17 a 23 de Dezembro 12,99...obrigado, abraço. É provável que entre numa monofolha de 17 a 20 (fim-de-semana)...
A referência STD deverá estar com o preço normal...

983. Atente-se ainda no teor do documento ActiveBrands1297 que consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da Pingo Doce, entre 30 de novembro e 15 de dezembro de 2015, sobre uma ação promocional proposta pela Active Brands (com indicação do PVP «*recomendado*»). Em seguida, são trocados *e-mails* internos entre o referido Diretor e o *Brand Ambassador* da Active Brands, que refere as *«guidelines para o Off-Trade no geral»* relativamente ao produto «*Magners*», incluindo *«1º Nivelar o PVP para 1,49€ regular e fazer acções para PVP promocional a 1,29€ (Março- st Patricks day, Pascoa, Junho, Agosto e Setembro)».*

984. Quando o Diretor Off-Trade da Active Brands questiona se «[l]*ata é para reposicionar?*" e ainda «[s]*ugerir Sonae?*», o Brand Ambassador da Active Brands responde «[l]*ata ainda é para manter nos 2,45€*» e «[s]*ugerir Sonae, e todas as cadeias, é um SKU que temos à venda*».

985. O documento ActiveBrands997, de 1 de março de 2016, é também revelador da forma como a Active Brands discutia internamente a estratégia de preço para os seus produtos (no caso, «*Magners*»), definindo um PVP a implementar que, posteriormente, era transmitido e reiterado de forma constante junto das insígnias, conforme já demonstrado *supra*.

986. Nesta troca de mensagens, o *Brand Ambassador* da Active Brands partilha com o Diretor *Off-Trade* da Active Brands os PVP regulares e promocionais que a empresa pretende ver implementados no mercado:

De:
Enviada: 1 de março de 2016 11:13
Para:

Assunto: RE: Magners

Bom dia
Como é do teu conhecimento, a estratégia de preço para a Magners alterou-se para 2016 para reposicionarmos mais próximo da concorrência mas mantendo a notoriedade premium do produto.

OFF-TRADE	NP	PVP REGULAR	PVP PROMO
PINT	1.32€	2.30€	1.80€
LONGNECK	0.85€	1..49€	1.30€
LATA	1.14€	1.96€	1.50€

987. O Diretor Off-Trade define o cenário para a Pingo Doce: «*traço cenário rápido para reposicionamento 33cl no PD: 33cl / MG 36% / PVP regular 1,49 (NET de venda 0,76) / PVP promo não pode ser o que sugeres pois nas "cervejas" não fazem menos de 25% off 1,12 (NET de venda 0,57)…estes NET estão abaixo dos que indicas*», ao que o Brand Ambassador responde «[d]*eixa analisar melhor as promos e respondo. Mas a reposição para 1,49 é para avançar*» acrescentando que «[e]*m relação ás Promos o PVP não pode baixar do 1,30€. Se não fazem menos de 25%, não avançamos*».

988. Veja-se ainda o documento ActiveBrands1573, de 18 de julho de 2016, em que uma colaboradora dos Supermercados Apolónia envia a um colaborador da Active Brands um pedido de proposta para a feira de vinhos com a seguinte indicação: «[g]*ostaria ainda que nos produtos que nós selecionamos, se houver algum PVP ao qual vocês queiram recomendar ou mesmo que não baixássemos abaixo de X, nos seja informado de forma a não criarmos distúrbios no mercado, os descontos que iremos aplicar aos nossos clientes são, 20%, 25%, 30%, 40%, 50% e 60%*». Esta mensagem é reveladora da intenção das empresas de distribuição (no caso, dos Supermercados Apolónia) de manter o alinhamento ou nivelamento de preços no mercado e da consciência dos impactos de um eventual desvio, os referidos «*distúrbios no mercado*» que querem evitar.

989. O documento ActiveBrands272 de 22 de março de 2016 é demonstrativo, uma vez mais, de como o financiamento sobre *sell-out* pela Active Brands era um mecanismo utilizado para a definição de PVP. O Diretor *Off-Trade* da Active Brands propõe a um colaborador da MCH «[a]*cha que podemos avançar com uma acção de 10% na Aguardente Reserva Extra CR&F 70cl (artigo 2260802) de 23 a 29 de Março financiada sobre sell-out pela AB?*», proposta que é aceite pela MCH (clarificando que será financiada em *sell-out* com diferença de PVP).

990. O documento ActiveBrands943, de 4 de abril de 2016, consiste no envio pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à sua equipa de *KA* da seguinte mensagem com o assunto «*Novos Posicionamentos*»: «[e]*m termos de H&S lembro que estamos a recomendar 1920 8,49€, CR&F 15,49€, Marquês de Borba 5,49€ e Tons de Duorum 4,49€ (a começar naturalmente pelo PD…)*».

991. O documento ActiveBrands133 contém o envio por um *KA* da Active Brands, em 26 de julho de 2016, a um colaborador da Auchan, de uma proposta de cardex (listagem de produtos) atualizada para a loja Pão de Açúcar das Amoreiras e inclui a comunicação de PVP de um conjunto de produtos comercializados pela Active Brands:

De:
Enviada: 26 de julho de 2016 11:56
Para:
Assunto: Proposta de listagem de artigos
Importância: Alta

Bom dia ,

conforme combinado segue proposta de cardex atualizada para a vossa loja:

Proposta Gourmet 18 de Julho de 2016 :	PT	DP AGOSTO-OUTUBRO	IVA	IABA	PVP
AZEITE OLIVEIRA RAMOS	12,50	51,15%	6%	0,000	8,99
VINAGRE OLIVEIRA RAMOS	10,30	54,27%	23%	0,000	7,99
BLACKWOOD'S 40º	28,00	45,80%	23%	3,718	31,99
COGNAC COURVOISIER VSOP	37,00	44,54%	23%	3,718	40,99
CONDE DE VIMIOSO RESERVA	15,50		13%	0,000	15,99
BOWMORE	45,00	[illegible]	23%	3,718	48,99
LAPHROAIG	40,00	44,65%	23%	3,718	43,99
COGNAC COURVOISIER XO	90,00	44,50%	23%	3,718	90,99
FOZ AROUCE BRANCO	19,20	45,00%	13%	0,000	16,49
FOZ AROUCE TINTO	19,20	45,00%	13%	0,000	16,49
FOZ AROUCE VINHAS VELHAS	50,00	36,00%	13%	0,000	49,99
O. LEUCURA	95,00	39,00%	13%	0,000	92,49
ESTREMUS	95,00	39,00%	13%	0,000	92,49
DUORUM VINTAGE	76,00	38,00%	23%	0,546	82,49
Champanhe Piper Heidsieck Cuvée Brut (meia-garrafa)	22,00	29,00%	23%	0,000	25,99
Champanhe Piper Heidsieck Rosé Sauvage Brut	48,00	31,00%	23%	0,000	54,99
Champanhe Piper Heidsieck Essentiel Cuvée Brut	40,00	29,50%	23%	0,000	46,99
Champanhe Piper Heidsieck Vintage 2006 Brut	48,00	28,50%	23%	0,000	56,99
Champanhe Piper Heidsieck Cuvée Sublime Meio-Seco	43,00	31,50%	23%	0,000	48,99
Champanhe Piper Heidsieck Rare Vintage 2002	150,00	28,50%	23%	0,000	177,99

992. O documento ActiveBrands1046, de 5 de dezembro de 2016, consiste numa troca de *e-mails* entre um colaborador da Pingo Doce e o Diretor *Off-Trade* da Active Brands com o assunto «*FW: Acção Semana 49 - Quantidades - ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE MARCAS,S - URGENTE*». Nesta troca de mensagens, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands tenta reiteradamente dissuadir a Pingo Doce de realizar uma ação promocional relativa a produtos comercializados pela Active Brands (ação de 25% na categoria de aguardentes), referindo, com perplexidade, que «[d]*adas as condições de compra e os actuais posicionamentos não percebo francamente como decide realizar uma acção deste tipo*» e manifestando o seu descontentamento ao colaborador da Pingo Doce (por avançar com uma redução de preço superior ao concertado e assim colocar em risco «a *política comercial definida para o conjunto do mercado*»), conforme transcrito abaixo:

Autoridade da Concorrência

FW: Acção Semana 49 - Quantidades - ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE MARCAS,S - URGENTE

From:

To:
Cc:

Date: Mon, 05 Dec 2016 17:44:25 +0000

Boa tarde ,
A Active Brands está perplexa e considera inqualificável a intenção do Pingo Doce em avançar com uma rebaixa de 25% nos brandies, aguardentes e conhaques que representamos.
Trata-se de uma acção unilateral (que não nos foi apresentada aquando da negociação do acordo para 2016), que destrói o valor das marcas (colidindo com os objetivos estratégicos definidos entre a Active Brands e os detentores das mesmas, fazendo perigar seriamente a relação entre ambos), que coloca em risco a política comercial definida para o conjunto do mercado (nomeadamente para os diferentes canais), que coloca marcas centenárias e líderes de categoria (como é o caso da CR&F) em patamares inferiores ao dos primeiros-preços, e com a qual não podemos obviamente pactuar, pelo que solicitamos a emissão (urgente) de uma errata excluindo os nossos artigos desta acção.
Tal acção, a avançar, e tendo por base as actuais condições de compra e os actuais posicionamentos de PVP, representaria uma clara situação de dumping (relativamente à qual não podemos deixar de alertar).
Obg. e melhores cumprimentos,

993. Atente-se no teor do documento ActiveBrands1617 que inclui o envio, em 3 de fevereiro de 2017, pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands, dos PVP recomendados para ações de redução temporária de preço a um colaborador da Auchan:

De:
Enviada: 3 de fevereiro de 2017 11:52
Para:
Cc:
Assunto: Proposta Acções RTP

Bom dia
Se possível peço o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos as seguintes acções de redução temporária de preço de 16 a 29 de Março (comunicadas em loja).

Fornecedor		Produto		PVP Recomendado	PVP Recomendado	Investimento AB
Sirius	Nome	Sirius	Descrição	Regular	Promo	(sell-out)
P078	ACTIVE BRANDS	382092	VINHO TINTO VILA SANTA 2008 0.75 LT	9,99	7,99	1,80
P078	ACTIVE BRANDS	924972	VINHO BRANCO VILA SANTA 2009 0.75 LT	9,99	7,99	1,80
P078	ACTIVE BRANDS	1038381	VINHO DO DOURO DUORUM TINTO 2010 0.75 LT	9,99	7,99	0,90
P078	ACTIVE BRANDS	1155715	VINHO VERDE JOÃO PORTUGAL RAMOS ALVARINHO 2012 0.75 LT	10,49	8,39	1,15
P078	ACTIVE BRANDS	1194700	CIDRA MAGNERS ORIGINAL 0.33 LT	1,99	1,49	0,25
P078	ACTIVE BRANDS	2120619	VINHO VERDE JOÃO PORTUGAL RAMOS LOUREIRO 2013 0.75 LT	3,79	2,99	0,50
P078	ACTIVE BRANDS	2112281	CIDRA MAGNERS BERRY 0.33 LT	1,99	1,49	0,25
P078	ACTIVE BRANDS	2172543	VINHO REGIONAL ALENTEJANO POUCA ROUPA TINTO 0.75 LT	3,99	3,19	0,55
P078	ACTIVE BRANDS	2172538	VINHO REGIONAL ALENTEJANO POUCA ROUPA BRANCO 0.75 LT	3,99	3,19	0,55
P078	ACTIVE BRANDS	2172539	VINHO REGIONAL ALENTEJANO POUCA ROUPA ROSÉ 0.75 LT	3,99	3,19	0,55
P078	ACTIVE BRANDS	2172547	LICOR 43 0.70 LT	15,99	13,59	1,35
P078	ACTIVE BRANDS	458468	CHAMPANHE PIPER HEIDSIECK BRUT 0.75 LT	37,99	32,29	2,70

Período da acção : de 16 a 29 de Março de 2017.

Obg. e melhores cumprimentos,

994. Em resposta, o referido colaborador pede também uma ação para o produto «*CR&F*» e dá a sua anuência quanto às ações e PVP propostos.

995. O documento ActiveBrands58 de 23 de março de 2017 inclui o envio pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands a um colaborador da MCH da seguinte proposta relativamente à prática

de um desconto imediato no PVP final: «[s]*e possível peço o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos uma acção de desconto imediato de 10% de 11 a 17 de Abril financiada sobre sell-out pela AB* (…)». O colaborador da MCH confirma a realização da ação em causa[533].

996. Salienta-se que as ações promocionais sujeitas a alinhamento de PVP descritas ao longo do presente capítulo revestem caráter frequente e reiterado[534].

997. Ora, dos documentos transcritos resulta que a Active Brands definia e enviava às empresas de distribuição os seus PVP ou PVP recomendados, bem como determinadas condições comerciais para a realização de ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP, e ainda pedidos de «*verificação*» do PVP desviado, reiterando o PVP recomendado.

998. Conforme já esclarecido, não se ignora que os preços fixados e comunicados são frequentemente enquadrados como «*a nossa recomendação atual*» e «*PVP recomendados*», quando transmitidos às empresas de distribuição e, ainda, que os pedidos de alteração em conformidade com tais recomendações incluem, por vezes, a referência «*se possível*». No entanto, pelo tipo de interação concreta ocorrida (nas várias mensagens descritas), pela linguagem utilizada, pelo seguimento dado às mensagens em causa e pela perceção do papel das várias visadas nos comportamentos descritos, constata-se que se trata de verdadeiros preços fixados/alinhados e não de meras «*recomendações não vinculativas*».

999. De facto, em vários casos, a indicação dos PVP é transmitida pela Active Brands às várias empresas com aquelas referências sem que uma ou outra designações impliquem qualquer diferença quanto à natureza fixa (e imperativa) dos preços definidos (cf., a título muito explícito, o descrito nos §§896 e seguintes, *supra*).

1000. Deste modo, os PVP recomendados enviados pela Active Brands às insígnias eram, na realidade, entendidos pelas empresas de distribuição como verdadeiros PVP a praticar no mercado de distribuição retalhista.

1001. Mais, as próprias empresas de distribuição concertavam com a Active Brands ou solicitavam a esta última indicação dos PVP ou PVP recomendado a praticar, de forma a assegurarem a manutenção da sua margem e, simultaneamente, o alinhamento com os PVP que tinham a expetativa e convicção de ser transmitido e implementado

[533] O documento ActiveBrands1058 de 9 de março de 2017 é também enviado pelo referido Diretor a uma colaboradora da MCH com um pedido muito semelhante («*[s]e possível peço o favor de avaliar a possibilidade derealizarmos uma acção de desconto imediato de 20% na semana de 11 a 17 de Abril nas referências Loios Tinto e Pouca Roupa Tinto, financiadas sobre sell-out (em diferença de PVP) pela AB*»), o qual é validado pela MCH.

[534] Como tal, estas ações promocionais não revestem as caraterísticas necessárias para se encontram abrangidas pela isenção prevista no Regulamento n.º 2022/720 (Regulamento de isenção por categoria) - Cf. Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4; Cf. Comunicação da Comissão «Orientações relativas às restrições verticais», JO de 30 de junho de 2022, C 248/01, parágrafo 197.

transversalmente, pelas respetivas concorrentes, no mercado, evitando, desse modo, ações unilaterais passiveis de «*coloca*[r] *em risco a política comercial definida para o conjunto do mercado*» (cf. documento ActiveBrands1046).

III.3.1.3.1.1 Pronúncias das visadas

1002. As empresas visadas contestam as conclusões da AdC constantes do capítulo da Nota de Ilicitude sobre definição de PVP, com base nos argumentos que se expõem de seguida.

1003. Em síntese, relativamente à matéria de facto *supra* descrita, as empresas visadas apresentam nas respetivas PNI argumentos que procuram contrariar a interpretação e leitura da AdC, alegando, essencialmente, que os elementos de prova analisados refletem meras comunicações de PVP recomendados, nunca vinculativos[535].

1004. A Active Brands/Gestvinus cinde os respetivos argumentos em duas categorias, sustentando que i) «*os preços definidos internamente e comunicados pela AB eram meras recomendações*»[536] e que ii) «*as condições promocionais não estavam dependentes da observância dos PVPRs*»[537].

1005. Defende esta visada, quanto ao primeiro argumento, que a recomendação de PVP, «*em si mesma, é o reflexo de uma política comercial legítima definida para cada marca. O direito da concorrência não impede qualquer empresa de a definir e de se relacionar apenas com quem parceiros de distribuição que se mostrem sensíveis a essa política*»[538].

1006. Na perspetiva da Active Brands/Gestvinus «*é perfeitamente natural e legítimo que um fornecedor, que define e organiza o seu negócio e investe no correto posicionamento estratégico dos seus produtos, siga a evolução dos PVP e a compare com os PVPR e procure, na medida do possível e sem recorrer a meios de coação ou imposição, convencer os distribuidores da importância da prática dos PVPRs*»[539], pelo que a «*monitorização por parte do fornecedor do grau de adesão do PVPR, e a insistência para que o mesmo seja acatado, não torna a recomendação numa fixação de preços, na ausência de poder de mercado e/ou poder negocial do fornecedor para impor a sua posição e/ou na ausência de medidas efetivas destinadas a coagir o revendedor*»[540].

1007. Alega este fornecedor, por um lado, que «*as insígnias em causa têm um poder incomensuravelmente superior ao poder negocial da Active Brands, que não dispõe de meios*

[535] Cf. §§187 a 276 e §§321 a 373 da PNI Active Brands, §§442 a 532 da PNI MCH, §§557 a 614 da PNI Pingo Doce, §§53 a 278 da PNI Auchan.

[536] Cf. §324 a 360 da PNI Active Brands.

[537] Cf. §361 a 373 da PNI Active Brands.

[538] Cf. §328 da PNI Active Brands.

[539] Cf. §334 da PNI Active Brands.

[540] Cf. §335 da PNI Active Brands.

para fazer com que aquelas acatem, automaticamente ou à mínima insistência, os PVPs que comunica»[541], utilizando determinados e-mails para ilustrar que as suas recomendações de PVP não eram percebidas como vinculativas.

1008. Por outro lado, conclui que «[d]*a mesma forma, os e-mails pelos quais as insígnias, face a uma insistência do fornecedor, comunicam que vão alterar o PVP, não constituem, por si só, indícios de que os preços eram fixados*»[542], considerando que «[e]*stas conclusões não são postas em causa pelo facto de as recomendações de preços serem enviadas pela AB para o conjunto das insígnias, em vez de apenas para algumas delas*»[543]. (destaques originais)

1009. Quanto ao segundo argumento supra, a Active Brands/Gestvinus explica que «*as campanhas de descontos visam incentivar a rotação e o escoamento de produtos, sendo prática corrente o respetivo financiamento, total ou parcialmente pelos próprios fornecedores*»[544]e afirma que «*não constam do processo elementos de prova capazes de sustentar que as campanhas promocionais propostas* (…) *estavam condicionadas à observância dos PVPs e que representavam, por isso, um meio indireto de incentivo ao alinhamento*»[545] porquanto «*não afirma, em nenhum dos vários emails recolhidos, que as ações promocionais deixarão de estar disponíveis caso o PVP recomendado não seja acatado*»[546].

1010. Conclui, por isso, que «*na ausência de prova documental, ou qualquer elemento de outra natureza, que aponte nesse sentido, não poderá a AdC concluir e dar por provado que os descontos traduziam um incentivo ao alinhamento dos PVPs*»[547].

1011. A MCH reconhece que «*existem múltiplas comunicações no processo em matéria de preços de retalho, nomeadamente, comunicações trocadas entre o fornecedor e a MCH quanto a PVPRs ou, até, quanto aos PVPs concretamente praticados pela MCH e mesmo quanto aos PVP's praticados pelos concorrentes*»[548] *mas alega que o «contexto e a motivação* [são] *comercialmente legítim*[os]»[549].

1012. Esta visada esclarece que «*assim como o PVP praticado pela MCH é matéria da sua esfera de decisão, a definição de um PVPR é da responsabilidade exclusiva do respetivo fornecedor*»[550],

[541] Cf. §343 da PNI Active Brands.

[542] Cf. §357 da PNI Active Brands.

[543] Cf. §359 da PNI Active Brands.

[544] Cf. §362 da PNI Active Brands.

[545] Cf. §363 da PNI Active Brands.

[546] Cf. §364 da PNI Active Brands.

[547] Cf. §364 da PNI Active Brands.

[548] Cf. §446 da PNI MCH.

[549] Cf. §447 da PNI MCH.

[550] Cf. §445 da PNI MCH.

constituindo-se este último como uma «*variável comercial essencial, com impactos a vários níveis na condução da política comercial da MCH*»[551], motivo pelo qual «*a recomendação de preços do fornecedor é, frequentemente, motivo de tensão negocial nas relações entre este e o seu distribuidor*»[552]. (destaque original)

1013. Na perspetiva desta visada, «*o PVPR é determinante para a escolha dos produtos a adquirir para revenda*»[553], bem como para a «*[Confidencial - SEGREDO DE NEGÓCIO: TEOR DE NEGOCIAÇÕES COM O FORNECEDOR]*»[554].

1014. Explica a MCH que os «*preços grossistas de venda (da Active Brands à MCH) constroem-[Confidencial - SEGREDO DE NEGÓCIO: TEOR DE NEGOCIAÇÕES COM O FORNECEDOR].*»[555], ressalvando que «[t]*al não significa que a atribuição dos descontos pelo fornecedor esteja condicionada ao respeito, pelo distribuidor, de determinado nível de PVP*»[556].

1015. Assim, de acordo com esta visada, «*aquilo que interessa às partes é o concreto valor que é fixado (absoluto ou percentual, neste último caso sobre uma tabela de preços grossistas ou sobre uma tabela de PVPR's)*»[557], concluindo que «[s]*e 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*»[558].

1016. A MCH alega que a «*indicação de PVPR resulta, de forma unilateral, do fornecedor, e não corresponde nem materializa qualquer entendimento prévio e comum, seja entre os distribuidores retalhistas, seja entre estes e o seu fornecedor*»[559], considerando ainda que «*num cenário de recomendação unilateral, interessa ao retalhista controlar (…) se o nível de descontos concedido é suficiente para lhe assegurar um preço de aquisição competitivo, isto é, que lhe permita, após lhe apor a sua margem (…) vender o produto aos consumidores em condições competitivas*»[560].

1017. Neste contexto, estão em causa, para a MCH, dois interesses antagónicos – o do fornecedor, que procura influenciar os seus clientes retalhistas, e o dos distribuidores, que pretendem assegurar a competitividade e atratividade da respetiva oferta comercial –, pelo

[551] Cf. §448 da PNI MCH.

[552] Cf. §479 da PNI MCH.

[553] Cf. §449 da PNI MCH.

[554] Cf. §453 da PNI MCH.

[555] Cf. §452 da PNI MCH.

[556] Cf. §455 da PNI MCH.

[557] Cf. §457 da PNI MCH.

[558] Cf. §458 da PNI MCH.

[559] Cf. §473 da PNI MCH.

[560] Cf. §475 da PNI MCH.

que «*as comunicações trocadas atingem por vezes um tom mais agreste ou agressivo, com o qual cada parte procura usar de argumentos negociais para convencer a contraparte e obter o melhor resultado possível*»[561].

1018. A MCH assegura que «*o PVP efectivamente praticado pela MCH está sistematicamente desviado do PVPR indicado pela Active Brands, primeiro, porque* ***a MCH não assumiu qualquer vinculação perante a Active Brands a cumpri-lo****, expressa ou tácita, formal ou informal*»[562] e «[s]***egundo, porque a MCH o submete [esse PVPR] sistematicamente a flutuações*** *substanciais*»[563]. (destaques originais)

1019. E, ainda, que «*não faz prevalecer o interesse da Active Brands em manter um preço que aquela considera "óptimo" ou "correcto" para os seus produtos, sobre o seu próprio interesse em não "estar descompetitiva"*»[564].

1020. Concluindo, em síntese, a «***MCH considera os PVPR's manifestamente como preços recomendados,*** *e não mais do que isso e, por conseguinte, não deixa de se afastar deles, sempre que o considera mais vantajoso*»[565] e «*decide autonomamente o preço efectivo dos produtos fornecidos pela Active Brands, produtos esses que revende nos termos e condições (incluindo descontos e, de entre estes, os diferidos) que, em cada momento e em cada loja, entende serem os mais convenientes, em função de vários factores*»[566].

1021. A Auchan, por sua vez, apresenta, de forma especificada, argumentos relativos a alguns dos *e-mails* carreados para os autos por parte da AdC.

1022. Sem prejuízo da identificação de *e-mails* específicos que mereçam uma resposta dedicada por parte da AdC, existem alguns argumentos que sintetizam a posição da Auchan relativamente ao comportamento em análise no capítulo precedente.

1023. Sustenta a Auchan quanto a alguns documentos[567] que «*nenhum elemento do*[s] *e-mail*[s] *ou dos autos permite inferir que* [a recomendação do fornecedor] *se tratava de uma indicação de preço fixo, e, muito menos que se tratasse de qualquer pretenso alinhamento de preço com concorrentes*»[568].

---

[561] Cf. §484 da PNI MCH.

[562] Cf. §506 da PNI MCH.

[563] Cf. §507 da PNI MCH.

[564] Cf. §517 da PNI MCH.

[565] Cf. §509 da PNI MCH.

[566] Cf. §523 da PNI MCH.

[567] Entre outros, documentos ActiveBrands882, ActiveBrands883, ActiveBrands892, ActiveBrands1017 e ActiveBrands957.

[568] Cf. §94 da PNI Auchan

1024. Alega esta visada que «[n]*ada no acervo probatório do presente processo permite inferir que a negociação de ações promocionais (tal como em quaisquer outros contactos) entre a Auchan e a Active Brands tenha como pressuposto a fixação dos preços promocionais, muito menos ainda que tais preços resultassem de um alinhamento geral no mercado*»[569].

1025. A Auchan refere ainda que «*os preços recomendados pela Active Brands podem ou não ser seguidos pela Auchan, de acordo com a sua própria política, nunca assumindo um caráter vinculativo, constando da NI inúmeros exemplos deste posicionamento autónomo e independente*»[570].

1026. Reconhece esta visada que «[p]*ode-se verificar na NI que em certos casos a Active Brands exercia pressão sobre os colaboradores de lojas Auchan para a adoção dos preços recomendados, mas tal não significa que estes se submetessem a tal pressão, ou que tomassem os preços recomendados como automaticamente vinculativos*»[571].

1027. Esta visada indica reiteradamente que mantém a sua autonomia na definição dos PVP, alegando que muitas das comunicações apresentadas na Nota de Ilicitude quanto à Auchan não têm qualquer resposta da sua parte. Em particular, quanto ao documento ActiveBrands957, a Auchan refere que «*não existe qualquer resposta por parte da Auchan, nem qualquer acatamento da recomendação efetuada pela Active Brands*»[572], verificando-se, ao invés, que a Auchan praticava um preço mais alto que o recomendado pelo fornecedor.

1028. Em suma, na perspetiva desta visada, «*a Auchan sempre determinou os seus preços de forma independente e autónoma*»[573].

1029. Por sua vez, a Pingo Doce alega que a sua estratégia comercial se alterou radicalmente a partir da ação promocional que ficou conhecida por «*1 de Maio de 2012*», [Confidencial – estratégia comercial da visada] [574], o que implica a construção de boas propostas ao consumidor e, consequentemente, duras negociações com os fornecedores, condicionadas pelas PIRC[575].

1030. Segundo esta visada, a prova revela precisamente uma pressão constante para construção de ofertas competitivas num mercado muito agressivo, entre partes com interesses contraditórios – o fornecedor pretende elevar os preços grossistas e as insígnias

[569] Cf. §114 da PNI Auchan.

[570] Cf. §128 da PNI Auchan.

[571] Cf. §285 da PNI Auchan.

[572] Cf. §177 da PNI Auchan.

[573] Cf. §221 da PNI Auchan.

[574] Cf. §213 da PNI Pingo Doce.

[575] Cf. §214 e 215 da PNI Pingo Doce.

pretendem aumentar o volume de vendas a preços reduzidos, o que torna inviável a teoria da coordenação[576].

1031. Não obstante, a Pingo Doce afirma que «*foi sempre livre quer para praticar preços diferentes dos PVPR quer para os seguir*»[577], 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[578].

1032. Neste ponto, 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]»[579].

1033. Por fim, 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*»[580].

1034.

III.3.1.3.1.2 Apreciação da Autoridade

1035. Analisadas as Pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para caracterizar os comportamentos investigados, a AdC conclui pela improcedência da argumentação 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 detalham de seguida.

1036. As defesas das visadas quanto à matéria de facto relativa à definição dos PVP alicerçam-se em dois aspetos essenciais: *i)* as comunicações de PVP da Active Brands enquadram-se exclusivamente na sua política de recomendação de PVP, *ii)* estas recomendações de PVP são imprescindíveis para as insígnias, e *iii)* as insígnias definem os seus PVP de forma autónoma.

1037. A Autoridade reconhece e não contesta a importância estratégica da manutenção de uma política de preços recomendados, desde que esta sirva exclusivamente um propósito bussolar aquando da definição individual, pelas insígnias, dos preços a praticar no mercado a cada momento. Ou seja, desde que esteja em causa, apenas, uma verdadeira política de recomendação da PVP.

---

[576] Cf. §208 da PNI Pingo Doce.

[577] Cf. §573 da PNI Pingo Doce.

[578] Cf. §589 da PNI Pingo Doce.

[579] Cf. §222 da PNI Pingo Doce.

[580] Cf. §§602 e 603 da PNI Pingo Doce.

1038. Sucede que a prova constante dos autos revela uma realidade diversa daquela apresentada pelas visadas nas respetivas PNI, uma vez que demonstra que os preços que a Active Brands comunica às insígnias não se traduzem em simples recomendações, mesmo nos casos em que a sigla ou denominação utilizada faz essa alusão.

1039. Qualifica a Active Brands a «*sua indicação de preços como apenas uma recomendação que não está em condições de poder impor a quem quer que seja*»[581] e alega que «[n]*ão existe – nem poderia existir – prova nos autos de que a AB pressionava as grandes superfícies de distribuição retalhista de base alimentar no sentido de observarem os preços que aquela comunicava a título de mera recomendação*»[582] e que «[q]***ualquer tentativa de pressão ou coação para que os preços recomendados fossem seguidos, ou de retaliação caso isso não acontecesse, não seriam frutíferos***»[583], «[p]***elo que outra coisa não se pode concluir senão que, na total ausência de capacidade para pressionar, coagir ou intimidar as empresas de distribuição a observarem os preços que indicava, as comunicações da AB em causa configuravam meros preços de venda ao público recomendados***»[584]. (destaques originais)

1040. Ora, estas considerações não têm qualquer adesão à realidade, nem aos factos provados, porquanto estes revelam uma dialética constante entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas da qual resulta a ocorrência de ações de pressão, coação e intimidação com vista ao alinhamento transversal dos PVP no mercado.

1041. Salienta-se que a própria Auchan reconhece, reiteradamente, ao longo da sua PNI, que «*a Active Brands identifica a necessidade de coordenar as suas equipas e proceder a um trabalho (e correspondente pressão) "loja a loja" de forma a tentar (…) influenciar responsáveis de uma concreta loja Auchan a praticar um determinado PVP*»[585], que «*grande parte destes documentos revela claramente que a Auchan era ameaçada de corte de fornecimento ou alvo [de] pressão reiterada por parte da Active Brands, junto dos responsáveis de loja*»[586] e constata que «*a Active Brands exercia pressão sobre os colaboradores de lojas Auchan para a adoção dos preços recomendados*»[587]. (sublinhado original)

[581] Cf. §197 da PNI Active Brands.

[582] Cf. §216 da PNI Active Brands.

[583] Cf. §245 da PNI Active Brands.

[584] Cf. §248 da PNI Active Brands.

[585] Cf. §22 da PNI Auchan.

[586] Cf. §28 (iii) da PNI Auchan.

[587] Cf. §285 da PNI Auchan.

1042. Assim, e pese embora o recurso da Active Brands a linguagem meramente sugestiva[588], «*é perfeitamente válida a interpretação de que o fornecedor visava pressionar a Auchan* [e as demais insígnias] *a ponderar e avaliar o seu posicionamento (…) com o intuito de conseguir lograr uma aproximação ao objetivo do fornecedor*»[589].

1043. Curiosamente, a Auchan incorre em contradição, ao considerar também na sua PNI, que «*nenhum elemento do*[s] *e-mail*[s] *ou dos autos permite inferir que [a recomendação do fornecedor] se tratava de uma indicação de preço fixo, e, muito menos que se tratasse de qualquer pretenso alinhamento de preço com concorrentes*»[590].

1044. Verifica-se, efetivamente, a existência de um conjunto de incentivos e circunstâncias determinantes para a formação da vontade das empresas visadas na definição dos PVP.

1045. As comunicações entre visadas extravasam o que se pode considerar normal, legítimo e lícito em discussões comerciais, alicerçando-se fundamentalmente nos PVP a praticar e na respetiva estabilidade/alinhamento.

1046. Com efeito, o que a Active Brands comunica às insígnias é um determinado nível de preço a implementar no futuro, em determinada data, em função do qual este fornecedor procura coordenar reposicionamentos de PVP no mercado, em conjunto e em simultâneo, de forma alinhada, por todas as insígnias (as quais, amiúde, fazem depender o seu posicionamento do alinhamento das demais).

1047. Nas respetivas defesas as empresas de distribuição visadas garantem que são livres de definir os PVP que praticam. Ora, a Autoridade não contesta que as insígnias, querendo, tivessem liberdade para definir os seus PVP, podendo afastar-se de uma fixação ou imposição de PVP pelo fornecedor.

1048. No entanto, entende-se que a prova carreada para os autos e descrita na presente Decisão demonstra que as insígnias colocam a sua liberdade de decisão ao serviço do objetivo comum, aceitando a definição de PVP pelo fornecedor, como, aliás, confirma a própria MCH no documento MCH2730, *supra* descrito no §950, no qual afirma expressamente que «[a] *ModeloContinente tem como norma praticar os preços recomendados pelos nossos fornecedores*».

1049. Veja-se, aliás, a naturalidade, ilustrada no documento ActiveBrands799, *supra* descrito no §911, com que esta visada reage a um pedido de alteração de PVP que lhe é remetido pela Active Brands: «[p]*eço desculpa pela demora na resposta. Os PVP's foram alterados e amanhã estarão nas lojas*».

---

[588] Cf., já referido nos §§996 a 1001 desta Decisão. A título ilustrativo, vejam-se os documentos ActiveBrands183 («*Agradeço a reavaliação dos vossos preços*») e ActiveBrands799 («*Se possível peço-lhe o favor de verificar estas situações*»).

[589] Cf. §370 da PNI Auchan.

[590] Cf. §94 da PNI Auchan

1050. Similarmente, a Pingo Doce, após receber uma *recomendação* de PVP por parte da Active Brands, responde «[e]*st*[á] *alterado*», como revela o documento ActiveBrands810, *supra* descrito no §943.

1051. Finalmente, no documento ActiveBrands191, de 4 de março de 2013, a Active Brands confirma que a «*Auchan ficou de enviar comunicação* [de alteração de PVP] *hoje para as lojas. Actualmente apenas pode trancar os preços centralmente por um dia*».

1052. Improcede, portanto, a defesa das visadas no que respeita à *mera recomendação* de PVP por parte da Active Brands.

1053. Mais, as visadas não trouxeram aos autos prova que sustente as linhas argumentativas por si propostas, limitando-se, nos casos em que optam por especificar as suas defesas por referência a algum documento[591], a procurar reinterpretar a prova já constante dos autos, em sentidos dificilmente compatíveis com o respetivo teor[592]. Retome-se, então, o teor do documento ActiveBrands191:

Preços FQE

From:
To:

Date: Mon, 04 Mar 2013 18:03:12 +0000

Equipa,
Chamo a vossa atenção para a necessidade de normalização dos preços das FQE.
O Auchan ficou de enviar comunicação hoje para as lojas. Actualmente apenas pode trancar os preços centralmente por um dia. Peço a vossa ajuda loja-a-loja.
A Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira.
Obg. e um abraço,

1054. Se, como é referido pela visada Auchan na sua PNI, existisse efetivamente uma política autónoma e descentralizada de marcação de PVP, em que as lojas daquela empresa de distribuição mantinham a respetiva autonomia, questiona-se o sentido da comunicação *supra* do Diretor *Off-Trade* da Active Brands à equipa de colaboradores, na qual alerta para «*a necessidade de normalização dos preços*» e solicita «*ajuda loja-a-loja*», confirmando que a Auchan se teria comprometido a «***enviar uma comunicação hoje para as lojas***» e lembrando que a mesma «***apenas pode trancar os preços centralmente por um dia***». (destaques da AdC)

1055. Este documento permite igualmente refutar as alegações apresentadas pelas visadas MCH e Pingo Doce acerca da respetiva independência na definição dos PVP, uma vez que [Diretor

[591] Caso da Active Brands/Gestvinus e da Auchan, optando a Pingo Doce e a MCH por tecer comentários de índole genérica, sem comprovação da mensagem que pretendem veicular.

[592] A pouca prova documental que ofereceram também não permite concluir nos sentidos que defendem.

Off-Trade - Active Brands] transmite à sua equipa as intenções futuras destas visadas em matéria de preço, asseverando que «*a Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira*».

1056. Ou seja, a prova evidencia o contrário do alegado pelas visadas e revela, nomeadamente, o conhecimento, pela Active Brands, dos procedimentos internos das empresas de distribuição visadas em sede de alteração de PVP, bem como os termos em que tal alteração sucede, não obstante a alegada existência de políticas internas impeditivas da concretização da prática *sub judice*.

1057. O que fica também provado não só pelo acima descrito, como pelos documentos ActiveBrands224, ActiveBrands778 e ActiveBrands191[593].

1058. No que respeita à realização de ações promocionais, ao contrário do alegado pelas visadas, a prova não reflete apenas o exercício legítimo da atividade comercial pela Active Brands, mas sim mais um mecanismo de estabilização dos PVP efetivamente praticados.

1059. Reconhece-se, como refere a Pingo Doce, que «[a]*s promoções passaram a ser um requisito da própria venda dos produtos*»[594] e as ações promocionais têm características particulares, condicionando as dinâmicas de mercado, desde logo porque lhes subjazem as respetivas comparticipações do fornecedor, as quais são calculadas com base no PVP – sistema *retail minus* –, sendo aquelas condicionadas à implementação/e ou manutenção de determinado PVP, o que conduz inevitavelmente ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.

1060. Atente-se, a propósito da instrumentalização das ações promocionais para efeitos de fixação e alinhamento de PVP, na situação descrita no §929 *supra*, na qual após a definição interna de orientações relativas ao posicionamento de preço quanto ao produto «*Jim Beam*», a Active Brands procede, de forma coordenada, ao envio de propostas de ações promocionais, sempre condicionadas à prática do PVP «*recomendado*», a várias insígnias (cf. documentos ActiveBrands944, ActiveBrands933, ActiveBrands945, ActiveBrands946 e ActiveBrands947 *infra*):

[593] Cf. §§1101, 1161, e 1175 desta Decisão, para uma análise detalhada destes elementos probatórios.

[594] Cf. §225 da PNI Pingo Doce.

Autoridade da Concorrência

Oportunidade Jim Beam

From:

To:
Bcc:

Date: Mon, 01 Jul 2013 16:27:52 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB)

Boa tarde
Por entender que poderá constituir uma boa oportunidade de negócio peço se possível o favor de avaliar a possibilidade de comercializarmos o Bourbon Whiskey Jim Beam (artigo 54267) nas lojas PD (pelo menos hiper) aproveitando não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€) como também o facto de o mesmo se apresentar agora com embalagem individual de oferta (tin box) - anexo.
Preço de tabela 13,20€.
Desconto em factura 55,30%.
IABA 3,338€.
IVA 23%.
PVP recomendado 13,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

Oportunidade Jim Beam

From:

To:
Bcc:

Date: Mon, 01 Jul 2013 17:10:45 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB)

Boa tarde e
Por entender que poderá constituir uma boa oportunidade de negócio peço se possível o favor de avaliares a possibilidade de comercializarmos o Bourbon Whiskey Jim Beam (artigo 458463) nas lojas Jumbo (pelo menos G3) aproveitando não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€) como também o facto de o mesmo se apresentar agora com embalagem individual de oferta (tin box) - anexo.
Preço de tabela 13,20€.
Desconto em factura 47,00%.
IABA 3,338€.
IVA 23%.
PVP recomendado 13,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

Oportunidade Jim Beam

From:

To:
Bcc:

Date: Mon, 01 Jul 2013 16:45:30 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB)

Boa tarde
Por entender que poderá constituir uma boa oportunidade de negócio peço se possível o favor de avaliar a possibilidade de comercializarmos o Bourbon Whiskey Jim Beam (artigo 2050379) nas lojas MCH (pelo menos nas 13 principais) aproveitando não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€) como também o facto de o mesmo se apresentar agora com embalagem individual de oferta (tin box) - anexo.
Preço de tabela 13,20€.
Desconto em factura 32,00%.
IABA 3,338€.
IVA 23%.
PVP recomendado 13,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

Oportunidade Jim Beam

From:

To:
Bcc:

Date: Mon, 01 Jul 2013 17:02:59 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB)

Boa tarde
Por entender que poderá constituir uma boa oportunidade de negócio peço se possível o favor de avaliar a possibilidade de comercializarmos o Bourbon Whiskey Jim Beam (artigo 628592) nas lojas ITMP aproveitando não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€) como também o facto de o mesmo se apresentar agora com embalagem individual de oferta (tin box) - anexo.
Preço de tabela 13,20€.
Desconto em factura 43,50%.
IABA 3,338€.
IVA 23%.
PVP recomendado 13,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

FW: Reposicionamento PVP Jim Beam 13,99€ | com tin box de oferta - EAN 5010196091008

From:

To:
Bcc:

Date: Tue, 02 Jul 2013 21:22:05 +0100
Attachments: JimBeamTinBox_2013.pdf (429,61 kB); Preços NET Coviran Julho 2013.xls (40,96 kB)

Com o ficheiro…

De:
Enviada: terça-feira, 2 de Julho de 2013 21:21
Para:
Assunto: Reposicionamento PVP Jim Beam 13,99€ | com tin box de oferta - EAN 5010196091008
Importância: Alta

Boa tarde
Informo por este meio que a partir de amanhã o novo PVP recomendado de Jim Beam passará a ser 13,99€ (altura em que começaremos também a servir esta referência com tin box de oferta sem qualquer alteração logística) pelo que junto envio preço NET actualizado (sem prejuízo da tua MG).
Obg. e melhores cumprimentos,

1061. É revelador dos esforços de manutenção de um PVP fixo entre as empresas de distribuição visadas no presente processo (Auchan, MCH e Pingo Doce) que estas comunicações lhes tenham sido enviadas, naturalmente, com preços de tabela e PVP recomendados iguais, mas com descontos em fatura diferentes para cada uma, o que demonstra uma clara intenção de alcançar o reposicionamento de PVP sem prejudicar a adaptação à margem de lucro de cada operador - veja-se o referido no documento ActiveBrands933, «(…)***sem prejuízo da tua MG***». (destaque da AdC)

1062. Tal PVP «*recomendado*» é, posteriormente, alvo de monitorização pela Active Brands, para garantia de que o mesmo é efetivamente implementado, como se demonstrará em detalhe no capítulo subsequente. Recorde-se, por exemplo, o documento ActiveBrands1613, *supra* descrito no §931, no qual uma colaboradora da Active Brands pergunta ao Diretor *Off Trade* da Active Brands: «[v]*ou ao Apolónia com o Jonathan na 2f, o JIM BEAM lá já está reposicionado?*».

1063. Importa frisar que, ao considerar que determinada insígnia concerta com a Active Brands e, indiretamente, através desta, com as suas concorrentes, o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado, bem como a respetiva calendarização (cf. os documentos ActiveBrands224, ActiveBrands778, ActiveBrands191, MCH1523), a Autoridade considera, necessariamente, os reflexos horizontais decorrentes das condutas estritamente verticais.

1064. A coordenação e preocupações evidenciadas pelo conjunto de documentos em destaque *supra* não seriam justificáveis à luz do funcionamento concorrencial da relação entre fornecedor e empresas de distribuição, nem se poderão enquadrar numa análise limitada às relações verticais estabelecidas entre o fornecedor e qualquer uma das insígnias visadas.

1065. Efetivamente, decorre do exposto que as empresas de distribuição visadas aproveitam o relacionamento estabelecido com a Active Brands para garantir, horizontalmente, o alinhamento artificial dos PVP que praticam na comercialização do consumidor final, em supermercados e hipermercados, dos produtos da Active Brands.

1066. Revisite-se, a título ilustrativo, o acima referido nos §§905 a 907. Atendendo ao conteúdo do *e-mail* ali identificado e dos documentos referidos[907][595], verifica-se que o envio de propostas de ações promocionais, ainda que aparentemente resulte de uma relação bilateral entre fornecedor e distribuidores, traduz-se numa verdadeira política de definição de PVP transversalmente aplicada a todas as insígnias.

1067. Esta situação ocorre não apenas porque, desde logo, e como se pode confirmar no documento *infra*, no envio da proposta promocional é feita uma menção específica a todo o mercado («*Insígnias: todas*»), o que torna inegável que se pretende transmitir que as condições comerciais serão as mesmas para todas as empresas de distribuição, mas também porque o seguimento cronológico das comunicações verticais entre a Active Brands/Gestvinus e as empresas de distribuição, quando analisado no seu conjunto, permite verificar um objetivo de alinhamento de PVP, com efeitos vinculativos:

[595] Cf. documentos ActiveBrands227, ActiveBrands234, ActiveBrands235, ActiveBrands236, ActiveBrands1122, ActiveBrands795, ActiveBrands794, ActiveBrands278, ActiveBrands242, Active Brands1484, ActiveBrands241, Active Brands1531, ActiveBrands1481, ActiveBrands1479, Active Brands1538, ActiveBrands1473, ActiveBrands1474, ActiveBrands248, ActiveBrands249, ActiveBrands626, ActiveBrands260, ActiveBrands420, ActiveBrands361, ActiveBrands399, ActiveBrands1485, ActiveBrands41, ActiveBrands50, ActiveBrands797, ActiveBrands1020 e ActiveBrands1297.

Autoridade da Concorrência

FW: Proposta Acções Desconto Imediato

From:
To:

Cc:

Date: Wed, 09 Jan 2013 14:55:37 +0000

FYI

De:
Enviada: quarta-feira, 9 de Janeiro de 2013 14:31
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Desconto Imediato

Boa tarde

Vamos carregar esta ação.

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luisa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.:
Fax: +:
E-mail: @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

De:
Enviada: segunda-feira, 7 de Janeiro de 2013 17:56
Para:
Cc:
Assunto: Proposta Acções Desconto Imediato

Boa tarde e ,
Se possível peço o favor de avaliares a possibilidade de realizarmos as seguintes acções de desconto imediato (ou melhor dizendo preço riscado).
Período da acção : de 28 de Janeiro a 10 de Fevereiro.
Insígnias : todas.
Conceito da acção : desconto imediato de 20%.
Artigos :
Vinho do Douro Burmester Tinto DOC (código 736063) | PVP recomendado : 4,49€ (3,59€ com o desconto) | Investimento AB : 0,90€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.

Porto Burmester Tawny (código 446722) | PVP recomendado : 5,49€ (4,39€ com o desconto) | Investimento AB : 1,10€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Obg. e melhores cumprimentos,

1068. A análise do documento ActiveBrands1485, *supra*, deve ser conjugada com a efetuada ao documento ActiveBrands1531, *infra*:

Autoridade da Concorrência

RE: Proposta Acções Cartão

From:
To:
Date: Wed, 09 Jan 2013 15:32:04 +0000

Boa tarde
Na sequência da nossa conversa telefónica peço-lhe o favor de avançar com 15% de 28 de Janeiro a 10 de Fevereiro.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quarta-feira, 9 de Janeiro de 2013 11:13
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão

Bom dia,
25% durante 10 dias.
Faça por favor a sua proposta.

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail:

From:
Sent: terca-feira, 8 de Janeiro de 2013 10:52
To:
Subject: RE: Proposta Acções Cartão

Bom dia
Não lhe parece mais eficaz 15% durante duas semanas do que 25% durante uma semana?
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terca-feira. 8 de Janeiro de 2013 10:12
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão

Boa tarde,
15% achamos que não é diferenciador. Preferimos um período menor, mas com acções mais fortes.
Pedia que reformulasse o seu mail.

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From:
Sent: terca-feira, 8 de Janeiro de 2013 9:52
To:

Subject: RE: Proposta Acções Cartão

Bom dia
25% não consigo. Nesse caso reformulo para 15%.
Período da acção : de 28 de Janeiro a 10 de Fevereiro.
Insígnias : todas.
Conceito da acção : 15% de desconto em cartão.
Artigos :
Vinho do Douro Burmester Tinto DOC (código 3637248) | PVP recomendado : 4,49€ | Investimento AB : 0,67€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Porto Burmester Tawny (código 2219960) | PVP recomendado : 5,49€ | Investimento AB : 0,82€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 7 de Janeiro de 2013 18:40
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão

Boa tarde,
Não trabalhamos com acções de 20%. Quer reformular a proposta para 25%?
Obg

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From:
Sent: segunda-feira, 7 de Janeiro de 2013 17:50
To:
Cc:
Subject: Proposta Acções Cartão

Boa tarde
Se possível peço o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos as seguintes acções em cartão.
Período da acção : de 28 de Janeiro a 10 de Fevereiro.
Insígnias : todas.
Conceito da acção : 20% de desconto em cartão.
Artigos :
Vinho do Douro Burmester Tinto DOC (código 3637248) | PVP recomendado : 4,49€ | Investimento AB : 0,90€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Porto Burmester Tawny (código 2219960) | PVP recomendado : 5,49€ | Investimento AB : 1,10€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Obg. e melhores cumprimentos,

1069. Fazendo um exercício comparativo entre os referidos *e-mails*, verifica-se que, a 7 de janeiro de 2013, a Active Brands envia uma proposta semelhante às visadas Auchan e MCH, propondo-lhes um período de ação promocional bem como a percentagem de desconto a aplicar sobre o PVP indicado e o montante do financiamento do fornecedor.

1070. Considerando que a Auchan aceitou o valor proposto e a MCH considerou que o mesmo «*não é diferenciador*», a Active Brands procede a uma reformulação da proposta quanto ao valor do desconto e do financiamento relativamente a esta visada, mantendo sempre o PVP «recomendado» para todas as insígnias.

1071. Verificados os PVP recomendados constantes de ambas as propostas aceites (4,49 euros para «*Douro Burmester Tinto DOC*» e 5,49 euros para «*Porto Burmester Tawny*»), e constando em ambos os casos a menção «***Insígnias: todas***», fica claro a indicação de PVP é igual para as insígnias. (destaque da AdC)

1072. Fica, portanto, demonstrado que a comunicação bilateral/vertical entre fornecedor e distribuidores não retrata o efetivo contexto da negociação no âmbito do presente processo, sendo a prova explícita de que essa realidade negocial envolvia uma dimensão horizontal, na medida em que se transmitia a todas as insígnias o PVP a praticar, a duração do período do alinhamento desse PVP, bem como o montante e modo de financiamento por parte da Active Brands/Gestvinus relativamente à ação em causa.

1073. Veja-se também o documento MCH2094, de 9 de maio de 2016, com o assunto «*RE: Marques de Borba e Tons do Duorum*», *infra* descrito no §§1701, no qual, na sequência da obtenção de resultados de diligências de monitorização (prática que será melhor analisada no capítulo III.3.1.4 *infra*), uma colaboradora da MCH dirige-se à Active Brands referindo: «*O shopping que tenho recebido destes artigos mantem se sem alterações. Face a esta situação que já dura a 1 mês pelo menos, precisamos de rever condições de preço de compra para acompanhar o mercado. Aguardamos a vossa melhor proposta que garanta competividade e sem degradação da margem*».

1074. Na sequência deste pedido, responde a Active Brands que: «*O reposicionamento está a demorar um pouco mais do que o previsto. No caso da Sonae, o reposicionamento não significou uma degradação da condição de compra. Informo logo que tenha desenvolvimentos. Obg. e melhores cumprimentos,* [Diretor Off-Trade - Active Brands]». Face a esta resposta do

fornecedor, a MCH responde que «*Entendemos o que nos diz, mas precisamos apesar de não termos um degradação de margem temos um problema cronico de margem nestes artigos que temos de resolver. Se não conseguimos pela via do pvp , devemos tentar uma solução de rebaixa de preço de compra. Aguardamos uma solução para o dia de amanhã, pois não consigo manter este preço por mais tempo*».

1075. O conteúdo do *e-mail* ora transcrito evidencia claras referências à prática de concertação de PVP levada a cabo pelas visadas, sendo explícita a menção ao «*reposicionamento*» que «*está a demorar um pouco mais do que o previsto*» e à necessidade de resolver o problema da margem de lucro da MCH, «*pela via do pvp*» ou pela «*rebaixa de preço de compra*». Estas referências demonstram claramente que, nas negociações entre Active Brands e insígnias (neste caso, a MCH), a existência de uma harmonização no mercado ao nível dos PVP era necessária e uma condição para a manutenção das relações comerciais entre ambas as partes.

1076. Razão pela qual não se verifica, ao contrário do que alegam a MCH e a Pingo Doce, uma negociação exclusivamente bilateral presidida pelos interesses próprios dos distribuidores e do fornecedor, sendo aquela antes influenciada pelo contexto e interesse comum de todos na implementação do mesmo PVP.

1077. A análise do documento ActiveBrands1370, no qual a Marketing Manager da Active Brands informa o Diretor *Off-Trade* [Diretor Off-Trade - Active Brands] que «(…) [c]*onforme anteriormente falado, a marca Jim Beam necessita de ser reposicionado no off trade. Nesse sentido, a partir de 1 de Julho, o novo Net Price deverá ser de 4,20€.A marca deverá ser reposicionada para um PVP de 13,99€ em preço regular e 12,99€ em preço promocional* (…)» tem de ser necessariamente integrada com a dos documentos ActiveBrands944 e restantes[596] supramencionados nos §§929 e 1060 da presente Decisão.

1078. Ainda que se trate de um *e-mail* interno, o contexto que lhe subjaz e o consequente envio da informação dele constante para as insígnias, em conformidade com as indicações internas da Active Brands, demonstram de forma evidente que este fornecedor definia o posicionamento de PVP (que não era uma mera recomendação, mas, como se tem vindo a demonstrar, um verdadeiro PVP fixo) para os seus produtos, transmitindo-o às diversas empresas de distribuição.

1079. As correlações estabelecidas nos §§ *supra* revelam que, ao proceder ao envio de *e-mails* com condições promocionais similares, subordinadas à prática do mesmo PVP, a Active Brands pretende inequivocamente implementar junto de todas as insígnias os PVP que lhes «*recomenda*» e que estas anuem à referida implementação na convicção de que as concorrentes igualmente o farão (cf. documentos ActiveBrands227, ActiveBrands234, ActiveBrands235, ActiveBrands236, ActiveBrands1122 , ActiveBrands795, ActiveBrands794, ActiveBrands278, ActiveBrands242, ActiveBrands1484, ActiveBrands241, Active Brands1531, ActiveBrands1481, ActiveBrands1479, ActiveBrands1538, ActiveBrands1473,

[596] Cf. documentos ActiveBrands933, ActiveBrands945, ActiveBrands946, ActiveBrands947.

ActiveBrands1474, ActiveBrands248, ActiveBrands249, ActiveBrands626, ActiveBrands260, ActiveBrands420, ActiveBrands361, ActiveBrands399, ActiveBrands1485, ActiveBrands41, melhor analisados no capítulo subsequente).

1080. Não se pode sequer conceber que estejam em causa meras situações pontuais. De facto, o registo comportamental demonstrado mantém-se ao longo do período da infração, sabendo (e pretendendo) as insígnias que os PVP são (sejam) transversalmente divulgados no mercado, inexistindo qualquer alteração de comportamento durante aquele período, o que revela a consolidação deste *modus operandi* no mercado no qual se enquadram os comportamentos em análise.

1081. Recordem-se a este propósito, entre outros, o teor dos documentos ActiveBrands894[597], ActiveBrands892[598], ActiveBrands943[599], ActiveBrands1046[600].

1082. Não se contesta, portanto, que estas comunicações sejam formalmente bilaterais, uma vez que a relação vertical da Active Brands com cada empresa de distribuição visada é utilizada como elo de ligação entre as insígnias concorrentes.

1083. Efetivamente, existe uma definição e comunicação pela Active Brands acerca do PVP a praticar e é patente a motivação para a prática desse PVP pelas insígnias (o alinhamento de preços no mercado).

1084. Adicionalmente, no que respeita aos argumentos da Pingo Doce relativos ao regime das PIRC, importa evidenciar que, ainda que se trate de uma conclusão óbvia, as obrigações legais resultantes desse regime não excluem a margem de liberdade – e a própria obrigatoriedade, ao abrigo do regime jurídico da concorrência – que as empresas de distribuição visadas têm para determinar autonomamente os seus próprios PVP, sem estarem condicionadas pelo alinhamento das suas concorrentes ou pela necessidade de se alinharem pelo preço definido ou articulado com o fornecedor.

1085. Acresce que a matéria de facto provada nos autos demonstra que as 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.

1086. As referências a potenciais vendas com prejuízo 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.

1087. Improcede, assim e por conseguinte, o argumento da Pingo Doce no sentido de demonstrar que este era um dos principais objetivos da aplicação de mecanismos que

[597] Cf. §§924 e ss. da presente Decisão.

[598] Cf. §§928 e ss. da presente Decisão.

[599] Cf. §§990 e ss. da presente Decisão.

[600] Cf. §§992 e ss. da presente Decisão.

utilizavam o PVPR como referência nas negociações comerciais entre distribuidores e fornecedores.

1088. Ora, decorre do exposto na presente Decisão que a AdC, com base na prova produzida, tem uma perspetiva diferente daquela das empresas visadas sobre o impacto do contexto jurídico-económico nos comportamentos investigados[601].

1089. Onde as empresas visadas identificam um substrato legítimo e lícito para os comportamentos, a AdC identifica provas concretas de coordenação/concertação e da implementação efetiva da mesma, suportadas por um alto nível de concentração, pesados custos operacionais e investimentos em capitais fixos (conforme admitido pelas próprias visadas – cf. §§681 a 690 *supra*), a supremacia de uma perceção de preços baixos e promoções, grande transparência e disseminação dos meios de comunicação.

1090. Realmente, como refere a Pingo Doce, «[c]*omo os recursos económicos dos portugueses não aumentaram e, antes pelo contrário, até diminuíram, e acentuadamente (pelo menos entre o período 2008-2015), tornou-se patente que o aumento do [Confidencial – estratégia comercial da visada] e da [Confidencial – estratégia comercial da visada]*»[602].

1091. Neste contexto, ao fornecedor interessa a manutenção de um determinado nível de preço para os seus produtos, que lhe garanta o máximo de rentabilidade possível; às empresas de distribuição interessa a manutenção das suas margens comerciais e a garantia de que as suas concorrentes mantêm os PVP alinhados com os seus, de forma a que nenhuma tenha preços mais baixos.

1092. Da análise da globalidade da prova resulta uma delegação, pelas empresas de distribuição visadas, da definição dos PVP dos produtos da Active Brands neste fornecedor, sob a condição de manutenção das margens de comercialização e da transversalidade da implementação do PVP no mercado (veja-se o documento ActiveBrands944, *supra* descrito junto de outros documentos no §930).

1093. No mais, são rebatidos pela factualidade acima descrita e pelos argumentos constantes do presente capítulo os argumentos das defesas, *maxime* o evidenciado nos §§920 a 927, sustentado nos suprarreferidos documentos ActiveBrands1297, ActiveBrands1092, ActiveBrands247, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands895 e ActiveBrands788.

1094. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que a Active Brands definia e enviava às empresas de distribuição verdadeiros PVP fixos, bem como determinadas condições comerciais para a realização de ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP e que as insígnias os adotavam de forma livre, espontânea e esclarecida em função de uma concertação, alcançada através desse mesmo

[601] Cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão.

[602] Cf. §210 da PNI Pingo Doce.

fornecedor, que reúne a participação de todas na prossecução do objetivo comum de alinhamento de PVP no mercado.

1095. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo à definição e comunicação dos PVP e que as provas que sustentam a factualidade em causa contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência, nos termos que se qualificam *infra* no capítulo do Direito.

III.3.1.3.2 Alinhamento horizontal dos PVP

1096. Conforme resulta do capítulo anterior e se demonstrará em detalhe *infra,* as empresas de distribuição visadas recorrem aos PVP definidos pelo fornecedor (Active Brands), ou com este articulados, como referência para a convergência dos posicionamentos dos PVP no mercado.

1097. Com efeito, a aceitação e implementação pelas empresas de distribuição visadas dos PVP fixados e transmitidos pela Active Brands ou com esta concertados está condicionada à circunstância de os seus concorrentes praticarem igual preço, o que permite concluir que o intuito de todos os intervenientes é a aplicação transversal ao mercado dos mesmos PVP.

1098. Para esse nivelamento transversal dos preços no mercado contribuem o já amplamente demonstrado envio, pelo fornecedor, dos PVP ou de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP a diversas empresas de distribuição em simultâneo, o condicionamento pelas empresas de distribuição do seu PVP ao alinhamento das concorrentes, bem como os constantes pedidos de «*verificação*» do PVP desviado, reiterando o PVP «*recomendado*».

1099. Tal nivelamento é também atingido através da concertação prévia entre a Active Brands e as empresas de distribuição tendo em vista o alinhamento de PVP, a comunicação pela Active Brands às empresas de distribuição do PVP (e a data de marcação/implementação de tal PVP) a praticar pelas suas concorrentes e a apresentação de talões como comprovativo de tal posicionamento/alinhamento de PVP, ou, ainda, a indicação expressa de que se trata de um preço para conter os concorrentes e evitar que o mercado resvale (mediante respostas dos concorrentes em retaliação pelo desvio).

1100. Constam dos autos diversos elementos de prova que demonstram estas condutas.

1101. Veja-se o documento ActiveBrands224, que consiste numa troca de *e-mails* entre um colaborador da Auchan e o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, entre os dias 15 e 29 de outubro de 2008, com o assunto «*FW: Inventário Amoreiras dia 21 de Outubro às 5 horas*».

1102. Neste âmbito, a Auchan envia a vários fornecedores, incluindo a Active Brands, um pedido de colaboração para realização de inventário e, na ausência de resposta, reencaminha a seguinte mensagem: «[c]*aros fornecedores conforme no e-mail abaixo tinha solicitado a vossa colaboração para o Inventário, estou agora a agradecer a vossa não colaboração. Como tal espero que compreendam que da parte da loja não irá haver disponibilidade ou vontade para vos ajudar em alinhamentos de preços, colocação de expositores ajustes de linear, etc….*» (sublinhado da Autoridade).

1103. Relativamente ao tipo de alinhamento de preços em causa e à forma como era operacionalizado entre as empresas visadas, veja-se o documento ActiveBrands1027 que consiste num *e-mail* interno de 19 de outubro de 2009, com o assunto «*PVP Sonae*», trocado entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e vários *KA* da Active Brands, no qual se lê:

PVP Sonae

From:

To:

Bcc:
Date:
Attachments: Talão2.pdf (210,87 kB)

Equipa,

A Sonae actualizou hoje os preços de dois artigos.

CR&F passou para 12,99€ com o compromisso de actualização PD na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um). Este PVP é importante por várias razões…desde logo por razões de rentabilidade mas também porque baliza o primeiro folheto de Natal deste artigo (Dia a meio de Novembro). Importante que recomendem este PVP nas lojas Intermarché e Jumbo (em especial Gaia e Alfragide).

Beirão passou para 9,49€ mas não consegui compromisso PD para esta quarta-feira. É provável que entre um cartão Sonae de 5% até à próxima semana. Tentarei que actualizem no dia 28.

Um abraço,

1104. O referido *e-mail* contém em anexo o seguinte talão comprovativo da atualização de preços na MCH relativamente aos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands «*CR&F*» e «*Licor Beirão*» nos termos referidos na mensagem do *e-mail*:

Modelo

ALVERCA
Solaris - Supermercados, SA
Cont. 504 372 858
Telefone: 21 993 74 40

Bebidas:

20% 2050049 AGUARD CR&F	12,99
20% 2050175 LICOR BEIRAO	9,49
TOTAL(002)	22,48
Cartao Credito	22,48
TROCO	0,00

ESTE TALAO FOI OBJECTO DE FACTURA
Nro: 011004140

09101901114100028903

MODELO - ALVERCA

EN 10 - KM 129,6
ALVERCA
Número Fiscal de Contribuinte: 504372858
Terminal Pagamento Automático: 00388242
Data: 2009/10/19 Hora: 09:42:46
Período:050 Transacção:002 Mensagem:172
Número Comerciante: 0001453364
* * *
COMPRA-CHIP 00/00

Cartão 00 ************7685/38 Op.:00020
A0000000041010
MASTERCARD
Conta/Autorização: AUT:068485
BANCO BPI
EUR: 22,48
MASTERCARD CR N

REDUNICRE: 35 ANOS
SEGURANCA E RAPIDEZ
* * *
***** OBRIGADO *****

289 011 141000 001607 09:42 19/10/09
1850067774630 - 100040207820522
AGRADECEMOS PREFERENCIA,Patricia Rebelo
IVA INCLUIDO
Talao Indispensavel para troca
Prazo de devolucao: 15 dias
*** OBRIGADO ***

Saldo do Cartao
€10,83
€10.83 Saldo disponivel

1105. No dia seguinte (cf. documento ActiveBrands1024), o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia o *e-mail* cujo conteúdo se transcreve *infra* a um dos seus *KA*:

No Subject-17.EML

From:

To:
Date: Tue, 20 Oct 2009 12:19:17 +0100

É provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€.
Como vou estar fora peço o favor de verificares. Manda-me um sms e envia-me o talão se não te importares (e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan). Envia também para a Drª. da Sonae com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega junto envio talão CR&F PD 12,99". De seguida falarei com o Dia para me certificar que o folheto sai a esse preço. E-mail : @sonaedistribuicao.pt
Obg. e um abraço,

1106. Deste modo, uma vez que «*é provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€*» nos termos acordados com esta empresa de distribuição, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita ao seu *KA* que verifique a efetiva implementação desse preço pela Pingo Doce e obtenha o respetivo talão comprovativo, o qual se destina a «*ser usado*» nas lojas Intermarché[603] e Auchan, a ser enviado à MCH em conformidade com o pedido por esta empresa de distribuição (depois veiculado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands) e ainda a ser utilizado pelo referido Diretor para se certificar que o folheto Dia/Minipreço «*sai a esse preço*».

1107. Poucos minutos depois, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia um *e-mail* ao seu contacto na Pingo Doce com o assunto «*PVP recomendado Aguardente Reserva CR&F 12,99€*», o qual revela já ter existido uma conversa telefónica na semana anterior sobre o mesmo tema, relembrando a Pingo Doce para alterar o PVP do produto «*CR&F*» (documento ActiveBrands1025):

[603] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

PVP recomendado Aguardente Reserva CR&F 12,99€

From:

To:
Bcc:
Date: Tue, 20 Oct 2009 12:22:25 +0100

Bom dia

Na sequência da nossa conversa telefónica no final de semana passada peço-lhe o favor de verificar o PVP da Aguardente Reserva CR&F. O PVP que actualmente recomendamos é 12,99€.

Obg. e melhores cumprimentos,

1108. Em seguida e na mesma data, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia o seguinte *e-mail* à MCH (documento ActiveBrands1019): «[a] *actualização da CR&F para 12,99€ está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã). Relativamente ao Beirão não houve compromisso para amanhã pelo que lhe peço o favor, se possível, de carregar 5% em cartão neste artigo durante a semana de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 0,47€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado)*».

1109. No dia seguinte (21 de outubro de 2009), a Active Brands transmite à MCH: «[o] *PVP de CR&F infelizmente não foi alterado. Peço-lhe mais alguma paciência e o favor de carregar 10% em cartão neste artigo de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 1,30€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado)*» (cf. documento ActiveBrands1019).

1110. Ainda assim, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands tentou novamente contactar a mesma colaboradora da Pingo Doce (por via telefónica e por *e-mail*), de forma a garantir o efetivo reposicionamento/alinhamento de PVP (cf. documento ActiveBrands1026).

1111. Sem prejuízo do alinhamento em causa não ter sido implementado com sucesso nos termos concertados, do conteúdo dos documentos que acabam de transcrever-se resulta que *(i)* foi articulado e consensualizado, pelo menos, entre a Active Brands, a MCH e a Pingo Doce um alinhamento de PVP (12,99 euros) para um produto distribuído/comercializado pela Active Brands («*CR&F*»); *(ii)* a MCH deu a sua anuência quanto ao alinhamento na condição de a sua concorrente Pingo Doce praticar igual preço, a qual lhe foi previamente confirmada pela Active Brands («[a] *Sonae actualizou hoje o preço de dois artigos. CR&F passou para 12,99€ com o compromisso de actualização PD na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um)*») e implementou o mesmo, conforme resulta do talão comprovativo de que a Active Brands dispunha; *(iii)* a Pingo Doce transmitiu à Active Brands, pelo menos inicialmente e provavelmente por via telefónica *(«na sequência da nossa conversa telefónica no final da semana passada»*), a sua disponibilidade para seguir o mesmo preço (tendo-se depois desviado do concertado)*; (iv)* como tal, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicitou expressamente ao seu contacto na Pingo Doce que esta cadeia cumprisse com o

alinhamento concertado, reiterando o preço que deveria ser seguido; *(v)* o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicitou ainda aos seus *KA* a recolha de talão comprovativo do alinhamento pela Pingo Doce, tendo em vista a respetiva utilização nas lojas da Auchan e Intermarché e o envio à MCH, comprometendo-se, ele próprio, a falar diretamente com a Dia/Minipreço para assim garantir o alinhamento entre as referidas empresas de distribuição; e *(vi)* a Active Brands e a MCH tentaram que a Pingo Doce se comprometesse com outro alinhamento relativamente a outro produto distribuído/comercializado pela Active Brands («Licor Beirão»), mas, sem sucesso, planearam envidar novos esforços nesse sentido em data próxima («*Beirão passou para 9,49€* [na MCH] *mas não consegui compromisso PD para quarta-feira. É provável que entre um cartão Sonae de 5% até à próxima semana. Tentarei que atualizem no dia 28*»)[604].

1112. Refira-se, desde já, que resulta dos autos que o envio pela Active Brands às várias empresas de distribuição de talões comprovativos do PVP praticado pelos concorrentes é um mecanismo recorrentemente utilizado pelas visadas para o constante alinhamento/realinhamento de PVP (razão pela qual é incluído/referido nos acima transcritos documentos, bem como em várias outras situações que se seguem *infra*), o que se demonstrará ao longo do presente capítulo e resulta também patente do exposto no capítulo III.3.1.4, relativamente aos mecanismos de monitorização e correção de desvios ao PVP.

1113. O documento ActiveBrands638 consiste numa troca de *e-mails* entre os dias 18 e 24 de fevereiro de 2010, sobre o assunto *«RE: Visita Loja de Alfragide»*, em que um *KA* da Active Brands dá nota ao seu interlocutor da Auchan de que a loja do Jumbo/Auchan de Alfragide já poderia aumentar o PVP do produto «Licor Carolans» para os PVP praticados pela MCH e a Pingo Doce:

[604] Refira-se que o investimento da Active Brands em ações em cartão realizadas pela MCH funciona como um mecanismo de compensação para os casos – como o presente – em que aquele fornecedor não consegue assegurar o alinhamento das restantes insígnias. Esta dinâmica operacional entre a Active Brands e as insígnias vem confirmada pelo acervo probatório que indica que as insígnias pressionam o fornecedor para obter melhores condições comerciais sempre que detetam desvios de PVP no mercado (face ao concertado), os quais o fornecedor não consegue corrigir, conforme melhor desenvolvido no capítulo III.3.1.5.

De: @auchan.pt]
Enviada: quinta-feira, 18 de Fevereiro de 2010 14:45
Para:
Assunto: RE: Visita Loja de Alfragide

Aqui vai a resposta

Abraço

De: @activebrands.pt]
Enviada: quinta-feira, 18 de Fevereiro de 2010 1:01
Para:
Assunto: Visita Loja de Alfragide

Como combinado envio algumas considerações sobre a vossa loja:

845.801 Cachaça Mangaroca — Em rotura ou COD bloqueado?

BLOQUEADO

70.487 Licor Carolans 8,98 no Jumbo Alfragide — PVP no mercado 9,48 em PD e 9,49 MCH

OK

Sobre a proposta em Casa Burmester, ainda estou a ultimar alguns aspectos. Espero dar noticias brevemente sobre a nossa proposta.

Abraço,

1114. O conteúdo do documento que acaba de transcrever-se demonstra que: *(i)* o PVP praticado pela Auchan relativamente a um dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands não estaria, à data do referido *e-mail*, alinhado com o restante mercado; *(ii)* facto que levou a que a Active Brands enviasse à Auchan um pedido de reposicionamento de PVP para o produto em causa, em linha com o que estaria a ser praticado pela MCH e a Pingo Doce; *(iii)* o colaborador da Auchan deu a sua anuência (respondendo a azul no corpo do *e-mail* enviado pela Active Brands: «*OK*»), indicando assim que iria alinhar o seu preço com as já referidas empresas de distribuição visadas.

1115. Outro exemplo consta do documento ActiveBrands880, de 26 de fevereiro de 2010, o qual consiste num *e-mail* enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à sua equipa de *KA* com o assunto «*PVP PD LB-Loios*»:

PVP PD LB - Loios

From:

To:

Bcc:
Date: Fri, 26 Feb 2010 12:39:20 +0000

Equipa,
PD altera no próximo dia 3 de Março LB para 9,48 e Loios para 2,98.
Produzam as necessárias recomendações nas lojas (comprovem com talões se necessário). Vou falar com as centrais.
Um abraço,

1116. Do teor do referido *e-mail* resulta que existiu uma combinação prévia entre a Active Brands e a Pingo Doce referente ao PVP a praticar pela referida insígnia na venda dos produtos «Licor Beirão» (9,48 euros) e vinho «Loios» (2,98 euros) em determinada data (3 de março de 2010).

1117. Adicionalmente, o Diretor de *Off-Trade* da Active Brands ordena que a equipa produza «*as necessárias recomendações nas lojas (comprovem com talões se necessário)*», comprometendo-se a «*falar com as centrais*».

1118. Ora, face à já referida função dos talões enquanto instrumento para o alinhamento[605], tal referência às «*recomendações nas lojas*» e a «*falar com as centrais*» utilizando talões como comprovativo «*se necessário*» permite constatar, com clareza, que a articulação em causa entre a Active Brands e a Pingo Doce tinha em vista um alinhamento mais amplo no restante mercado retalhista (*i.e.,* que as lojas/centrais de outras empresas de distribuição seriam contactadas e ser-lhes-iam enviados, se necessário, talões comprovativos do PVP praticado pela Pingo Doce como forma de, pelo menos, promover o alinhamento entre o PVP das mesmas e o da Pingo Doce).

1119. Esta utilização de talões comprovativos demonstra, simultaneamente, o caráter vinculativo das «*recomendações*» de PVP, que têm necessariamente que ser cumpridas de forma a permitir a recolha de talões comprovativos que serão posteriormente enviados às restantes insígnias. Ou seja, contraria o teor literal da palavra recomendação, que funciona, na realidade e conforme decorre da prova, como um verdadeiro preço fixo.

[605] Cf. documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1019 e ActiveBrands1024 suprarreferidos.

1120. Neste sentido, veja-se o documento ActiveBrands879, que versa precisamente sobre uma tentativa de alinhamento junto da Intermarché[606] relativa ao mesmo produto («*Licor Beirão*») e ao mesmo PVP (9,48 euros), referidos no documento que acaba de transcrever-se. Trata-se de um *e-mail* de 10 de março de 2010, enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands à sua equipa de *KA*, com a seguinte mensagem:

PVP Intermarché

From:

To:

Bcc:
Date: Wed, 10 Mar 2010 16:16:00 +0000

Equipa,
Falei agora com o Intermarché. Para actualizar LB 9,48 precisa de talão 9,48 de Jumbo de Famalicão e Jumbo de Setúbal – logo que possível enviem.
Obg. e um abraço,

1121. Do referido documento resulta que a anuência da Intermarché relativamente ao PVP fixado pela Active Brands e já concertado com a Pingo Doce (e a consequente subtração ou limitação de liberdade de determinação dos preços praticados pela Intermarché) está dependente da garantia de idêntico reposicionamento pela Auchan para o produto «*Licor Beirão*», pelo que o Diretor *Off-Trade* dá instruções à sua equipa para obtenção de talão comprovativo em duas lojas do Jumbo/Auchan «*logo que possível*».

1122. Os documentos ActiveBrands673 e ActiveBrands786 contêm uma cadeia de *e-mails* entre os dias 17 e 18 de junho de 2010 sobre o assunto «*FW: Porto Velhotes 4,19*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita a uma colaboradora da MCH o reposicionamento dos PVP praticados por esta empresa de distribuição em relação aos produtos «Porto Velhotes» e «Licor Beirão», de forma a conseguir garantir a manutenção do alinhamento de preços (mais altos) com a Pingo Doce e a Dia/Minipreço:

[606] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From:
Sent: quinta-feira, 17 de Junho de 2010 18:39
To:
Subject: Porto Velhotes 4,19

Boa tarde
Verifiquei na loja MCH da Amadora que marcava Porto Velhotes a 4,19. Assim não consigo manter 4,69 PD e Dia.
De igual forma que em algumas lojas se verifica Beirão < 9,48 (assim não consigo manter 9,48).
Peço-lhe o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

1123. Em resposta ao referido pedido, outra colaboradora da MCH responde ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands relativamente a um dos produtos desalinhados («Porto Velhotes»), o seguinte: «[n]*o que se refere ao Porto Velhotes o PVP de 4.19€ deve-se ao PVP do JUMBO da Amadora e do JUMBO de Cascais, conforme shopping enviado dia 16/06/2010*». Deste modo, resulta deste documento que a MCH havia decidido não alinhar o seu PVP de acordo com o indicado pela Active Brands em relação ao produto «*Porto Velhotes*» como reação ao preço desviado praticado pela Jumbo/Auchan, que foi monitorizado e cujo *shopping* foi, inclusivamente, reportado à Active Brands [607].

1124. Quanto ao segundo produto em causa («Licor Beirão»), uma terceira colaboradora da MCH confirma à Active Brands o reposicionamento do PVP para o dia seguinte, de acordo com o solicitado (subindo o preço que se encontrava abaixo de 9,48 euros):

FW: Porto Velhotes 4,19

From:
To:
Cc:
Date: Fri, 18 Jun 2010 12:10:14 +0100

O PVP 9.48 vai ser reposicionado para amanhã.

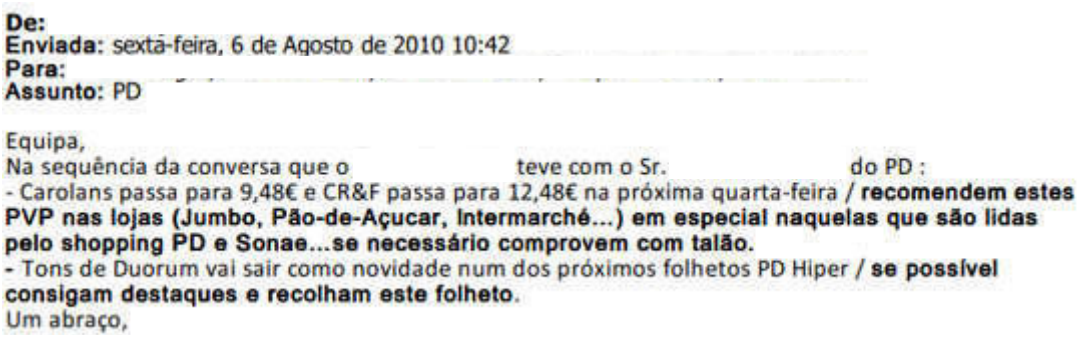
Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tlf.
Email: @sonaemc.com

[607] Conforme detalhado *infra* nos capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5, as empresas de distribuição reportavam o seu *shopping* à Active Brands de forma a pressionar esta empresa a corrigir desalinhamentos de PVP por parte de empresas concorrentes face ao concertado.

1125. Do conteúdo dos documentos que acabam de transcrever-se resulta que a MCH verificava os PVP praticados pela concorrência, reagia aos desvios detetados e aceitava reposicionar os seus PVP na condição de a Active Brands garantir o alinhamento geral do mercado (*i.e.*, no caso, que a Active Brands mantivesse alinhado o PVP da Pingo Doce e da Dia/Minipreço a 9,48 euros no produto «Licor Beirão»).

1126. No documento ActiveBrands780, que consiste numa cadeia interna de *e-mails* (Active Brands) de 6 e 17 de agosto de 2010 com o assunto «*RE:PD*», pode ler-se o seguinte:



De:
Enviada: sexta-feira, 6 de Agosto de 2010 10:42
Para:
Assunto: PD

Equipa,
Na sequência da conversa que o teve com o Sr. do PD :
- Carolans passa para 9,48€ e CR&F passa para 12,48€ na próxima quarta-feira / **recomendem estes PVP nas lojas (Jumbo, Pão-de-Açucar, Intermarché…) em especial naquelas que são lidas pelo shopping PD e Sonae…se necessário comprovem com talão.**
- Tons de Duorum vai sair como novidade num dos próximos folhetos PD Hiper / **se possível consigam destaques e recolham este folheto.**
Um abraço,

1127. Do teor deste documento resulta que: *(i)* o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite aos seus *KA* que o Diretor Geral/Administrador da Active Brands e o Diretor da Pingo Doce «*conversaram*» e concertaram um reposicionamento do PVP a praticar pela referida empresa de distribuição em produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, aplicável a partir de determinada data; *(ii)* a referida concordância está condicionada à garantia pela Active Brands do alinhamento de PVP no Jumbo/Auchan e na Intermarché[608], que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands encarrega a sua equipa de promover (em particular nas lojas monitorizadas pela Pingo Doce e pela MCH – «*lidas pelo shopping PD e Sonae*»), e ainda à necessidade de providenciar talões (comprovativos desse alinhamento), sempre que as circunstâncias o exijam («*se necessário comprovem com talão*»).

1128. Mais, constata-se da leitura do documento que acaba de transcrever-se que a indicação dos PVP pela Active Brands 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 «*recomendem estes PVP nas lojas (Jumbo, Pão-de-Açucar, Intermarché…) em especial naquelas que são lidas pelo shopping PD e Sonae…se necessário comprovem com talão*», entende-se como prática comum do mercado a realização de uma monitorização por parte das empresas de distribuição, com vista a assegurar o cumprimento dos PVP indicados pela Active Brands, promovendo e garantindo a verificação de um alinhamento horizontal dos mesmos (o que será melhor desenvolvido *infra* no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

[608] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1129. De referir que, não obstante o acordado na referida reunião, a Active Brands constata posteriormente que a Pingo Doce parece não ter implementado o PVP em causa nos referidos produtos. Sem prejuízo, a Pingo Doce aceitou reposicionar o produto «Loios» (na loja de Linda-a-Velha) de acordo com o PVP indicado pelo *KA* da Active Brands (subindo assim o preço de 2,89 euros para 2,98 euros):

RE: PD

From:
To:
Date: Tue, 17 Aug 2010 18:34:21 +0100

A conversa do com o Sr. , não teve o efeito esperado.... Continuamos com o Carolans a 8,98 e CR&F a 11,98.

Aproveito para te informar que a Loja de L-a-Velha, não sei como voltou a colocar etiqueta de Loios a 2,89. Mas, depois de comunicado com o gerente da loja acabei por conseguir retirar a etiqueta e colocar a correcta com a informação de 2,98. Se necessitares tenho comigo a prova de compra ao dia de hoje.

Abraço,

Key Account

1130. No mesmo sentido, veja-se o teor dos documentos MCH1503 e ActiveBrands113, que consistem numa conversa entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e a pessoa de contacto da MCH, ocorrida entre 19 de outubro e 3 de novembro de 2010. No âmbito de negociações relativas a um potencial extra-investimento pela Active Brands, e na sequência da reunião presencial entre as duas empresas na semana anterior, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands faz a seguinte solicitação: «[n]*o caso do Brandy 1920 em concreto peço-lhe o favor de ajustar o PVP (actualmente recomendamos [0-10]€)*».

1131. Em resposta a esta indicação de PVP, a MCH refere que «[r]*elativamente ao Brandy 1920 vamos analisar shopping de modo a verificar qual o comportamento do mercado na referência em questão e dar-lhe-emos uma resposta*».

1132. Tanto assim é que, depois de um procedimento de averiguação da «*proposta de aumento de PVP*» apresentada pela Active Brands nos termos referidos, a MCH reporta que concluiu que a maior parte dos seus concorrentes (Auchan, Pingo Doce e Feira Nova) comercializam o produto em causa a um PVP de 6,49 euros e apenas a Intermarché[609] cumpre o PVP proposto pela Active Brands, mostrando a sua frustração face ao desalinhamento existente*:* «*qual a sua estratégia para normalização de PVP no mercado?*»:

[609] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

De:
Enviada: terça-feira, 2 de Novembro de 2010 14:11
Para:
Cc:
Assunto: FW: Proposta Active Brands 2010
Importância: Alta

Boa tarde

Relativamente à sua proposta de aumento de PVP, após análise ao shopping conclui que apenas o Intermarché tem o PVP 6.99€, toda a restante concorrência, PD / FN / Jumbo, comercializam o artigo ao PVP 6.49€, qual a sua estratégia para a normalização do PVP no mercado?

Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tlf.
Email: @sonaemc.com

1133. Em resposta, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands refere os esforços por si envidados junto da Auchan e da Pingo Doce para promover o reposicionamento/alinhamento do PVP em causa:

RE: Proposta Active Brands 2010

From:
To:
Date: Wed, 03 Nov 2010 10:41:33 +0000

Bom dia
Estamos a produzir recomendação idêntica para PD e (consequentemente) Auchan (PVP >= Constantino).
Melhores cumprimentos,

1134. A MCH acaba por concordar com o posicionamento do PVP deste produto («Brandy 1920») e ainda do «Licor Beirão» nos seguintes termos (sublinhados a amarelo no *e-mail* enviado):

Compensação artigos categoria 308

LICOR BEIRÃO - Valor mínimo 1€ por garrafa vendida ***
AGUARDENTE CR&F RESERVA – Valor mínimo de 1,5€ por garrafa vendida
BRANDY 1920 – Valor mínimo de 0,75 € por garrafa , se o PVP do artigo for normalizado a 6,99€ como indica no seu email

Contrapartida – A titulo de teste . inclusão do Licor Beirão 50 CL na campanha de Natal tendo por base um PVP de 7.49€ e um desconto promocional de 19% durante este período . A SONAE só terá obrigação de compra durante o período de teste do artigo , e se o PVP de mercado deste não suscitar qualquer tipo de desconforto .

1135. Do *e-mail* transcrito (bem como dos já citados documentos ActiveBrands673 e ActiveBrands786), resulta que a MCH aceitava (re)posicionar o seu PVP de acordo com o indicado pela Active Brands, mas apenas no pressuposto desta garantir a prossecução do

objetivo comum de «*normalização*» (*i.e.* da manutenção ou reposicionamento em conformidade) desse PVP no mercado, sinalizando que, caso os PVP praticados pelas outras insígnias causassem «*qualquer tipo de desconforto*» (*i.e*., caso a MCH encontrasse desvios ao PVP alinhado no âmbito da sua constante monitorização e *shopping*), a MCH deixaria de estar vinculada ao PVP concertado e reagiria alterando o seu PVP.

1136. Veja-se ainda o documento ActiveBrands665, que consiste numa conversa ocorrida entre 5 e 11 de janeiro de 2011, com o assunto «*FOHETO LECLERC NACIONAL - VELHOTES 3.99€*», em que uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands a seguinte mensagem: «*para seu conhecimento e análise Print do folheto do Leclerc onde consta o Porto Velhotes a 3.99€, face ao exposto não temos outra hipótese senão reagir ao folheto de 06 a 09 de Janeiro*»[610].

1137. Em resposta, a Active Brands refere que «[t]*ratou-se de uma acção de três dias, no início do ano e numa cadeia sem relevância. Peço-lhe alguma compreensão. Aproveito para recomendar 4,39€ nacional (caso contrário não conseguirei conter PD) ou até mesmo 4,69€ (com o objectivo de reposicionar PD)*».

1138. O conteúdo do documento que acaba de transcrever-se permite demonstrar que a Active Brands levava a cabo as diligências necessárias com vista à manutenção do alinhamento dos PVP no mercado, tentando controlar a reação da MCH a um folheto promocional da concorrência e solicitando à mesma insígnia o reposicionamento dos seus PVP (no sentido da subida dos mesmos), com a garantia de que promoveria idêntico posicionamento junto da Pingo Doce.

1139. Mais, resulta deste *e-mail* que, na prática e como já demonstrado, quando a Active Brands 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 tal recomendação se prende com o objetivo de nivelamento de PVP.

1140. Veja-se ainda o documento ActiveBrands103, de 9 de março de 2011, com o assunto «*FW: PVP Recomendados*» enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands para uma colaboradora da MCH, no qual pode ler-se:

[610] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

FW: PVP recomendados

From:
To:

Date: Wed, 09 Mar 2011 15:41:24 +0000

Equipa,
Reposicionem os preços nas lojas Auchan.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 9 de Março de 2011 15:37
Para:
Cc:
Assunto: PVP recomendados
Importância: Alta

Boa tarde
Uma vez terminada a FQE peço-lhe o favor de verificar o PVP de alguns dos meus artigos.
Actualmente recomendamos :
Vila Santa Syrah (artigo 4472796) **9,99€** - acção sazonal PD terminou a 28 de Fevereiro.
Casa Burmester Reserva Tinto (artigo 2231328) **13,49€** - acção sazonal PD terminou a 28 de Fevereiro.
Tons de Duorum Tinto (artigo 4512626) **3,99€** - FQE JMB terminou a 8 de Março.
Marquês de Borba Tinto (artigo 4290913) **5,89€** - FQE JMB terminou a 8 de Março.
Burmester Tinto (artigo 3637248) **4,99€**.
Obg. e melhores cumprimentos,

1141. O conteúdo do documento que acaba de transcrever-se permite demonstrar que: *(i)* os PVP praticados pela MCH em relação a alguns produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands não estariam, à data do referido *e-mail*, conforme a recomendação desta; *(ii)* facto que levou a que a Active Brands comunicasse à MCH as datas de término das várias ações promocionais da concorrência (no caso, da Auchan e da Pingo Doce) que, na prática, funcionariam como datas para o reposicionamento de PVP nas referidas insígnias de acordo com o recomendado; *(iii)* de modo a garantir um alinhamento de PVP no mercado, a Active Brands solicita expressamente à sua interlocutora na MCH que reposicione o PVP dos produtos mencionados no *e-mail; (iv)* o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dá ainda instruções expressas aos seus *KA* para reposicionarem o PVP da Auchan de forma a garantir o alinhamento também junto desta insígnia, em conformidade com o transmitido à MCH.

1142. O documento ActiveBrands183 consiste num *e-mail* de 16 de maio de 2011, com o assunto «*Subida de Preços Concorrência*», no qual o *KA* da Active Brands envia a vários colaboradores da Auchan um talão da Pingo Doce destinado a comprovar o respetivo posicionamento de PVP e solicitando o alinhamento dos preços da Auchan em conformidade:

Autoridade da Concorrência

Subida de Preços Concorrência

From:

Bcc:

Date: Mon, 16 May 2011 11:48:13 +0100
Attachments: Talão PD.pdf (194,66 kB)

Na virtude da actualização de preços no Pingo Doce no passado dia 13/05, no Licor Beirão 70 cl e CR&F, segue em anexo o talão como comprovativo das mesmas alterações e uma vez que este artigos estão temporariamente suspensos na Soane. Agradeço a reavaliação dos vossos preços.

Obrigado,

| Gestor de Clientes | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

1143. Em anexo ao referido *e-mail* consta a seguinte imagem, correspondente ao talão da Pingo Doce enviado pela Active Brands como comprovativo do alinhamento:

pingo doce
FORUM SINTRA
Total : 22,98
VOLUMES : 3
Apoio ao Cliente - 808 20 45 45
(Serviço disponível 24 horas)
www.pingodoce.pt

1144. O documento ActiveBrands193 consiste numa troca de *e-mails* interna (Active Brands) de 8 e 14 de junho de 2011, com o assunto «*Preços PD*», cujo teor se transcreve *infra:*

Autoridade da Concorrência

Preços PD

From:
To:

Cc:
Date: Wed, 08 Jun 2011 10:00:37 +0100

Equipa,

O PD vai alterar nos próximos dias os preços de alguns dos nossos artigos. **Carolans 9,69€, Porto Velhotes Tawny-Ruby-White 4,99€ e Brandy 1920 7,29€.** É importante que o mercado siga estas recomendações (até para facilitar a reabertura da Sonae). Aguardo confirmação da data exacta (até lá guardem sigilo).

Um abraço,

1145. Do conteúdo do referido documento resulta que a Pingo Doce concertou com o Diretor *Off-Trade* da Active Brands o reposicionamento do PVP de vários produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, depreendendo-se de forma clara que a manutenção desse posicionamento dependerá da garantia do posicionamento para o mesmo nível de preços por parte das empresas de distribuição concorrentes («[é] *importante que o mercado siga estas recomendações*»), pelo que é transmitida à equipa de *KA* a importância de promoverem os PVP em causa junto das referidas empresas quando for concertada a data exata de alinhamento (salientando-se ainda que até lá se trata de uma matéria sigilosa).

1146. Veja-se também o documento ActiveBrands186, que consiste numa conversa entre 14 e 19 de outubro de 2011 com o assunto «*Natal 2011-Fecho*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands comunica a uma colaboradora da Pingo Doce os PVP que deverá adotar de forma a aproximar-se ao recomendado pela Active Brands (preço que, conforme se tem vindo a demonstrar, funciona como ponto de convergência para o mercado) ou, em alternativa, acompanhar a MCH, que tem preços ligeiramente acima ao recomendado, assim promovendo o alinhamento entre as duas insígnias:

De:
Enviada: terça-feira, 18 de Outubro de 2011 09:52
Para:
Assunto: RE: Natal 2011 - Fecho
Importância: Alta

Bom dia
Peço-lhe o favor de verificar o PVP de alguns destes artigos.
Porto Burmester LBV – recomendamos 16,99€ (exemplo Continente 17,99€).
Espumante Cinzano Asti e Brut – recomendamos 8,49€ (exemplo Continente 8,99€).
No caso do Porto Cálem 10 anos recomendamos 18,99€.

1147. No documento ActiveBrands294, de 24 de outubro de 2011, com o assunto «*RE: Imagens de Velhotes*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a uma colaboradora da Dia/Minipreço o «*PVP recomendado*» para a inclusão do produto «*Porto Velhotes*» no folheto de Natal da referida empresa de distribuição e pede confirmação do período do folheto.

1148. Em resposta, a Dia/Minipreço confirma a adoção do posicionamento de PVP transmitido pela Active Brands, sujeito à condição de que a Active Brands informe a Dia/Minipreço «*caso o mercado reposicione noutro valor*» (*i.e.* o posicionamento de PVP está dependente da manutenção desse preço no mesmo nível por partes das empresas de distribuição concorrentes):

FW: Imagens de Velhotes

From:
To:

Cc:

Date: Mon, 24 Oct 2011 17:52:31 +0100

FYI

De:
Enviada: segunda-feira, 24 de Outubro de 2011 17:28
Para:
Assunto: RE: Imagens de Velhotes

Olá

vou colocar no folheto especial de Natal, de 17 de Novembro a 4 de Janeiro, com o pvp de 4,99€.
Informe-me caso o mercado reposicione noutro valor.

Cmpts.

---24-10-2011 16:32:01---Boa tarde Junto envio fotografias de Porto Velhotes Tawny-Ruby-White (embalagem) - PVP recomend

De:
Para
Data: 24-10-2011 16:32
Assunto: RE: Imagens de Velhotes

Boa tarde

Junto envio fotografias de Porto Velhotes Tawny-Ruby-White (embalagem) - PVP recomendado 4,99€.

Pode por favor confirmar o período do folheto?

Obg. e melhores cumprimentos,

1149. O documento ActiveBrands198, que consiste num *e-mail* interno (Active Brands) de 4 de janeiro de 2012, com o assunto «*PVP*», tem o seguinte teor:

PVP

From:
To:

Date: Wed, 04 Jan 2012 15:14:28 +0000

Equipa,
O PD já remarcou CR&F 12,98€, Frangelico 12,98€ e VS 23,49€. Vou pedir à Sonae, ao Dia e ao Auchan para actualizarem. Intermarché julgo que não chegou a baixar. Certifiquem-se por favor que as lojas marcam os preços recomendados (em especial o Auchan).
Obg. e um abraço,

1150. O documento que acaba de transcrever-se é revelador do papel de promoção de alinhamento desempenhado pela Active Brands que, uma vez garantido o reposicionamento de PVP para determinados produtos junto da Pingo Doce, procura alinhar o PVP em conformidade na MCH, na Dia/Minipreço e na Auchan (resultando de todo o já exposto no presente capítulo que o alinhamento por parte destas empresas de distribuição tinha como pré-condição a adoção pela Pingo Doce do PVP indicado pela Active Brands), bem como monitorizar o cumprimento dos referidos PVP.

1151. Deste documento resulta igualmente explícito o caráter vinculativo das «*recomendações*» de PVP da Active Brands: «*Certifiquem-se por favor que as lojas marcam os preços recomendados*».

1152. Particularmente relevante é o documento ActiveBrands119, que consiste no seguinte *e-mail* interno da Active Brands, enviado pelo seu Diretor *Off-Trade* aos seus *KA*, com data de 13 de setembro de 2012 e o assunto *«PVP – Urgente»*:

PVP - URGENTE

From:
To:

Date: Thu, 13 Sep 2012 11:05:35 +0100

e
A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD. podes dar-me uma ajuda (uma vez que o vai estar no Porto)?
O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide. peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)...o fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica.
Obg. e um abraço,

1153. Do conteúdo do *e-mail* transcrito resulta claro que, previamente ao respetivo envio, foi articulado e consensualizado entre, pelo menos, a Active Brands, a MCH e a Pingo Doce um alinhamento de PVP para o produto «*CR&F*» a 13,49 euros, aplicável a partir de determinada data: alteração de 17 para 18 de setembro na MCH e de 18 para 19 de setembro na Pingo Doce («[a] *A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD*"»).

1154. Foi ainda articulado e consensualizado entre, pelo menos, a Active Brands e a Pingo Doce, um nivelamento de PVP para o produto «*Licor Carolans*», aplicável a partir de determinada data (alteração para 9,99 euros de dia 18 para 19 de setembro), o qual ficou condicionado ao «*acerto*» com a Auchan de que este reposicionaria o PVP a 9,54 euros em relação ao referido produto e 13,28 euros para o produto «*CR&F*» no dia 18 de setembro («[o] *PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide*»). O teor do referido *e-mail* permite ainda concluir que a Auchan implementaria o referido PVP mediante o compromisso da apresentação de talão comprovativo do reposicionamento da Pingo Doce («[Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19) ... o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões*»).

1155. Com efeito, os referidos acordos para o alinhamento de PVP estão condicionados ao envio pela Active Brands de talões comprovativos do posicionamento do PVP concertado pelas empresas de distribuição na véspera do dia da entrada em vigor do PVP concertado, no próprio dia da entrada em vigor do PVP concertado ou no dia seguinte: envio de talão

comprovativo do PVP da MCH à Pingo Doce nos dias 18 e 19 de setembro[611] referente à aguardente «CR&F»; envio de talão comprovativo do PVP da Auchan à Pingo Doce no dia 18 de setembro referente à aguardente «CR&F» e «Licor Carolans»; e envio de talão comprovativo do PVP da Pingo Doce ao Jumbo/Auchan no dia 19 de setembro, referente ao «Licor Carolans».

1156. Pelo que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands encarrega a sua equipa de *KA* de proceder à recolha e entrega dos talões em causa, de forma a garantir este alinhamento geral do mercado e evitar *«criar uma bola de neve que a todos prejudica»* (ou seja, evitar reações por parte das empresas de distribuição cumpridoras do PVP concertado com a Active Brands, se e quando esta não demonstrasse capacidade de assegurar o alinhamento transversal).

1157. De referir que, avaliando o conteúdo do documento que acaba de transcrever-se em conjunto com os já suprarreferidos documentos ActiveBrands1027 e ActiveBrands638 (e ainda do documento ActiveBrands778, que será referido *infra*), resulta que, frequentemente, e sem prejuízo de diferentes atuações vertidas na presente Decisão, as empresas de distribuição dão a sua anuência quanto aos PVP propostos pela intermediária Active Brands condicionado ao alinhamento das respetivas insígnias concorrentes, de acordo com a seguinte dinâmica comportamental: a MCH dá a sua anuência quanto ao alinhamento se a Active Brands garantir que a Pingo Doce também a dá e a Pingo Doce, por sua vez, anui se a Auchan também o fizer; tudo isto comprovado por meio de talões enviados pela Active Brands, assim se garantindo e/ou promovendo em conjunto um alinhamento geral no mercado.

1158. No documento ActiveBrands123, de 9 de outubro de 2012, com o assunto «*PVP*», o qual consiste num *e-mail* interno (Active Brands), pode ler-se o seguinte:

[611] De notar que existe a possibilidade de, por lapso, o Diretor *Off-Trade* referir a necessidade de entrega de talão comprovativo do PVP da MCH à Pingo Doce em duas datas distintas (18 e 19 de setembro), quando na realidade e de acordo com o que resulta da dinâmica comportamental transcrita no *e-mail,* pretenderia indicar que, no dia 19 de setembro, deveria ser entregue talão comprovativo do PVP da Pingo Doce à MCH.

Autoridade da Concorrência

PVP

From:
To:

Date: Tue, 09 Oct 2012 18:49:45 +0100

Equipa,
A feira de vinhos do Auchan termina no dia 10 (quarta-feira) e a da Sonae no dia 14 (domingo). **Peço o favor de se certificarem de que as lojas Auchan retomam os preços anteriores à feira (em todos os artigos).** A Sonae deverá fazê-lo a nível nacional no dia 15 (segunda-feira) como habitualmente.
Para que o PD altere de dia 16 (terça-feira) para dia 17 (quarta-feira) o preço do Loios (tinto e branco) peço o favor de me trazerem no dia 15 (segunda-feira) talões do Continente do Colombo e do Jumbo de Alfragide com Loios (tinto e branco) a 2,98€. Em princípio não vou precisar de talões do Intermarché de Mafra e do Minipreço de Ermesinde pois até ao momento não consta que tenham alterado o preço destes artigos.
É igualmente sabido que o PD baixou o Velhotes para 3,99€ (em resposta ao folheto do Intermarché que acabou hoje). Até ao momento este preço tem passado despercebido nas principais cadeias nacionais (como Sonae ou Minipreço). Confirmaram hoje que não vão alterar o preço para amanhã pelo que terei de voltar à carga no início da próxima semana. Em princípio não serão necessários talões.
Um abraço,

1159. Do documento que acaba de transcrever-se resulta que: *(i)* o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, aquando do término de uma ação promocional na Auchan e na MCH, procurou garantir o (re)alinhamento dos PVP praticados pelas várias insígnias, solicitando expressamente aos seus *KA* para «*se certificarem de que as lojas Auchan retomam os preços anteriores à feira (em todos os artigos)*»; *(ii)* a alteração de PVP pela Pingo Doce no vinho «*Loios*» estava condicionada à apresentação de talão comprovativo do (re)alinhamento de PVP pelo Jumbo/Auchan e pela MCH (uma vez que a Intermarché[612] e a Dia/Minipreço[613] não tinham alterado o nivelamento definido); e *(iii)* a Pingo Doce baixou o preço do produto «*Porto Velhotes*» como reação a um desvio da Intermarché (que não foi detetado pelo *shopping* realizado pela MCH e pela Dia/Minipreço) e informou a Active Brands da sua intenção de não alterar o seu PVP («[c]*onfirmaram hoje que não vão alterar o preço para amanhã*»), situação que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands se comprometeu a continuar a tentar resolver.

1160. O mesmo documento ilustra que não existe necessidade de troca de talões nos casos em que os PVP permaneceram inalterados no nível correspondente ao alinhamento («*não vou*

[612] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[613] Sem prejuízo de a insígnia Dia/Minipreço não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

precisar de talões do Intermarché de Mafra e do Minipreço de Ermesinde pois até ao momento não consta que tenham alterado o preço destes artigos»), o que explica, em acréscimo a outros fatores referidos *infra* (cf. capítulo III.3.2), a maior escassez ou mesmo a inexistência de prova nos casos e períodos em que o alinhamento dos PVP funciona (ou funciona melhor).

1161. Particularmente impressivo é ainda o documento ActiveBrands778, de 12 de outubro de 2012, que consiste numa conversa entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da Pingo Doce, com o assunto «*Re: Marquês de Borta Tinto PD »:*

Re: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

From:
To:
Date: Fri, 12 Oct 2012 12:27:50 +0100

Bom dia

Está como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos.

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Date: 12-10-2012 10:50
Subject: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

Bom dia
Se possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar JMB Guimarães.
Obg. e melhores cumprimentos,

1162. Do *e-mail* que acaba de transcrever-se resulta que: *(i)* a Active Brands tentou (re)posicionar o PVP da Pingo Doce de acordo com o PVP por si «*recomendado*» e de forma a garantir idêntico reposicionamento pela Auchan; *(ii)* a Pingo Doce reportou à Active Brands que a Auchan se desviou do PVP indicado pela Active Brands, tendo respondido/reagido em conformidade; *(iii)* a Pingo Doce indicou ainda que caso a Active Brands garantisse a alteração do PVP da Auchan (e o comprovasse mediante talão), aceitaria alinhar de acordo com o posicionamento indicado, *i.e.*, da sua parte, o reposicionamento do PVP estaria dependente da respetiva implementação nesta insígnia concorrente.

1163. Deste modo, resulta claro deste *e-mail* que a Active Brands, a Auchan e a Pingo Doce promoviam em conjunto o objetivo comum de alinhamento de PVP, sendo que as referidas insígnias – no caso, com especial ênfase, a Pingo Doce – faziam depender a sua anuência ao PVP indicado pela Active Brands à apresentação de talão comprovativo do (re)posicionamento do PVP definido por parte da(s) concorrente(s).

1164. No documento ActiveBrands723, de 6 de dezembro de 2012, o *KA* da Active Brands envia ao seu contacto da Auchan um pedido de reposicionamento de PVP de acordo com o «*recomendado*» para um conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, de forma a evitar «*o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis*» assegurando o seu interlocutor que a generalidade do mercado (MCH, Pingo Doce, Dia/Minipreço[614] e Intermarché[615]) segue o referido PVP:

Produtos ActiveBrands

From:
To:
Date: Thu, 06 Dec 2012 11:45:14 +0000

Bom dia

Se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)

- Vinho Tinto Alentejano **Marquês de Borba Tinto (SIRIUS 371.490)** / recomendação actual do nosso Marketing **5,89.**

- Vinho Alentejano **Loios Tinto (SIRIUS 636.088)** / recomendação actual do nosso Marketing **2,98.**

- Vinho Douro **Tons de Duorum Tinto (SIRIUS 998.195)** / recomendação actual do nosso Marketing **3,98.**

- Vinho do Porto **Velhotes Tawny e Ruby (SIRIUS 19.199 e 19.204)** / recomendação actual do nosso Marketing **4,99.**

A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP.....

Obrigado pela tua atenção.

1165. A urgência no alinhamento visa evitar que o *shopping* realizado por outras empresas de distribuição detete que o PVP recomendado não está a ser seguido na Auchan, o que poderá,

[614] Sem prejuízo de a insígnia Dia/Minipreço não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[615] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

assim, levar a uma reação e a um desalinhamento dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands no mercado (conforme melhor detalhado nos capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

1166. O documento ActiveBrands195, de 5 de fevereiro de 2013, consiste num *e-mail* interno (Active Brands) com o assunto *«PVP FQE Sonae»* enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands para os seus *KA* e que demonstra que a MCH comunicou à Active Brands que alinharia com o PVP a praticar pela Auchan durante o período da FQE (Feira Queijos e Enchidos):

PVP FQE Sonae

From:
To:

Cc:

Date: Tue, 05 Feb 2013 17:21:42 +0000

A Sonae vai acompanhar no período da FQE os preços do folheto do Auchan : Marquês de Borba Tinto 5,39€ e Loios Tinto 2,79€. Abraço.

1167. O documento ActiveBrands189 consiste numa troca de *e-mails* de 14 de fevereiro de 2013, sobre o assunto «*Fw: PVP Recomendados*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, na sequência de uma reunião presencial com a Pingo Doce, envia ao seu contacto nesta empresa de distribuição uma tabela com PVP recomendados (e que, na prática, funcionam efetivamente como PVP obrigatórios, que devem ser implementados pelas empresas de distribuição) relativos a um conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, bem como a data da respetiva entrada em vigor:

De:
Enviada: quinta-feira, 14 de Fevereiro de 2013 09:48
Para
Assunto: PVP recomendados

Bom dia

Na sequência da nossa reunião junto envio PVP recomendados.

PVP recomendados :		SAP	Linha	Data
Brandy 1920	8,49	41843	P	20 Fev.
Aguardente Reserva CR&F	14,99	67110	P	20 Fev.
Aguardente Reserva Extra CR&F	36,99	41022	S	27 Fev.
Conhaque Courvoisier VS	23,99	352626	P	27 Fev.
Conhaque Courvoisier VS (cálices)	23,99	533831	S	27 Fev.
Batida de Côco Mangaroca	8,99	68630	P	27 Fev.
Licor Carolans	10,49	41165	P	20 Fev.
Licor Frangelico	13,99	18038	P	20 Fev.
Licor Frangelico (copos)	13,99	533830	S	20 Fev.
Campari	13,49	66916	P	27 Fev.
Marquês de Borba Reserva Tinto	29,99	640949	P	27 Fev.
Casa Burmester Reserva Tinto	11,99	383331	P	27 Fev.
Porto Burmester Tawny	6,49	330027	P	27 Fev.
Porto Burmester Jockey Club Reserve	10,99	330528	P	27 Fev.
Porto Burmester Jockey Club Reserve (cálice)	10,99	390719	S	27 Fev.
Porto Burmester Sotto Voce	10,99	724157	S	20 Fev.
Porto Velhotes Tawny	5,49	66305	P	20 Fev.
Porto Velhotes Ruby	5,49	172111	P	20 Fev.
Porto Velhotes White	5,49	100406	P	20 Fev.
Porto Velhotes Reserva	9,99	533877	P	20 Fev.
Porto Velhotes 10 anos	14,99	533898	P	20 Fev.
Porto Cálem Reserva	12,49	33658	P	20 Fev.
Porto Cálem 10 anos	18,99	100391	P	27 Fev.

Melhores cumprimentos,

1168. Na sequência do *e-mail* que acaba de transcrever-se, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite aos seus *KA* que as referidas atualizações de PVP na Pingo Doce deverão estender-se ao restante mercado. Para o efeito, informa que já as transmitiu às centrais da Auchan, Intermarché[616] e Supermercados Independentes do Algarve, e solicita que os *KA* intercedam junto das lojas das referidas empresas de distribuição para que estas acompanhem o reposicionamento de PVP nas datas agendadas:

[616] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

Autoridade da Concorrência

FW: PVP recomendados

From:

To:

Bcc:
Date: Thu, 14 Feb 2013 13:13:45 +0000

Equipa,

Junto envio próximas actualizações de PVP no PD (que deverão estender-se nos dias seguintes ao conjunto do mercado).

As restantes centrais já estão na posse das novas recomendações. Em todo o caso lembro a importância de recomendarem nas lojas (Auchan, Intermarché, Supermercados Independentes do Algarve…).

No caso dos Supermercados Independentes do Algarve enviarei nos próximos dias os novos preços de venda (decorrentes dos novos preços de tabela) para Março e Abril.

Um abraço,

1169. Na sequência do *e-mail* referido no parágrafo anterior, e ainda na mesma data, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, envia o seguinte *e-mail* aos seus *KA* sobre «*o cliente*» (i.e., a Pingo Doce), desta feita sobre outros produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands:

FW: PVP recomendados

From:
To:

Cc:

Date: Thu, 14 Feb 2013 13:26:35 +0000

Equipa,

Em relação aos vinhos o cliente referido vai :
- acompanhar Loios Branco 2,95€ Continente até 5/3 (inclusivé).
- acompanhar Loios Tinto 2,79€ Auchan até 26/2 (inclusivé).
- acompanhar Marquês de Borba Tinto 5,39€ Auchan até 26/2 (inclusivé).
- acompanhar Tons de Duorum Tinto e Branco 3,95€ Continente até 5/3 (inclusivé).

Lembrem por favor as lojas Auchan de reposicionar nos pós-feira Loios Tinto e Marquês de Borba Tinto.

Aproveito para enviar as próximas acções acordadas com o PD :
- 50 expositores Loios (primeira quinzena de Março) e 9 topos Carolans, CR&F e Velhotes Tawny (segunda quinzena de Março) conforme e-mail já enviado.
- Burmester Sotto Voce (10,99€) com desconto de 50% na quarta semana de Março.
- Frangelico com oferta de dois copos (13,99€) com desconto de 2,00€ na quarta semana de Março.
- Vila Santa Reserva Tinto (9,99€) com desconto de 1,50€ na quarta semana de Março.

1170. No dia seguinte, após a troca de um ficheiro *Excel* com os comentários da Active Brands e da Pingo Doce (relativamente aos PVP propostos por aquele fornecedor), o Diretor *Off-Trade* transmite ao seu *KA* que a Dia/Minipreço deve pedir o talão comprovativo das alterações de PVP pela Pingo Doce relativamente a alguns dos produtos em causa (cuja data de entrada em vigor deveria ser o subsequente dia 20), concordando o referido *KA* na obtenção dos mesmos (cf. documentos ActiveBrands924 e ActiveBrands817):

FW: PVP recomendados

From:

To:
Date:
Attachments: Proposta AB - 23 Janeiro 2013 - CP.xls (43,52 kB)

o Dia deve pedir o talão de PD Linda-a-Velha para alterar...podes por favor comprar no dia 20 1920, CR&F, Carolans, Frangelico e Velhotes Tawny-Ruby-White-Reserva? Obrigado. Abraço.

1171. Pela sequência de *e-mails* que acaba de descrever-se, pode constatar-se uma vez mais que a mera circunstância de os PVP serem designados por «*PVP Recomendados*» não obvia a que os mesmos se assumam como verdadeiros preços fixados, na medida em que, por um lado,

a Active Brands não apenas comunica tais preços (e respetiva data de entrada em vigor) à Pingo Doce e às centrais das várias empresas de distribuição, como impõe as suas «*recomendações*» e reposicionamentos de preços diretamente nas respetivas lojas (Auchan, Intermarché, Supermercados Independentes do Algarve) e concerta com as referidas empresas descontos diretos sobre o preço final, de forma a garantir determinado PVP efetivo (no caso, com a Pingo Doce).

1172. Por outro lado, tal como em vários outros *e-mails* anteriormente mencionados no presente capítulo, verifica-se também nesta troca a anuência por parte das empresas de distribuição, que assumem as recomendações como vinculativas e comprometem-se a praticar os PVP transmitidos nas datas acordadas.

1173. Mais, resulta do teor da conversa transcrita que a Pingo Doce tinha conhecimento dos PVP que seriam praticados pela Auchan e pela MCH no âmbito de ações promocionais em determinadas datas futuras, relativamente a determinados produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands (os quais se conclui terem sido transmitidos pela Active Brands, de acordo com as regras da experiência e tendo em consideração todo o acervo probatório referido na presente Decisão), tendo transmitido à Active Brands que aceitava acompanhar os mesmos, garantindo assim o alinhamento de PVP.

1174. Com efeito, como se demonstra, as empresas de distribuição sabem, ao receber indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idênticas indicações foram transmitidas às suas concorrentes, implementando os PVP mediante a convicção de que os seus concorrentes, com toda a probabilidade, farão o mesmo (*i.e.,* que os vão «*acompanhar*»).

1175. Veja-se o documento ActiveBrands191, de 4 de março de 2013, com o assunto «*Preços FQE*», que consiste num *e-mail* interno (Active Brands) em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite à sua equipa de *KA* o seguinte:

Preços FQE

From:
To:

Date: Mon, 04 Mar 2013 18:03:12 +0000

Equipa,
Chamo a vossa atenção para a necessidade de normalização dos preços das FQE.
O Auchan ficou de enviar comunicação hoje para as lojas. Actualmente apenas pode trancar os preços centralmente por um dia. Peço a vossa ajuda loja-a-loja.
A Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira.
Obg. e um abraço,

1176. Do referido documento resulta que a Active Brands concertou com as referidas empresas de distribuição visadas a alteração dos PVP dos seus produtos em determinada data, no

sentido de normalizar/realinhar os preços após a realização das FQE (Feiras de Queijos e Enchidos): a Auchan alteraria no dia 4 de março, a Sonae no dia 5 de março e a Pingo Doce no dia 6 de março de 2013, assim se promovendo o (re)alinhamento dos PVP entre estas insígnias.

1177. Neste sentido e sobre o mesmo tema, do documento ActiveBrands816, de 4 de março de 2013, com o assunto «*PVP recomendados*», consta a confirmação dada por uma colaboradora da Pingo Doce ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands no sentido da normalização dos PVP no dia 6 de março (do qual resulta que já tinha conhecimento dos PVP em causa):

Re: PVP recomendados

From:
To:
Date: Mon, 04 Mar 2013 18:58:31 +0000

Já estava tudo parametrizado em sistema.

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Date: **04-03-2013 18:39**
Subject: **PVP recomendados**

Boa tarde
Uma vez terminadas as feiras junto envio recomendações actualizadas para (6 de Março) :
Loios Branco (artigo 409108) 2,98€
Loios Tinto (artigo 409109) 2,98€
Tons de Duorum Tinto (artigo 654988) 3,98€
Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€
Duorum Tinto (artigo 696500) 9,99€
Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) 5,89€
Melhores cumprimentos,

1178. Mais, no âmbito de uma troca de *e-mails* com a Auchan, a Active Brands transmite a esta insígnia os mesmos PVP recomendados no dia 5 de março de 2013 (*«PVP recomendados pós-FQE: Loios Tinto e Loios Branco 2,98€. Marquês de Borba Tinto 5,89€. Tons de Duorum Tinto e Tons de Duorum Branco 3,98€. Duorum Tinto 9,99€. Relativamente aos destilados e aos Vinhos do Porto peço o favor de reenviares recomendações para as lojas (conforme falámos)*»),

insistindo novamente no dia 14 de março de 2013, até obter a anuência da Auchan (cf. documento ActiveBrands822):

RE: Reunião AGF 2013 Auchan

From:
To:
Cc:
Date: Thu, 14 Mar 2013 09:43:51 +0000

Bom dia

As lojas já tem informação dos PVPS Rec.

Relativamente aos espaços tem topos em Almada, Cascais, Amadora, Portimão, Alfragide E C. Branco.

Gestor de Produto Liquida
Central de Compras Alimentar

jumbo
Auchan Portugal Hipermercados

Rua Maria Luisa Holstein, 4
1300-388 Lisboa

De:
Enviada: quinta-feira, 14 de Março de 2013 09:12
Para:
Cc:
Assunto: Fwd: Reunião AGF 2013 Auchan

Bom dia

Peço-te o favor de teres em atenção que ainda temos as seguintes informações:

"PVP recomendados pós-FQE :
Loios Tinto e Loios Branco 2,98€.
Marquês de Borba Tinto 5,89€.
Tons de Duorum Tinto e Tons de Duorum Branco 3,98€.
Duorum Tinto 9,99€.
Relativamente aos destilados e aos Vinhos do Porto peço o favor de reenviares recomendações para as lojas (conforme falámos).
Por fim peço o favor de enviares a relação de lojas onde teremos topo de Páscoa bem como o período da acção."

1179. Sendo que, no dia 14 de março, a Active Brands volta a reiterar o seu PVP sobre um dos produtos em causa («Tons de Duorum») junto da Pingo Doce, que confirma a adoção do mesmo (cf. documento ActiveBrands922):

FW: PVP recomendado Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€

From:

To:
Date: Thu, 14 Mar 2013 15:39:28 +0000

FYI

De:
Enviada: quinta-feira. 14 de Marco de 2013 15:08
Para:
Cc:
Assunto: Re: PVP recomendado Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€

Está ok!! Desde 5 de Março...

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Cc:
Date: 14-03-2013 12:03
Subject: PVP recomendado Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€

Bom dia
Se possível peço o favor de verificar o PVP do Tons de Duorum Branco (artigo 698010) onde actualmente recomendamos 3,98€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1180. No documento ActiveBrands1016, de 30 de outubro de 2013, com o assunto «*Vários Minipreço*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite ao seu Diretor Geral/Administrador e à sua equipa as ações confirmadas com a Dia/Minipreço, incluindo os descontos finais e PVP a praticar pela referida insígnia («*Acções confirmadas: Folheto Marquês de Borba Tinto 4,99€ (com desconto de 25% na segunda unidade) de 12 a 25 de Dezembro. Folheto Carolans (copos) 10,49€ e Velhotes Tawny-Ruby-White (embalagem) 5,49€ de 21 de Novembro a 25 de Dezembro (Presentes).*»). Mais, o referido Diretor termina com o seguinte pedido ao seu *KA*[617]:

peço o favor de me enviares um talão de Loios Tinto 2,98€ do Pingo Doce de Linda-a-Velha no dia 12 de Novembro (é importante que seja nesta data) para que o cliente actualize o preço deste artigo...neste momento não pode fazê-lo pois o mesmo entra em folheto amanhã. Relativamente ao Marquês de Borba Tinto penso que já actualizou para a nossa recomendação...de qualquer forma peço o favor de verificares.

[617] Este pedido é reiterado nos mesmos termos no dia 4 de novembro (cf. documento ActiveBrands993).

1181. Sobre este tema, atente-se ainda no teor do documento ActiveBrands624, de 20 de novembro de 2013, com o assunto «*Loios Dia*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite ao seu Diretor Geral/Administrador a sua frustração com a reação da Dia/Minipreço, depois de lhe ter sido pedida a alteração do PVP de acordo com o definido pela Active Brands: *«O Dia marca Loios a 2,88. Pedi se possível para actualizar para a nossa recomendação. Na semana passada disse que precisava de um talão PD (que já estava a 2,98). Esta semana diz que "não discute preços com fornecedores e não lhe interessa a conversa". Ainda estou a (tentar) digerir. Podes por favor verificar se a política para a tia é a mesma? Daqui a nada está tudo nos 2,88…»*

1182. Do teor dos *e-mails* que acabam de transcrever-se resulta que era prática habitual (ainda que com desvios e, no caso, inesperada mudança de postura) a Dia/Minipreço condicionar a atualização dos seus PVP de acordo com o definido pela Active Brands ao alinhamento com a Pingo Doce, pelo que a Active Brands desencadeava um procedimento interno no sentido de promover esse alinhamento e obter talão comprovativo do PVP praticado pela Pingo Doce conforme combinado.

1183. A informação constantemente veiculada pela Active Brands às empresas de distribuição sobre o comportamento das suas concorrentes (com a utilização de talões e/ou de outros elementos para o efeito), bem como o facto de a adoção, ou não, por estas do PVP indicado pela Active Brands estar condicionado a essa informação está também patente no documento ActiveBrands654.

1184. O referido *e-mail* consiste numa conversa entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da Pingo Doce, ocorrida entre 24 e 30 de janeiro de 2014, com o assunto «*Feira Premium – URGENTE»*, e diz respeito à inclusão das referências da Active Brands na Feira de Vinhos Premium da Pingo Doce, sendo que esta empresa de distribuição procura confirmar: «[a]*gradeço que me indique qual dos 2 vende mais e onde estão e com que posicionamento em termos de concorrência*» e ainda «[e]*ste vinho está na concorrência? Onde?*». O Diretor *Off-Trade* da Active Brands responde: «[n]*esse caso proponho a referência Syrah (que vende actualmente mais do que a referência Trincadeira) presente em CNT e ECI. O posicionamento indicado pelo marketing é idêntico à referência Tinto (9,99€)*».

1185. No mesmo sentido, atente-se no documento MCH958, que consiste numa conversa entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH, entre 3 de dezembro de 2013 e 1 de abril de 2014, com o assunto «*FW: PVP recomendado Loios Tinto-Branco (meias-garrafas)*».

1186. No âmbito da referida conversa, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita a alteração do PVP do produto «*Loios Tinto-Branco*» de acordo com o recomendado («[s]*e possível peço o favor de verificar. No sentido de tornar mais psicológico o PVP de Loios Tinto-Branco meias-garrafas (códigos 4111500 e 4111511) peço o favor de avaliar a nossa recomendação de [0-5]€*»).

1187. A colaboradora da MCH questiona o referido Diretor quanto ao *timing* da alteração e o Diretor *Off-Trade* da Active Brands responde sinalizando que «[a] *nova recomendação de marketing foi enviada ao mercado esta semana*».

1188. Embora a Active Brands e a MCH tenham chegado a um entendimento relativamente ao PVP em causa mediante a atribuição de um desconto promocional, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands reiterou o seu pedido de alteração por diversas vezes, de forma a tentar garantir o alinhamento com o PVP indicado, conforme se pode contatar *infra*:

FW: PVP recomendado Loios Tinto-Branco (meias-garrafas)

From:
To:
Date: Tue, 01 Apr 2014 13:41:57 +0100

Boa tarde
Posso pedir-lhe o favor de confirmar?
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terca-feira, 25 de Marco de 2014 12:27
Para:
Assunto: FW: PVP recomendado Loios Tinto-Branco (meias-garrafas)

Bom dia
Se possível peço novamente o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quinta-feira, 20 de Fevereiro de 2014 17:58
Para:
Assunto: FW: PVP recomendado Loios Tinto-Branco (meias-garrafas)

Boa tarde
Se possível peço o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: sexta-feira, 14 de Fevereiro de 2014 11:04
Para:
Assunto: FW: PVP recomendado Loios Tinto-Branco (meias-garrafas)

Bom dia
Junto envio PVP recomendado actualmente pelo meu marketing para Loios Tinto e Loios Branco (meias-garrafas) 1,99€.
Se possível peço o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

1189. Particularmente impressivo é também o teor do documento ActiveBrands772, que consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH, entre 6 e 11 de junho de 2014, com assunto «*RE: Lista de Preços SONAE Active Brands*».

1190. Nesta troca de *e-mails*, a referida colaboradora da MCH procura saber junto do Diretor *Off-Trade* da Active Brands quando é que o mercado adotará determinado PVP para os produtos da Active Brands (vinho «Conde de Vimioso» branco, tinto e rosé). Em resposta, o referido

Diretor assegura que o alinhamento será «*já na próxima semana*» e compromete-se a enviar comprovativo do mesmo:

RE: Lista de Preços SONAE Active Brands

From:
To:
Date: Fri, 06 Jun 2014 15:09:49 +0100

Boa tarde
Em princípio já na próxima semana…logo que possível envio comprovativo.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:00
Para:
Assunto: FW: Lista de Preços SONAE Active Brands

Boa tarde

Quando o mercado estará com estas condições ?

4277058	VT RIB CONDE VIMIOSO TINTO 2008 75CL	2,99€
4625612	VB TEJO CONDE DE VIMIOSO BRANCO 2010 75CL	2,99€
4473052	VR TEJO CONDE DE VIMIOSO ROSÉ 2010 75CL	2,99€

Obrigada

DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
Email:
Ext:

1191. Na sequência desta troca de *e-mails*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dá a seguinte instrução a uma colaboradora da sua equipa, no sentido da recolha de talão comprovativo deste alinhamento pela Pingo Doce, o qual deveria ser enviado à colaboradora da MCH com quem foi trocado o *e-mail* que acaba de transcrever-se ([Confidencial – Dados Pessoais]): «[Confidencial – Dados Pessoais] *uma vez que não vou estar na próxima semana (bem como o* [Confidencial – Dados Pessoais] *e o* [Confidencial – Dados Pessoais]*) peço o favor de na quarta-feira comprares uma garrafa de cada em PD (prevejo alteração para essa data…embora ainda não confirmada) e enviares o talão para a* [Confidencial – Dados Pessoais]*…sem notas…apenas com "ficheiro" em subject…pode ser?».*

1192. Refira-se que a colaboradora da Active Brands constata que a alteração ainda não foi efetuada, pelo que envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands uma fotografia dos produtos em causa com a respetiva marcação de PVP e indica: *«PD Telheiras, Conde Vimioso Tinto e*

Branco a 2,49€ conforme anexo. Não comprei nem darei nenhuma indicação a [Confidencial – Dados Pessoais]*».*

1193. Do conteúdo da troca de *e-mails* que acaba de transcrever-se resulta que: *(i)* a MCH procurou apurar junto da Active Brands quando é que o posicionamento de PVP do produto vinho «*Conde de Vimioso*» seria idêntico para todo o mercado; *(ii)* a Active Brands informou a MCH da data prevista para o alinhamento e encarregou-se de promover o mesmo e recolher talão comprovativo do alinhamento (pelo menos pela Pingo Doce) para apresentar à MCH; e *(iii)* a Active Brands monitorizou o PVP adotado pela Pingo Doce e, uma vez que esta insígnia não reposicionou na data prevista para o alinhamento, optou por não enviar o talão comprativo à MCH.

1194. Mais, tal documento é demonstrativo de que este envio de talões como mecanismo de alinhamento horizontal é recorrentemente utilizado pelas visadas, ao ponto em que basta o envio de um talão pela Active Brands à empresa de distribuição visada, sem qualquer texto ou assunto (os quais são deliberadamente omitidos e/ou substituídos por expressões genéricas), para que esta última perceba o significado de tal comunicação (*i.e.*, que o alinhamento está a ser cumprido por outra(s) insígnia(s) e que pode alinhar o PVP em conformidade). Demonstra simultaneamente o caráter secreto da prática em causa, conforme melhor desenvolvido *infra* no capítulo III.3.3 da presente Decisão.

1195. O conteúdo do documento ActiveBrands978, com o assunto «*Feira dos Vinhos Apolonia 2014*», consiste numa troca de *e-mails* entre o retalhista Supermercados Apolónia e a Active Brands, entre 5 e 7 de agosto de 2014[618].

1196. Neste âmbito, os Supermercados Apolónia solicitam à Active Brands o envio de uma proposta relativa a produtos comercializados por esta última, de forma a serem incluídos na feira de vinhos a realizar pelo referido retalhista. Os Supermercados Apolónia referem ainda: «[g]*ostaria ainda que nos produtos que nós selecionamos, se houver algum PVP ao qual vocês queiram recomendar ou mesmo que não baixássemos abaixo de X, nos seja informado de forma a não criarmos distúrbios no mercado, os descontos que iremos aplicar aos nossos clientes são, 20%, 25%, 30%, 40%, 50% e 60%*».

1197. O conteúdo do documento que acaba de transcrever-se é revelador do facto de as empresas de distribuição assumirem os PVP recomendados enviados pela Active Brands como vinculativos e verdadeiros preços mínimos de revenda, e ainda do facto de as empresas de distribuição assumirem que tal PVP será o preço a ser praticado no mercado retalhista que é, por todas, observado para não serem criados «*distúrbios no mercado*».

1198. Os documentos ActiveBrands90, ActiveBrands663 e MCH1965 consistem numa troca de *e-mails* interna (Active Brands) e com a MCH com o assunto «*FW: Actualização do IABA em Janeiro 2015 - reposicionamento de PVPs*», entre 11 e 18 de dezembro de 2014.

[618] Sobre a utilização de prova com empresas não visadas, remete-se para o já referido nos §§873 e seguintes.

1199. Uma colaboradora da MCH envia o seguinte *e-mail* ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands:

De:
Enviada: 11 de dezembro de 2014 12:56
Cc:
Assunto: Actualização do IABA em Janeiro 2015 - reposicionamento de PVPs

Boa tarde,

Em virtude da apresentação do Orçamento de Estado para 2015 que prevê uma actualização do IABA que incide sobre alguns dos produtos que actualmente fornecem à Sonae MC, solicitamos que no prazo de 4 dias úteis nos informem, se preveem introduzir alguma alteração na recomendação sobre o posicionamento de preços de venda ao público, com efeitos a 2 de Janeiro de 2015.

Na ausência da vossa resposta no prazo indicado, consideraremos que a vossa empresa implementará as acções correctivas necessárias para evitar que ocorram perturbações na comercialização dos vossos produtos, nomeadamente a degradação da margem de comercialização dos mesmos.

Caso pretendam mais informações sobre este processo, agradecemos que nos contactem, preferencialmente por e-mail, indicando quais as acções que pretendem implementar.

Gratos pela atenção dispensada.

1200. Após debate interno na Active Brands, o Diretor *Off-Trade* transmite a seguinte conclusão à sua equipa: «[n]*ão estão previstas actualizações ao nível das recomendações de PVP em Janeiro. A seguir ao Natal retomem por favor as recomendações habituais (em especial nas lojas que são objecto de shopping PD e Sonae) – importante*». O referido Diretor transmite à colaboradora da MCH que «[c]*ompreendo a questão que coloca mas a fiscalidade não é da responsabilidade da AB. Neste momento não estamos a equacionar alterações para Janeiro*».

1201. A colaboradora da MCH reage respondendo: «[n]*ão estou a entender o seu email. Se vai pagar mais de IEC ao estado, vai com certeza vender-nos mais caro. Por isso temos de equacionar alterações para Janeiro. Aguardamos novas recomendações de pvp a implementar ou aumento de descontos promocionais*».

1202. Salienta-se que caberia às empresas de distribuição definir de forma autónoma se vão ou não repercutir determinado imposto no PVP final. O que os documentos que acabam de transcrever-se demonstram é que, por um lado, a MCH assumia e aceitava os PVP «*recomendados*» da Active Brands como preços fixos, e, por outro lado, que perante a ocorrência de determinada vicissitude (no caso, a atualização de um Imposto Especial sobre o Consumo), a MCH tomava as diligências necessárias para garantir que tal não afetaria o alinhamento de PVP, nem as suas próprias margens[619].

[619] Estas variáveis são, aliás, as que mais importam para as empresas de distribuição visadas: por um lado, a garantia de alinhamento das concorrentes (isto é, que nenhuma pratica PVP mais baixos); e, por outro lado, a garantia de manutenção da respetiva margem, qualquer que seja o nível de PVP pelo qual alinham, amiúde imputando ao fornecedor – através de notas de débito ou outros mecanismos – os custos do (re)alinhamento por PVP desviados por outras insígnias e não corrigidos pela Active Brands.

1203. Assim, com o envio dos *e-mails* em causa aos seus fornecedores[620], a MCH pretendia garantir que, ou bem que os PVP se mantinham como até então por via do aumento de desconto promocional da Active Brands (não havendo alterações no mercado), ou bem que os PVP eram alterados pelo próprio fornecedor, uma vez que tal promoveria uma alteração transversal (dando-se assim uma alteração generalizada nas várias empresas de distribuição que repercutiriam o imposto em causa no PVP).

1204. E, uma vez que a Active Brands opta por manter os PVP anteriormente fixados, o Diretor *Off-Trade* da empresa encarregou a equipa de «*recomendar*» e monitorizar a manutenção de tais PVP junto das empresas de distribuição, em particular aquelas que são objeto de *shopping* pela MCH e a Pingo Doce (garantindo assim que estas empresas de distribuição não poderiam invocar alterações nos PVP concorrentes com fundamento para se desviarem do alinhamento de PVP).

1205. No mesmo sentido, o documento ActiveBrands572 consiste numa troca de *e-mails* entre uma colaboradora da MCH e o Diretor *Off-Trade* da Active Brands entre 15 e 18 de abril de 2016, na qual são discutidos os novos preços de tabela e Impostos Especiais sobre o Consumo. Tendo chegado a um consenso, a colaboradora da MCH solicita então a «*indicação de uma data para reposicionamento de PVPs no mercado, para garantir que não ficamos descompetitivos*»[621]:

[620] Os *e-mails* transcritos integram a conversação n.º 4 que inclui o envio de *e-mail* idêntico pela MCH a um conjunto de fornecedores.

[621] A referência a estarem descompetitivos refere-se apenas à circunstância de existirem PVP desalinhados por parte de concorrentes das empresas de distribuição visadas. Como referido, o alinhamento no mercado retalhista de distribuição alimentar é o objetivo partilhado pelas visadas e quando alguma se desvia, por exemplo, baixando o PVP, as demais consideram estar «descompetitivas», envidando esforços junto do fornecedor para que este corrija o desvio com a maior brevidade possível (ou, em último caso, custeie a necessidade de realinhamento pelo PVP desviado).

RE: Descontos Promocionais Sonae Abril 2016

From:
To:
Date: Mon, 18 Apr 2016 12:14:40 +0100

Obrigado
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 18 de abril de 2016 11:08
Para:
Assunto: RE: Descontos Promocionais Sonae Abril 2016

Bom dia

Ficam então validadas as condições que nos enviaram.
Solicito indicação de uma data para reposicionamento de PVPs no mercado, para garantir que não ficamos descompetitivos.

Obrigada.

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits
E-mail:
Tel:

SONAE MC

1206. Veja-se ainda o documento ActiveBrands611, que consiste num *e-mail* enviado por um colaborador da Intermarché[622] em 28 de dezembro de 2016, com o assunto *«RE: Descontos Promocionais Intermarché Janeiro 2017»* ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands:

[622] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

From:

To:
Bcc:

Date: Wed, 28 Dec 2016 15:29:12 +0000

Boa tarde

Vai haver, mas não no dia 1 de Janeiro. Estou á espera que o marketing envie as novas recomendações.

Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 28 de dezembro de 2016 15:15
Para:
Assunto: Fw: Descontos Promocionais Intermarché Janeiro 2017

Boa tarde

Vai haver alterações de pvp's no mercado para absorver os aumentos de iec?

Aguardo resposta.

Com os melhores cumprimentos

Gestor Categoria/Comprador

ITMP Alimentar, S.A.
Lugar do Marrujo, Bugalhos
2384-004 Alcanena

Email:

Intermarché
JUNTOS PELO MELHOR E MAIS BARATO

1207. O documento ActiveBrands973 consiste numa troca de *e-mails* interna (Active Brands) de 18 de fevereiro de 2015 com o assunto *«Conhaque Courvoisier VS - Oportunidade Lojas Modelo»*. Neste âmbito, a *Marketing Manager* da Active Brands propõe ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands a alteração de condições comerciais aplicáveis à MCH. Em resposta, o referido Diretor envia o seguinte *e-mail*:

RE: Conhaque Courvoisier VS - Oportunidade Lojas Modelo

From:

To:
Date: Wed, 18 Feb 2015 16:26:22 +0000

Alterações de tabela para deixar tudo como está só trazem ruído e perturbação das vendas. Mesmo que subas a tabela a Sonae só vai aceitar comprar mais caro se recomendarmos um PVP maior que lhe permite manter a sua MG relativa…e para isso acontecer é preciso que o PD esteja disposto a mudar. Se não queres alterar o PVP…fica quieta…e altera este artigo quando tiveres de alterar outros...e com novas recomendações (superiores às actuais) caso contrário qualquer subida de tabela deixa tudo na mesma em termos NET…introduzindo apenas ruído desnecessário.

1208. Tal documento ilustra bem como a MCH participava na definição do PVP «recomendado» pela Active Brands e ainda que apenas aceitava alterações ao mesmo (independentemente de serem subidas ou descidas) na condição de a Active Brands garantir o alinhamento com a Pingo Doce.

1209. Com efeito, o objetivo final da MCH com a negociação comercial com a Active Brands era a manutenção/aumento dos seus ganhos no mercado que, de maneira simplificada, podem ser calculados através da multiplicação da *(i)* margem unitária obtida pela venda de cada produto e *(ii)* da quantidade total vendida (isto é, ganhos = margem unitária x quantidade total).

1210. Este *e-mail* demonstra que a MCH visa garantir junto do fornecedor que estas duas variáveis se mantêm estáveis: *(i)* quanto à margem unitária obtida com a venda de cada produto, a MCH apenas aceita que o preço grossista seja aumentado se o PVP «recomendado» pela Active Brands também subir na mesma proporção, de modo a manter tal margem («manutenção vertical»); e *(ii)* ao exigir que a Active Brands altere o PVP recomendado num dos principais concorrentes da MCH (Pingo Doce), a empresa garante que os consumidores não deixarão de comprar nas suas lojas para passar a comprar nas do concorrente, mantendo assim a quantidade total vendida, mediante a eliminação da incerteza relativamente ao PVP que os seus concorrentes irão praticar («manutenção horizontal»).

1211. Desta forma, a MCH garante que ambas as variáveis — margem e quantidade — ficam controladas, de modo a manter/aumentar os seus ganhos com a venda dos produtos da Active Brands.

1212. Os elementos probatórios juntos aos autos evidenciam, pois, 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 de desvios e pedidos de correção desses desvios.

1213. Em consequência, o PVP que é transmitido pelo fornecedor às várias empresas de distribuição visa o objetivo comum de nivelamento dos preços dos produtos da Active Brands no mercado retalhista.

1214. Resulta, pois, do acervo probatório constante dos autos, que os PVP transmitidos pelo fornecedor às várias empresas de distribuição visam o objetivo comum de nivelamento e alinhamento dos preços dos produtos da Active Brands no mercado retalhista, e que o alcance desse objetivo implica a implementação de medidas de controlo e de reporte que permitam detetar e corrigir eventuais desvios.

III.3.1.3.2.1 Pronúncias das visadas

1215. Em relação ao capítulo referente ao alinhamento horizontal dos PVP, as visadas contestam as conclusões da AdC com os argumentos que se expõem de seguida.

1216. A Active Brands refuta a alegação de que o nivelamento horizontal de preços é atingido, «*(i) pelo acordo prévio entre a AB e as empresas de distribuição tendo em vista o alinhamento de PVP, (ii) pela comunicação da AB de PVP (e da data de marcação de tal PVP) a praticar pelas suas concorrentes, (iii) pela apresentação de talões de compra como comprovativo de tal alinhamento de PVP e (iv) pela indicação expressa de que se trata de um preço para conter concorrentes e evitar que o mercado resvale*» bem como a «*conclusão de que a conduta da AB contribuiu indevidamente para um alinhamento horizontal de preços*»[623].

1217. Alega esta visada que «*a política de recomendação de preços da AB prosseguia o objetivo legítimo de, através da comunicação de um ponto de referência meramente indicativo, convidar as insígnias a posicionarem corretamente junto dos consumidores os produtos fornecidos*»[624].

1218. Considera a Active Brands que, atento este objetivo, não será estranho que «*as mesmas recomendações sejam comunicadas a empresas de distribuição com as mesmas características*»[625], e que «[s]*e os preços recomendados forem seguidos, o que pretende quem recomenda, é de esperar o normal alinhamento de preços na venda a retalho por parte de quem foi destinatário da recomendação*»[626].

1219. De acordo com a Active Brands, este alinhamento será «*um alinhamento de preços não concertado, visto que as insígnias têm total liberdade para praticar preços inferiores ou superiores*»[627], afirmando que «[n]*ão obstante o facto de, por inerência, poderem implicar um*

[623] Cf. §375 da PNI Active Brands.

[624] Cf. §376 da PNI Active Brands.

[625] Cf. §378 da PNI Active Brands.

[626] Cf. §379 da PNI Active Brands.

[627] Cf. §379 da PNI Active Brands.

alinhamento de preços no mercado a jusante, as recomendações são práticas comerciais normais, consideradas por norma compatíveis com o direito da concorrência»[628].

1220. A Active Brands insiste que as recomendações emitidas não eram vinculativas e refere que a informação de preços de concorrentes transmitida por si às insígnias revestia natureza pública, não se tratando de dados comercialmente sensíveis ou de informação privilegiada[629], o que consubstanciaria, efetivamente, uma prática concertada ilícita[630].

1221. A Active Brands considera ainda, com base nos argumentos sintetizados, que a prova revela que as recomendações eram emitidas num contexto de total autonomia da própria empresa face às restantes visadas, «*tendo em conta os seus próprios objetivos e as observações das entidades que detinham as marcas em causa*»[631].

1222. Quanto à comunicação, pela Active Brands, de PVP acompanhada de datas de marcação dos mesmos a insígnias concorrentes, esta visada realça que grande parte da prova invocada resulta de *e-mails* internos entre colaboradores da Active Brands[632] e que das condutas neles descritas não se vislumbra a transmissão de informação sensível ou sigilosa passível de sustentar uma prática ilícita, mesmo nos casos em que esta informação era transmitida à Active Brands, sendo apenas partilhada com a insígnias concorrentes após as alterações de preços terem ocorrido[633].

1223. Nesta medida, na perspetiva desta visada, «*o que está em causa, muitas vezes, é informação histórica, não confidencial, disponível publicamente e facilmente acessível a qualquer pessoa/entidade*»[634] e «*a recolha de informações no mercado e a sua divulgação às insígnias prosseguia o objeto legítimo de desfazer dúvidas relativamente ao estado do mercado e às recomendações da AB*»[635]. (destaque original)

1224. Relativamente à apresentação dos talões de compra, a Active Brands reitera que «*a informação constante dos talões é informação disponível publicamente, tão facilmente acessível à AB como a qualquer outra pessoa ou entidade, razão pela qual a sua partilha não pode constituir uma infração jus concorrencial*»[636], justificando a partilha destes talões pela AB como sendo «*uma tentativa de remover objeções das insígnias à aplicação dos preços*

[628] Cf. §380 da PNI Active Brands.

[629] Cf. §§393 e 398 da PNI Active Brands.

[630] Cf. §394 da PNI Active Brands.

[631] Cf. §§401 e 402 da PNI Active Brands.

[632] Cf. §405 da PNI Active Brands.

[633] Cf. §§407, 409, 413 e 414 da PNI Active Brands.

[634] Cf. §410 da PNI Active Brands.

[635] Cf. §416 da PNI Active Brands.

[636] Cf. §417 da PNI Active Brands.

recomendados e de demonstrar que não existia discriminação em relação aos PVPR indicados»[637].

1225. Considera esta visada que «[a] *acusação da AdC* (…) *foca-se ora em meras recomendações de preços, ora em informação pública de preços efetivamente praticados constante de talões de compra*»[638], pelo que conclui que «[o] *envio de talões de compra não tem, por isso, qualquer relevância para a tentativa da AdC de imputação de uma prática de hub and spoke*»[639].

1226. Por último, a Active Brands alega que as suas «*comunicações não indicam que o PVPR se destinava a conter concorrentes e evitar que o mercado resvalasse. A AB referia-se apenas, quanto muito, aos seus próprios e exclusivos interesses (de ver os seus produtos bem posicionados nos lineares), nunca incentivando ou contribuindo para um alinhamento horizontal artificial (para lá daquele que é natural que ocorra por meio da comunicação de meros PVPR)*»[640].

1227. A pessoa singular visada, [Diretor Off-Trade - Active Brands], alega que o PVP recomendado pela Active Brands «*é uma das variáveis consideradas no plano de marca desenvolvido pelo dono da marca, em consonância com o departamento de markting* (sic) *e com a direção geral da A B*»[641], e que a «*A B funcionava como mero distribuidor das marcas que comercializava, sem qualquer poder próprio para proceder ao alinhamento de preços*»[642].

1228. Refere, ainda, [Diretor Off-Trade - Active Brands] [643] que a «*indicação de um novo preço, por razões de estratégia comercial e a subsequente aceitação, pelo destinatário, nada representa quanto a alinhamento de preços, também pelo contrário indicia uma mera reação concorrencial*»[644].

1229. A posição da Auchan pode sintetizar-se com referência aos seguintes pressupostos[645]: esta visada é uma insígnia desviante, face às demais, e atua de uma forma descentralizada, com autonomia na definição dos PVP por parte de cada loja, não acatando as recomendações da Active Brands, nem agindo em concertação com outras visadas ou em consequência da determinação de PVP operada por estas.

---

[637] Cf. §418 da PNI Active Brands.

[638] Cf. §422 da PNI Active Brands.

[639] Cf. §423 da PNI Active Brands.

[640] Cf. §425 da PNI Active Brands.

[641] Cf. §22 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[642] Cf. §23 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[643] Referindo-se especificamente ao documento ActiveBrands641, de 11 de janeiro de 2010.

[644] Cf. §46 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[645] Sem prejuízo desta síntese, analisar-se-ão em detalhe na presente Decisão, sempre que aplicável, os argumentos desta visada relativamente a elementos probatórios específicos.

1230. Concretizando, a Auchan considera que «*este tipo de comportamentos também não poderá ser imputado à Auchan*»[646] uma vez que «*o uso da expressão alinhamento refere-se sempre ao seguimento dos preços recomendados pela Active Brands, não existindo qualquer indício de que a comunicação se pudesse em algum sentido referir a um alegado plano de ação comum entre concorrentes*»[647].

1231. Refere, contudo, esta visada que «[p]*ode-se verificar na NI que em certos casos a Active Brands exercia pressão sobre os colaboradores de lojas Auchan para a adoção dos preços recomendados, mas tal não significa que estes se submetessem a tal pressão, ou que tomassem os preços recomendados como automaticamente vinculativos*»[648].

1232. Alega, portanto, a Auchan que «*segue uma política de preços mais baixos, determinada loja a loja. Efetivamente, cada responsável de loja deve verificar qual o posicionamento das demais insígnias a concorrer na mesma área geográfica e, de acordo com os preços observados nessa zona, praticar um nível de preços, pelo menos, 3% inferior ao concorrente mais barato na área de influência*»[649], pelo que «*não existe uma política de preços centralizada (como parece suceder com outras insígnias) e, do mesmo modo, nunca a Auchan poderia contribuir para um qualquer plano de ação comum, determinado por um fornecedor e um conjunto de insígnias e alicerçado num objetivo de movimento concertado de preços em todas as lojas da rede*»[650].

1233. Refere esta visada que, «*mesmo que uma loja Auchan possa ter posicionado o PVP ao PVP Recomendado pelo fornecedor, inexistem quaisquer elementos que permitam concluir que esse posicionamento resulta da alegada participação da Auchan na referida infração*»[651], motivo pelo qual a AdC não logra «*demonstrar que, nas situações identificadas ao longo da NI, pelo menos quanto à Auchan, que o posicionamento da insígnia resultou de um acordo ou prática concertada com vista ao nivelamento de PVPs no mercado*»[652].

1234. A Auchan destaca, em relação a determinados elementos de prova[653], nos quais as empresas de distribuição reposicionam os PVP sob a condição de reposicionamento das suas concorrentes, que «*as especulações da AdC de que as empresas visadas condicionariam a sua adesão às recomendações da Active Brands ao facto de as mesmas serem seguidas pelo*

[646] Cf. §281 da PNI Auchan

[647] Cf. §286 da PNI Auchan.

[648] Cf. §285 da PNI Auchan.

[649] Cf. §288 da PNI Auchan.

[650] Cf. §289 da PNI Auchan.

[651] Cf. §346 da PNI Auchan.

[652] Cf. §349 da PNI Auchan.

[653] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands198, ActiveBrands193, ActiveBrands186 e ActiveBrands294.

Pingo Doce, também não tem, no caso da Auchan, qualquer adesão à realidade. Não são apresentados meios de prova concretos que o consubstanciem verdadeiramente»[654].

1235. Salienta esta visada que cumpre «*distinguir a influência que o Pingo Doce e a MCH exercem sobre a Active Brands, tendo em conta também o seu posicionamento no mercado,* (…) *verificando-se um reiterado diálogo com o fornecedor para tentar obter um determinado nível de preços ou de descontos, verificando os preços dos concorrentes e impelindo o fornecedor a pressionar por seu turno tais insígnias para que procedam à subida dos preços em determinados momentos*» e que «[p]*or contraste, as insígnias como a Auchan, que pretendem definir de forma autónoma os seus preços, acabam por ser alvo de pressão pelo fornecedor, junto das suas lojas, com vista ao aumento dos PVPs em detrimento do consumidor*»[655].

1236. Quanto ao documento ActiveBrands1027, a Auchan argumenta que «*a única referência feita a lojas da Auchan, surge na afirmação: "Importante que recomendem este PVP nas lojas Intermarché e Jumbo (em especial Gaia e Alfragide)"*»[656] e que «*este documento ilustra claramente a diferença no tratamento e no papel desempenhado pelas diferentes insígnias relativamente à Active Brands*»[657], porque se «*relativamente a outras insígnias se fala em "compromisso de atualização", no que toca à Auchan é solicitado apenas que se recomende o referido PVP*»[658].

1237. Considera, assim, que a AdC não pondera a diferença de posicionamento da Auchan face a outras visadas no relacionamento com a Active Brands[659] e que «*deste email não se retiram (mais uma vez) quaisquer factos que permitam concluir pelas práticas imputadas (apenas demonstrando um comportamento distinto da Auchan face às demais visadas)*»[660].

1238. Acrescenta esta visada que, tendo procedido à «*consulta do seu arquivo interno de pricing e verificou que na data do referido e-mail, as lojas Auchan, incluindo as lojas de Gaia e Alfragide (mencionadas nas comunicações) praticavam preços muito abaixo dos recomendados pela Active Brands para o produto em causa e não alteraram os seus preços nas semanas seguintes*»[661].

1239. Refere, relativamente ao documento ActiveBrands880, que «[a] *AdC liga este documento ao ActiveBrands880, por se referir ao mesmo produto e a um preço de venda semelhante, afirmando por isso que a Intermarché seguiria o preço anteriormente acordado entre a Active*

[654] Cf. §388 da PNI Auchan.

[655] Cf. §342 da PNI Auchan.

[656] Cf. §292 da PNI Auchan.

[657] Cf. *Idem*, §293 da PNI Auchan

[658] Cf. §294 da PNI Auchan.

[659] Cf. §295 da PNI Auchan.

[660] Cf. §296 da PNI Auchan.

[661] Cf. §299 da PNI Auchan.

Brands e o Pingo Doce na condição "da garantia de idêntico reposicionamento pelo Jumbo/Auchan"»[662].

1240. Conclui a propósito deste elemento de prova que «*também não permite imputar qualquer comportamento à Auchan*»[663], mas que, «[d]*e todo o modo, a visada procedeu à consulta do seu arquivo interno de pricing e verificou que na data do referido e-mail, as lojas Auchan praticavam preços diferentes entre si (em particular as lojas de Setúbal e Famalicão), sempre a baixo do preço referido de "9,48", e não alteraram os seus preços*»[664].

1241. Já a Pingo Doce alega que «*a teoria de dano da AdC não tem qualquer viabilidade*»[665] uma vez que «*seriam necessárias centenas ou mesmo milhares de interacções para que o fornecedor impusesse e os retalhistas implementassem os supostos PVP's previamente concertados*»[666], reiterando que «*PINGO DOCE foi sempre livre quer para praticar preços diferentes dos PVPR quer para os seguir*»[667].

1242. Por sua vez, a MCH é perentória na afirmação de que «*não há qualquer plano comum, prática concertada, acordo implícito ou expresso, contacto directo ou indirecto,* ***entre a MCH e as suas concorrentes*** *(através do seu fornecedor comum), destinados a substituir ou a condicionar a definição individual dos preços dos produtos por si vendidos ao público*»[668] esclarecendo que «[o] *que se verificou (…) foi nada mais do que a MCH a comportar-se de modo competitivo e concorrencial, discutindo, informando, negociando arduamente* ***com o seu fornecedor (e nunca com os seus concorrentes!)*** *os termos da sua relação comercial*»[669]. (destaques originais)

1243. Finalmente, considerando que a MCH e a Pingo Doce, nas estruturas das respetivas PNI, não autonomizaram argumentos relativos especificamente ao capítulo precedente, consideram-se reproduzidas nesta sede as pronúncias destas visadas constantes do capítulo III.3.1.3.1.1.

III.3.1.3.2.2 Apreciação da Autoridade

1244. Analisadas as pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para caracterizar os comportamentos investigados, a AdC conclui pela improcedência da

[662] Cf. §325 da PNI Auchan.

[663] Cf. §326 da PNI Auchan.

[664] Cf. §327 da PNI Auchan.

[665] Cf. §302 da PNI Pingo Doce.

[666] Cf. §303 da PNI Pingo Doce.

[667] Cf. §573 da PNI Pingo Doce.

[668] Cf. §35 da PNI MCH.

[669] Cf. §36 da PNI MCH.

argumentação quanto à matéria de facto descrita no capítulo sobre o alinhamento horizontal dos PVP, nos termos que se seguem.

1245. Conforme decorre do capítulo anterior, a análise atenta dos documentos que constituem o acervo probatório permite concluir que não estão em causa meras *recomendações* de PVP por parte da Active Brands, mas antes PVP fixos e uma ação coordenada entre as insígnias para o alinhamento dos mesmos, de forma a condicionar deliberadamente o mercado.

1246. Com efeito, o alinhamento verifica-se enquanto resultado *i)* da negociação ou anuência prévias ao envio de PVP recomendados a todas as insígnias, *ii)* do condicionamento, pelas insígnias, da atualização de preços à verificação do reposicionamento das concorrentes, *iii)* da instrumentalização de campanhas promocionais para o efeito ou *iv)* da indicação expressa de que se trata de um preço para conter os concorrentes e evitar «*guerras de preços*».

1247. Ainda que, num plano teórico, cada uma das empresas de distribuição visadas mantivesse a liberdade de praticar os PVP que entendesse melhor corresponder à sua estratégia em cada momento, a prova demonstra que há uma intenção e esforços concertados comuns de que esse PVP seja definido pela Active Brands para todos os intervenientes com o fito de alinhar o mercado para o objetivo comum da concertação de PVP no retalho alimentar.

1248. Da prova coligida e constante dos autos, verifica-se que a relação comercial mantida entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas é pautada por uma constante troca de informação (futura, em determinados casos) referente a PVP e é orientada à implementação transversal (alinhamento) dos mesmos, evidenciada pela causalidade comportamental entre as insígnias, patente em diversos elementos de prova.

1249. A título ilustrativo, veja-se o documento ActiveBrands119, *supra* descrito no §1152:

PVP - URGENTE

From:
To:

Date: Thu, 13 Sep 2012 11:05:35 +0100

e
A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD. podes dar-me uma ajuda (uma vez que o vai estar no Porto)?
O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide. peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)...o fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica.
Obg. e um abraço,

1250. Neste *e-mail*, [Diretor Off-Trade - Active Brands] transmite a dois *KA* da Active Brands que, de 17 para 18 de setembro, a MCH irá alterar o PVP de «CR&F» para 13,49 euros, motivo pelo qual «[n]*o dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia*

18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD. [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda* (…)*?*». Por sua vez, «[o] *PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente* [Auchan] *(entrega-lhe talões PD no dia 19*».

1251. O teor deste documento é explícito no que respeita à coordenação entre a Active Brands, que assume um papel articulador, e as insígnias, que fazem depender o seu (re)posicionamento de preço da confirmação da adoção dos PVP (definidos pelo fornecedor comum) pelas suas concorrentes.

1252. Efetivamente, não existe, textual ou contextualmente, margem para quaisquer dúvidas interpretativas quanto à circunstância de os PVP a implementar por cada insígnia se encontrarem condicionados pela sua prévia adoção pelas concorrentes.

1253. *In casu*, a adoção do PVP de «CR&F» pela MCH determinaria igual comportamento por parte da Pingo Doce («[n]*o dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19)*»), que condiciona a alteração do PVP de um outro produto («Carolans») ao reposicionamento dos PVP da Auchan, que, por sua vez, carece de confirmação da prática desses PVP pela Pingo Doce («*PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente* [Auchan] *(entrega-lhe talões PD no dia 19*»), funcionando a Active Brands/Gestvinus como veículo transmissor da informação necessária à efetivação do alinhamento previsto uma vez que os talões são remetidos como garantia da veracidade e atualidade da informação prestada.

1254. Desta forma, lograr-se-ia assegurar que, ainda que com uma diferença de um dia, os PVP destes produtos se encontrariam alinhados em todas as empresas de distribuição visadas.

1255. Note-se, ainda, que [Diretor Off-Trade - Active Brands] assume explicitamente a importância fulcral destes reposicionamentos de preço em cadeia – condição para o desejado alinhamento dos PVP - ao afirmar que «[e]*stas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*», o que, aliás, sucede igualmente com a Active Brands que, na sua PNI, reconhece que o objetivo «*evitar guerras de preços indesejáveis para todos*»(sublinhado da AdC)[670].

1256. A este propósito, dá-se por integralmente reproduzido o teor dos §§720 a 747 *supra* e reitera-se que o alinhamento dos PVP beneficia o fornecedor e as insígnias na medida em que previne, como reconhece [Diretor Off-Trade - Active Brands] e a Active Brands, a ocorrência de «*guerras de preços*» ou «*bola*[s] *de neve que a todos prejudica*[m]», assegurando a margem grossista (do fornecedor) e a margem de comercialização das

[670] Cf. §196 da PNI Active Brands.

insígnias, que, assim, não se encontram sujeitas à concorrência pelo preço, tudo em detrimento dos consumidores.

1257. Similarmente, o documento ActiveBrands123 *infra* revela que [Diretor Off-Trade - Active Brands], Diretor *Off-Trade* da Active Brands, procura garantir o (re)alinhamento dos PVP praticados pelas insígnias, no caso, após o anúncio do término da feira de vinhos da Auchan e da MCH:

PVP

From:
To:

Date: Tue, 09 Oct 2012 18:49:45 +0100

Equipa,
A feira de vinhos do Auchan termina no dia 10 (quarta-feira) e a da Sonae no dia 14 (domingo).
Peço o favor de se certificarem de que as lojas Auchan retomam os preços anteriores à feira (em todos os artigos). A Sonae deverá fazê-lo a nível nacional no dia 15 (segunda-feira) como habitualmente.
Para que o PD altere de dia 16 (terça-feira) para dia 17 (quarta-feira) o preço do Loios (tinto e branco) peço o favor de me trazerem no dia 15 (segunda-feira) talões do Continente do Colombo e do Jumbo de Alfragide com Loios (tinto e branco) a 2,98€. Em princípio não vou precisar de talões do Intermarché de Mafra e do Minipreço de Ermesinde pois até ao momento não consta que tenham alterado o preço destes artigos.
É igualmente sabido que o PD baixou o Velhotes para 3,99€ (em resposta ao folheto do Intermarché que acabou hoje). Até ao momento este preço tem passado despercebido nas principais cadeias nacionais (como Sonae ou Minipreço). Confirmaram hoje que não vão alterar o preço para amanhã pelo que terei de voltar à carga no início da próxima semana. Em princípio não serão necessários talões.
Um abraço,

1258. Neste caso verifica-se, por um lado, uma orientação expressa de [Diretor Off-Trade - Active Brands] aos *KA* da Active Brands no sentido «*de se certificarem de que as lojas Auchan retomam os preços anteriores à feira (em todos os artigos)*», a confirmação de que a MCH «*deverá fazê-lo a nível nacional no dia 15* (…) *como habitualmente*» e, ainda, a indicação de que «[p]*ara que o PD altere de dia 16 (terça-feira) para dia 17 (quarta-feira) o preço do Loios (tinto e branco) peço o favor de me trazerem no dia 15 (segunda-feira) talões do Continente do Colombo e do Jumbo de Alfragide com Loios (tinto e branco) a 2,98€. Em princípio não vou precisar de talões do Intermarché de Mafra e do Minipreço de Ermesinde pois até ao momento não consta que tenham alterado o preço destes artigos*».

1259. Assim, decorre deste documento que a alteração de PVP pela Pingo Doce no vinho «*Loios*» estava, evidentemente, condicionada à apresentação de talão comprovativo do (re)alinhamento de PVP pelas visadas Auchan e MCH (uma vez que a Intermarché e a Dia/Minipreço mantiveram os PVP no nível pretendido para o alinhamento).

1260. Por outro lado, constata-se que a Pingo Doce «*baixou o Velhotes para 3,99€ (em resposta ao folheto do Intermarché que acabou hoje)*» e que «[a]*té ao momento este preço tem passado despercebido nas principais cadeias nacionais (…) Confirmaram hoje que não vão alterar o preço para amanhã pelo que terei de voltar à carga no início da próxima semana», o que revela, mais uma vez, a preocupação deste fornecedor em conter uma eventual «guerra de preços*» em

resultado da reação da Pingo Doce ao folheto da Intermarché e fomentar, novamente, o alinhamento dos PVP destes produtos.

1261. O teor dos *e-mails* acima reproduzidos é claro e não deixa margem para dúvidas: qualquer réstia de autonomia na definição de preços alegada pelas empresas de distribuição visadas desaparece em função do alinhamento de PVP, amiúde condicionado à confirmação de que esses PVP, que se revelam vinculativos, são igualmente adotados nas empresas de distribuição concorrentes.

1262. Não está, evidentemente, em causa um «*objetivo legítimo de, através da comunicação de um ponto de referência meramente indicativo, convidar as insígnias a posicionarem corretamente*»[671] os seus PVP, como indica a Active Brands. Não há meramente um convite ao reposicionamento de preço, mas sim uma orquestração com vista à implementação transversal do nível de preço transmitido às empresas de distribuição visadas. A própria Active Brands define o PVP que transmite às empresas de distribuição visadas como sendo um posicionamento correto em contraste com qualquer preço definido autonomamente pelas insígnias, que seria, logicamente e da perspetiva deste fornecedor, um posicionamento errado, sujeito a correção como se demonstrará no capítulo subsequente.

1263. O encadeamento do *shopping* dos *KA* da Active Brands com as datas de alteração de PVP das insígnias revela que a Active Brands envidava esforços para transmitir rapidamente a informação acerca dos (re)posicionamentos para o PVP «*recomendado*» nas empresas de distribuição visadas, servindo os talões de compra como comprovativo e legitimação de que a fixação de PVP ocorria, concretizando-se, assim, o alinhamento, sendo a Active Brands o garante e o responsável pela sua operacionalização.

1264. Por conseguinte, o alinhamento de PVP dos produtos da Active Brands no mercado não surge como uma «*consequência natural e reconhecida*»[672] da «recomendação» generalizada de PVP mas, ao invés, enquanto produto da concertação entre as visadas. Os documentos *supra* reproduzidos e os que se transcreverão *infra* revelam, axiomaticamente, que as comunicações consecutivas de PVP e o esforço de compatibilização deste entre as visadas tem precisamente, e ao contrário do que alega a Active Brands, o fito de «*conter concorrentes e evitar que o mercado resvalasse*», como aliás, é assumido por [Diretor Off-Trade - Active Brands], ao afirmar que «[e]*stas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*».

1265. Rejeita-se igualmente o entendimento da Active Brands, que declara que, com as comunicações de PVP, se referia «*apenas, quanto muito, aos seus próprios e exclusivos interesses (de ver os seus produtos bem posicionados nos lineares), nunca incentivando ou contribuindo para um alinhamento horizontal artificial (para lá daquele que é natural que*

[671] Cf. §376 da PNI Active Brands.

[672] Cf. §97 *et al.* da PNI Active Brands.

ocorra por meio da comunicação de meros PVPR)»[673], uma vez que se revela flagrante que o alinhamento dos PVP dos seus produtos nada tem de natural. Com efeito, como se referiu, há um conjunto de incentivos financeiros que condicionam (e beneficiam) todas as visadas no sentido do alinhamento dos PVP e um esforço conjunto de verificação e transmissão de informação constante com vista à confirmação de que este se mantém.

1266. A alegada *naturalidade* sempre seria, neste caso e com base na prova produzida, forçada, o que constitui uma contradição nos próprios termos. Se, de facto fosse, «*natural que* [o alinhamento] *ocorra por meio da comunicação de meros PVPR)*», o papel da Active Brands resumir-se-ia, pura e simplesmente, à constatação da sua ocorrência. Ora, tal situação não decorre dos documentos *supra* elencados, nem dos diversos elementos de prova que compõem o acervo constante dos autos. Pelo contrário, este fornecedor interfere e condiciona a liberdade de definição de PVP das insígnias, com a anuência e vontade destas, frequentemente através da confirmação de que as concorrentes (ou *o mercado*) praticam (ou praticarão) o «preço correto», motivo pelo qual o retrato deste fornecedor enquanto «*mero distribuidor das marcas que comercializava, sem qualquer poder próprio para proceder ao alinhamento de preços*»[674] não tem qualquer aderência à realidade refletida nos elementos de prova. Não se verifica, portanto, que «*a recolha de informações no mercado e a sua divulgação às insígnias prosseguia o objeto legítimo de desfazer dúvidas relativamente ao estado do mercado e às recomendações da AB*»[675].

1267. Ademais, o próprio assunto de cada um dos *e-mails supra* é elucidativo quanto ao objetivo pretendido (*PVP* e *PVP – URGENTE*), o que reforça a conclusão acerca de a menção a «PVPR» ou a «recomendações» de PVP cumprir o propósito de escamotear verdadeiros PVP fixos, definidos e implementados em concertação e com a anuência das visadas. Salienta-se que, sendo pacífico que «*as recomendações* [de PVP] *são práticas comerciais normais, consideradas por norma compatíveis com o direito da concorrência*»[676], no caso *sub judice* resulta claro que, ao contrário está em causa, além da fixação vertical de preço, a instrumentalização, pelas insígnias, da relação comercial com o fornecedor para efeitos de alinhamento de PVP no mercado retalhista de distribuição alimentar.

1268. Pese embora a Active Brands reduza a sua tarefa de orquestração de insígnias com vista ao alinhamento de PVP no mercado a um mero «convite» ao «posicionamento correto» de PVP, verifica-se a utilização de mecanismos de pressão e condicionamento com o fito de alcançar o alinhamento transversal dos PVP dos seus produtos. Na verdade, os talões que este fornecedor circula entre as insígnias enquanto confirmação de alteração de PVP nas suas concorrentes contêm informação pública e atual (não histórica, como afirma a Active Brands), disponível para consulta pelas próprias. Sucede, contudo, que esta transmissão

[673] Cf. §425 da PNI Active Brands.

[674] Cf. §23 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[675] Cf. §416 da PNI Active Brands.

[676] Cf. §380 da PNI Active Brands.

quase imediata por parte do fornecedor diminui os custos de pesquisa por parte das insígnias e permite-lhe condicionar e controlar em tempo real os vários (re)posicionamentos de PVP e verificar os vários momentos em que estes ocorrem e aqueles em que é necessária a sua intervenção corretiva. Verifica-se, efetivamente, com o envio dos talões de compra, «*uma tentativa de remover objeções das insígnias à aplicação dos preços recomendados*»[677].

1269. Assim, refuta-se veementemente a alegação de que «[a] *acusação da AdC (…) foca-se ora em meras recomendações de preços, ora em informação pública de preços efetivamente praticados constante de talões de compra*»[678]. Confira-se, a título de exemplo, a este respeito, os documentos infra, e, desde logo, o documento ActiveBrands1027:

PVP Sonae

From:

To:

Bcc:
Date: Mon, 19 Oct 2009 17:20:42 +0100
Attachments: Talão2.pdf (210,87 kB)

Equipa,

A Sonae actualizou hoje os preços de dois artigos.

CR&F passou para 12,99€ com o compromisso de actualização PD na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um). Este PVP é importante por várias razões…desde logo por razões de rentabilidade mas também porque baliza o primeiro folheto de Natal deste artigo (Dia a meio de Novembro). Importante que recomendem este PVP nas lojas Intermarché e Jumbo (em especial Gaia e Alfragide).

Beirão passou para 9,49€ mas não consegui compromisso PD para esta quarta-feira. É provável que entre um cartão Sonae de 5% até à próxima semana. Tentarei que actualizem no dia 28.

Um abraço,

1270. Neste documento pode verificar-se o mesmo padrão descrito nos documentos *supra*: [Diretor Off-Trade - Active Brands] confirma a alteração do PVP do produto «CR&F» pela MCH «*com o compromisso de actualização PD na próxima quarta-feira*», assumindo, explicitamente e em conformidade com as conclusões da AdC ao longo desta Decisão, que a implementação pelas insígnias do PVP por si definido «*é importante* (…) *desde logo por razões de rentabilidade*». Por sua vez, no que respeita ao «*Licor Beirão*», afirma que não logrou obter o «*compromisso PD para esta quarta-feira*», pelo que se prepara para compensar a MCH pela manutenção do PVP até que obtenha a anuência da Pingo Doce («[é] *provável que entre um cartão Sonae de 5% até à próxima semana*»).

[677] Cf. §418 da PNI Active Brands.

[678] Cf. §422 da PNI Active Brands.

1271. Entretanto, [Diretor Off-Trade - Active Brands] insiste, junto da Pingo Doce, na necessidade de «*verificar o PVP da Aguardente Reserva CR&F*», indicando a respetiva recomendação de preço, como decorre do documento ActiveBrands1025:

PVP recomendado Aguardente Reserva CR&F 12,99€

From:

To:
Bcc:
Date: Tue, 20 Oct 2009 12:22:25 +0100

Bom dia

Na sequência da nossa conversa telefónica no final de semana passada peço-lhe o favor de verificar o PVP da Aguardente Reserva CR&F. O PVP que actualmente recomendamos é 12,99€.

Obg. e melhores cumprimentos,

1272. Sucede que, apenas 6 minutos após o envio deste *e-mail*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands endereça à MCH o *e-mail infra* (documento ActiveBrands1019) no qual transmite a esta insígnia que «*a actualização de CR&F para 12,99€* [na concorrente Pingo Doce] *está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã). Relativamente ao Beirão não houve compromisso para amanhã pelo que lhe peço o favor, se possível, de carregar 5% em cartão neste artigo durante a semana de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 0,47€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado)*»:

De:
Enviada: terça-feira, 20 de Outubro de 2009 12:28
Para:
Assunto: PVP

Bom dia
A actualização da CR&F para 12,99€ está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã).
Relativamente ao Beirão não houve compromisso para amanhã pelo que lhe peço o favor, se possível, de carregar 5% em cartão neste artigo durante a semana de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 0,47€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado).
Obg. e melhores cumprmentos,

1273. Ora, não só a Active Brands remete informação de carácter comercialmente sensível referente ao posicionamento de preço futuro de uma concorrente da MCH (a Pingo Doce), como utiliza o expediente da subsidiação para que aquela insígnia mantenha o PVP no nível indicado, pelo menos entre os dias 22 e 28 de outubro, até que a Pingo Doce proceda ao reposicionamento pretendido (importa recordar que no documento ActiveBrands1027, [Diretor Off-Trade - Active Brands] refere que, não tendo obtido o compromisso da Pingo Doce para alteração do PVP de Licor Beirão na data pretendida, tentará «*que actualizem no dia 28*»).

1274. Qualquer uma destas práticas consubstancia, como é consabido e como se qualifica e demonstra *infra*, no capítulo do Direito, uma infração às regras da concorrência, pelo que

não é aceitável, por mais rebuscada que seja, qualquer interpretação que contrarie a literalidade destes documentos e a prática que os mesmos revelam de forma cristalina.

1275. A leitura conjunta dos documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1025 e ActiveBrands1019 demonstra nitidamente que a MCH alterou o PVP de dois produtos com «*com o compromisso de actualização*» de PVP da Pingo Doce e teve acesso, através da Active Brands, à estratégia de posicionamento futuro de preço daquela insígnia, pelo que se repudia veementemente a alegação da MCH de que «*não há qualquer plano comum, prática concertada, acordo implícito ou expresso, contacto directo ou indirecto,* ***entre a MCH e as suas concorrentes*** *(através do seu fornecedor comum), destinados a substituir ou a condicionar a definição individual dos preços dos produtos por si vendidos ao público*»[679].

1276. Considera, ainda, a MCH que «[o] que se verificou (…) foi nada mais do que a MCH a comportar-se de modo competitivo e concorrencial, discutindo, informando, negociando arduamente **com o seu fornecedor (e nunca com os seus concorrentes!)** os termos da sua relação comercial»(destaque original) [680]. Ora, veja-se, além dos elementos de prova já elencados nesta Decisão, o documento ActiveBrands673:

FW: Porto Velhotes 4,19

18/06/2010

O PVP 9.48 vai ser reposicionado para amanhã.

Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tlf.
Email:

From:
Sent: quinta-feira, 17 de Junho de 2010 19:33
To:
Subject: RE: Porto Velhotes 4,19

Verifica por favor.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Bebidas Espirituosas e Espumantes
tel:
Mail

[679] Cf. §35 da PNI MCH.

[680] Cf. §36 da PNI MCH.

From:
Sent: quinta-feira, 17 de Junho de 2010 18:39
To:
Subject: Porto Velhotes 4,19

Boa tarde
Verifiquei na loja MCH da Amadora que marcava Porto Velhotes a 4,19. Assim não consigo manter 4,69 PD e Dia.
De igual forma que em algumas lojas se verifica Beirão < 9,48 (assim não consigo manter 9,48).
Peço-lhe o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

1277. Resulta deste documento que [Diretor Off-Trade - Active Brands] transmite à sua interlocutora da MCH que, sem que esta proceda à subida dos preços de dois produtos na loja da Amadora, não consegue manter implementadas no mercado as *recomendações*» de PVP, frustrando-se o alinhamento pretendido. Em resposta, recebe a confirmação de que o PVP do produto «*Licor Beirão*» será reposicionado em conformidade com o nível de preço indicado no dia seguinte.

1278. Relativamente ao produto «*Porto Velhotes*», a MCH esclarece que o seu PVP «*deve-se ao PVP do JUMBO da Amadora e do JUMBO de Cascais, conforme shopping enviado dia 16/06/2010*», como está patente no documento ActiveBrands786:

RE: Porto Velhotes 4,19

18/06/2010

Respondeu a esta mensagem a 19/06/2010 13:51.

Bom dia

No que se refere ao Porto Velhotes o PVP de 4.19€ deve-se ao PVP do JUMBO da Amadora e do JUMBO de Cascais, conforme shopping enviado dia 16/06/2010.

Estarei ao dispor para qualquer esclarecimento que considere necessário.

Obrigada.

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

1279. Ora, conforme se demonstrará detalhadamente no capítulo III.3.1.4, as insígnias monitorizam-se entre si e remetem ao fornecedor os desvios aos PVP «*recomendados*» que detetam nessas ações de monitorização (*shopping*) para que este proceda à correção dos mesmos junto das empresas de distribuição desviantes, repondo-se assim o alinhamento dos PVP no mercado. Foi precisamente o que sucedeu no caso vertente e, não tendo a Active Brands atingido o (re)posicionamento de PVP junto da Auchan, em conformidade com a solicitação da MCH, esta reagiu, igualando o preço praticado por aquela visada.

1280. 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 Ilicitude), coincidia com a mobilização dos mesmos instrumentos e ferramentas para garantia do controlo do alinhamento de PVP pré-definido entre as visadas.

1281. Não é compreensível, nesta medida, o argumento expendido pela MCH no §1276 da presente Decisão, uma vez que o acervo probatório constante dos autos é manifesto no que respeita ao posicionamento concertado da MCH com as demais visadas e, em particular mas não exclusivamente, os documentos *supra* reproduzidos revelam à saciedade que não há lugar a qualquer negociação apenas com o fornecedor mas sempre, mesmo que indiretamente, com as suas concorrentes.

1282. Fica, igualmente, por perceber o alcance dos argumentos aduzidos na defesa de [Diretor Off-Trade - Active Brands], especialmente ao considerar que «*a indicação de um novo preço, por razões de estratégia comercial e a subsequente aceitação, pelo destinatário, nada representa quanto a alinhamento de preços, também pelo contrário indicia uma mera reação concorrencial*»[681]. Conforme referido na presente Decisão, a AdC não contesta a importância estratégia de uma política de preços recomendados desde que não se assista à metamorfose destes em verdadeiros preços fixos, que foi o que ocorreu no caso sub judice. Efetivamente, a «*indicação de um novo preço (…) e a subsequente aceitação, pelo destinatário*» pode consubstanciar, per se, uma infração de natureza jusconcorrencial. Pode, igualmente, integrar uma prática complexa, como a que está em causa nos presentes autos, em que é instrumental a um alinhamento dos PVP no mercado, resultado da concertação entre as insígnias e o fornecedor. Não se vislumbra, destarte, de que forma qualquer uma destas representações «*indicia uma mera reação concorrencial*».

1283. Veja-se, ainda, o teor do documento ActiveBrands189:

[681] Cf. §46 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

FW: PVP recomendados

From:
To:

Cc:

Date: Thu, 14 Feb 2013 13:26:35 +0000

Equipa,

Em relação aos vinhos o cliente referido vai :
- acompanhar Loios Branco 2,95€ Continente até 5/3 (inclusivé).
- acompanhar Loios Tinto 2,79€ Auchan até 26/2 (inclusivé).
- acompanhar Marquês de Borba Tinto 5,39€ Auchan até 26/2 (inclusivé).
- acompanhar Tons de Duorum Tinto e Branco 3,95€ Continente até 5/3 (inclusivé).

Lembrem por favor as lojas Auchan de reposicionar nos pós-feira Loios Tinto e Marquês de Borba Tinto.

Aproveito para enviar as próximas acções acordadas com o PD :
- 50 expositores Loios (primeira quinzena de Março) e 9 topos Carolans, CR&F e Velhotes Tawny (segunda quinzena de Março) conforme e-mail já enviado.
- Burmester Sotto Voce (10,99€) com desconto de 50% na quarta semana de Março.
- Frangelico com oferta de dois copos (13,99€) com desconto de 2,00€ na quarta semana de Março.
- Vila Santa Reserva Tinto (9,99€) com desconto de 1,50€ na quarta semana de Março.

Um abraço,

De:
Enviada: quinta-feira. 14 de Fevereiro de 2013 13:14
Para:
Assunto: FW: PVP recomendados

Equipa,
Junto envio próximas actualizações de PVP no PD (que deverão estender-se nos dias seguintes ao conjunto do mercado).
As restantes centrais já estão na posse das novas recomendações. Em todo o caso lembro a importância de recomendarem nas lojas (Auchan, Intermarché, Supermercados Independentes do Algarve…).
No caso dos Supermercados Independentes do Algarve enviarei nos próximos dias os novos preços de venda (decorrentes dos novos preços de tabela) para Março e Abril.
Um abraço,

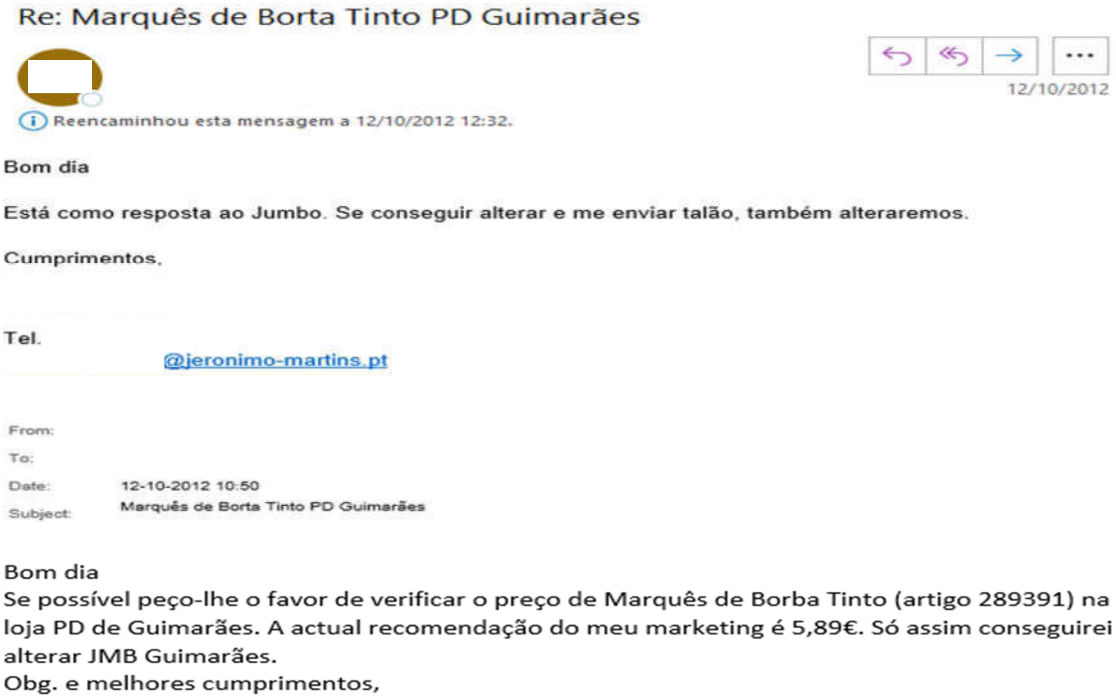
1284. Do documento *supra* resulta que a Pingo Doce adotava os PVP indicados pela Active Brands e acompanhava o posicionamento de PVP das suas concorrentes, mantendo a Active Brands o papel coordenador do alinhamento dos PVP.

1285. Efetivamente, após envio de uma lista de PVP «*recomendados*» na sequência de reunião com a Pingo Doce, [Diretor Off-Trade - Active Brands] informa a sua equipa de *KA* que as atualizações de preço «*deverão estender-se nos dias seguintes ao conjunto do mercado*» e confirma que «[a]s *restantes centrais já estão na posse das novas recomendações. Em todo o caso lembro a importância de recomendarem nas lojas*». (sublinhado da AdC)

1286. Acresce que, relativamente aos vinhos, [Diretor Off-Trade - Active Brands] transmite aos *KA* o compromisso da Pingo Doce no sentido de acompanhar os PVP em vigor nas insígnias suas concorrentes («*o cliente referido vai: - acompanhar Loios Branco 2,95€ Continente até 5/3 (inclusivé). - acompanhar Loios Tinto 2,79€ Auchan até 26/2 (inclusivé). - acompanhar Marquês de Borba Tinto 5,39€ Auchan até 26/2 (inclusivé). - acompanhar Tons de Duorum Tinto e Branco 3,95€ Continente até 5/3 (inclusive)*» e solicita a intervenção destes nas lojas Auchan

(«***Lembrem por favor as lojas Auchan de reposicionar nos pós-feira Loios Tinto e Marquês de Borba Tinto***») o que revela o esforço deste fornecedor na coordenação dos reposicionamentos das várias insígnias com vista a alcançar a simetria dos seus PVP. (destaque original)

1287. À semelhança do que resulta do documento ActiveBrands123 analisado *supra* no §1158, o documento ActiveBrands778 revela inequivocamente que a prática de determinado PVP pela Pingo Doce se encontra condicionada à adoção dos mesmos PVP pelas insígnias suas concorrentes:



Re: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

12/10/2012

Reencaminhou esta mensagem a 12/10/2012 12:32.

Bom dia

Está como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos.

Cumprimentos,

Tel.

@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Date: 12-10-2012 10:50
Subject: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

Bom dia
Se possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar JMB Guimarães.
Obg. e melhores cumprimentos,

1288. Neste *e-mail*, [Diretor Off-Trade - Active Brands] solicita à Pingo Doce a alteração do PVP do produto «*Marquês de Borba Tinto*» para a «*recomendação*» de 5,89 euros na loja de Guimarães e esclarece que «[s]*ó assim conseguirei alterar JMB* [Auchan]», permitindo perceber que, após a alteração do PVP deste artigo na referida loja da Pingo Doce, procederia ao envio do talão para a Auchan, que, com a confirmação da alteração daquela insígnia, reposicionaria o seu PVP.

1289. Todavia, a Pingo Doce retorque informando que o PVP em vigor na sua loja de Guimarães «[e]*stá como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos*», assumindo, sem quaisquer reservas, que, assim que lhe seja enviado o comprovativo de alteração de PVP na sua concorrente, alinha o PVP com o «*recomendado*».

1290. Afirma, contudo, esta visada na respetiva PNI que a «*PINGO DOCE foi sempre livre quer para praticar preços diferentes dos PVPR quer para os seguir*»[682] mas o que decorre efetivamente

[682] Cf. §573 da PNI Pingo Doce.

dos elementos de prova é que esta insígnia promove e contribui para os alinhamentos sucessivos de PVP e que o seu posicionamento de PVP se encontra condicionado pela indicação ou garantia de que as suas concorrentes adotam o nível de preço indicado pela Active Brands.

1291. Contesta-se, assim, a alegação apresentada pela Pingo Doce de que «*a teoria de dano da AdC não tem qualquer viabilidade*»[683] na medida em que «*seriam necessárias centenas ou mesmo milhares de interacções para que o fornecedor impusesse e os retalhistas implementassem os supostos PVP's previamente concertados*»[684], uma vez que a comunicação entre a Active Brands e as insígnias era realizada, conforme se pode verificar pelo teor dos documentos apresentados, somente no caso de desajustamentos na implementação do PVP definido pelo fornecedor ou aquando da respetiva atualização. Quando o preço é «*posicionado corretamente*»[685] pelas insígnias, não é necessária qualquer comunicação entre as partes com vista à respetiva correção e realinhamento e, portanto, nessas circunstâncias, tipicamente, não resultará produzida (e, consequentemente, apreendida) nenhuma prova. Além disso, o desalinhamento de PVP ocorre loja a loja e é usualmente detetado através de *shopping* realizado por lojas concorrentes próximas, ao contrário do alinhamento de PVP que acontece uniformemente a nível nacional através da indicação de PVP «*recomendado*» pelo fornecedor.

1292. A intenção, por parte da Active Brands e das insígnias (neste caso, da MCH e da Pingo Doce), da manutenção do alinhamento horizontal do mercado (e o seu conhecimento das condições necessárias para que tal aconteça) é revelado, entre outros, por documentos como o ActiveBrands973, de 18 de fevereiro de 2015, com o assunto «*RE: Conhaque Courvoisier VS - Oportunidade Lojas Modelo*», *supra* descrito nos §§1204 a 1209, no qual, após indicação da «*marketing manager*» da Active Brands sobre as novas condições de venda (incluindo o PVP) do «*Conhaque Courvoisier*», a pessoa singular visada refere: «*Alterações de tabela para deixar tudo como está só trazem ruído e perturbação das vendas.* ***Mesmo que subas a tabela a Sonae só vai aceitar comprar mais caro se recomendarmos um PVP maior que lhe permite manter a sua MG relativa…e para isso acontecer é preciso que o PD esteja disposto a mudar.*** *Se não queres alterar o PVP…fica quieta…e altera este artigo quando tiveres de alterar outros…e com novas recomendações (superiores às actuais) caso contrário qualquer subida de tabela deixa tudo na mesma em termos NET…introduzindo apenas ruído desnecessário*.» (destaques da Autoridade)

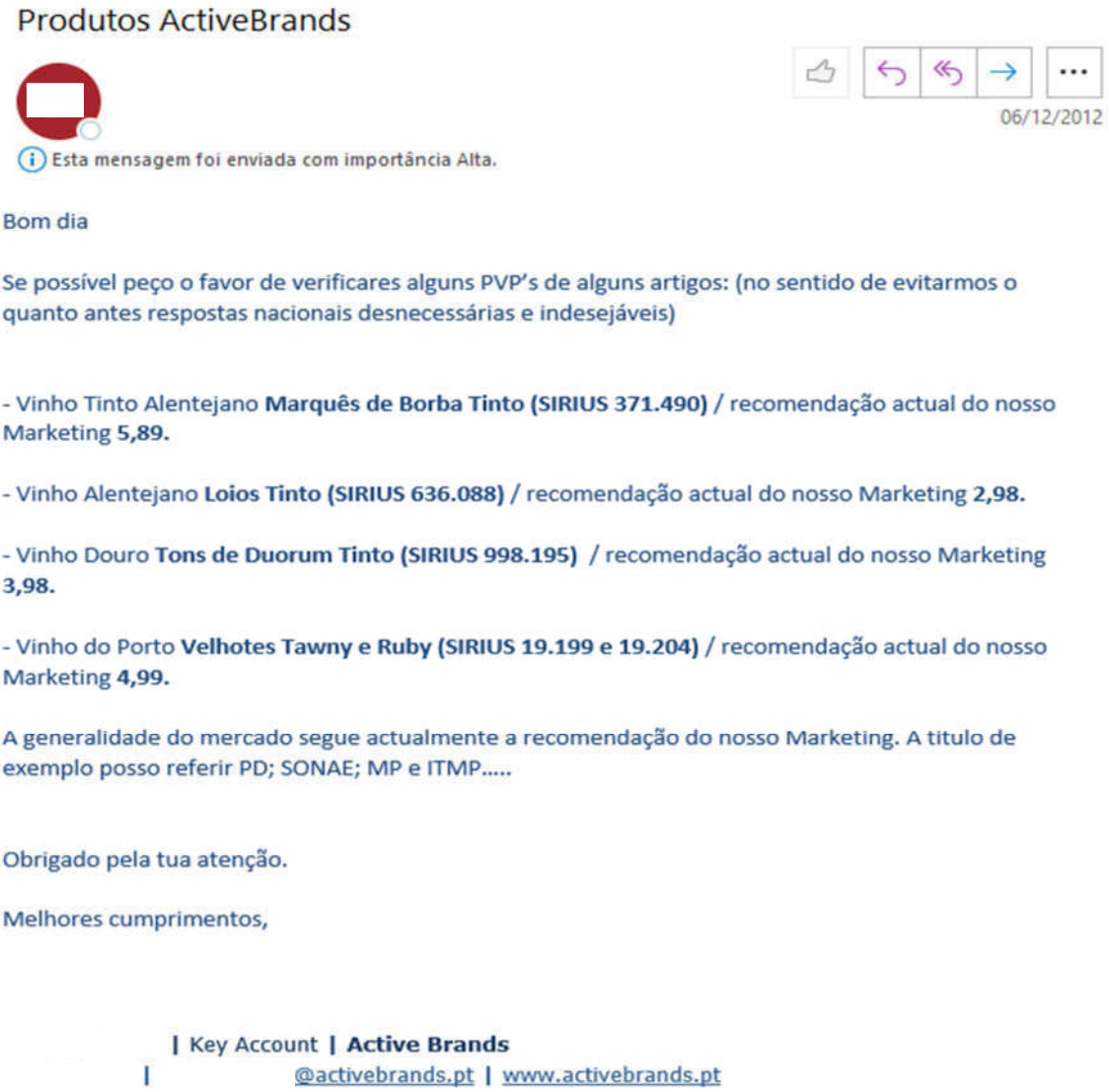
1293. No documento ActiveBrands723 é solicitado à Auchan que proceda à adequação dos PVP às «*recomendações*» da Active Brands, por forma a evitar «*respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis*», *i.e*, reações das concorrentes a desvios ao PVP, que estão, como descrito *supra*, na génese das inconvenientes «*guerras de preços*», salientando a Active Brands, como

[683] Cf. §302 da PNI Pingo Doce.

[684] Cf. §303 da PNI Pingo Doce.

[685] Cf. §376 da PNI Active Brands.

incentivo ao alinhamento, que «[a] *generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A título de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP*»:



Produtos ActiveBrands

06/12/2012

Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

Bom dia

Se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)

- Vinho Tinto Alentejano **Marquês de Borba Tinto (SIRIUS 371.490)** / recomendação actual do nosso Marketing **5,89.**

- Vinho Alentejano **Loios Tinto (SIRIUS 636.088)** / recomendação actual do nosso Marketing **2,98.**

- Vinho Douro **Tons de Duorum Tinto (SIRIUS 998.195)** / recomendação actual do nosso Marketing **3,98.**

- Vinho do Porto **Velhotes Tawny e Ruby (SIRIUS 19.199 e 19.204)** / recomendação actual do nosso Marketing **4,99.**

A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP.....

Obrigado pela tua atenção.

Melhores cumprimentos,

| Key Account | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

1294. Uma comunicação desta natureza apenas se justifica num contexto de uma relação comercial em que a promoção do alinhamento de PVP é prática habitual e em que os incentivos na manutenção deste se encontram alinhados e perfeitamente definidos pelas visadas.

1295. O teor do *e-mail* ActiveBrands189 *supra* e dos documentos ActiveBrands965 e ActiveBrands807, *infra*, permitem rebater a alegação da Auchan de que «*não existe uma política de preços centralizada* (como parece suceder com outras insígnias) *e, do mesmo modo, nunca a Auchan poderia contribuir para um qualquer plano de ação comum, determinado por um fornecedor e um conjunto de insígnias e alicerçado num objetivo de movimento concertado de preços em todas as lojas da rede*»[686]:

[686] Cf. §289 da PNI Auchan.

PVP Velhotes Auchan

From:

To:

Date: Fri, 29 Nov 2013 11:55:29 +0000

Equipa,

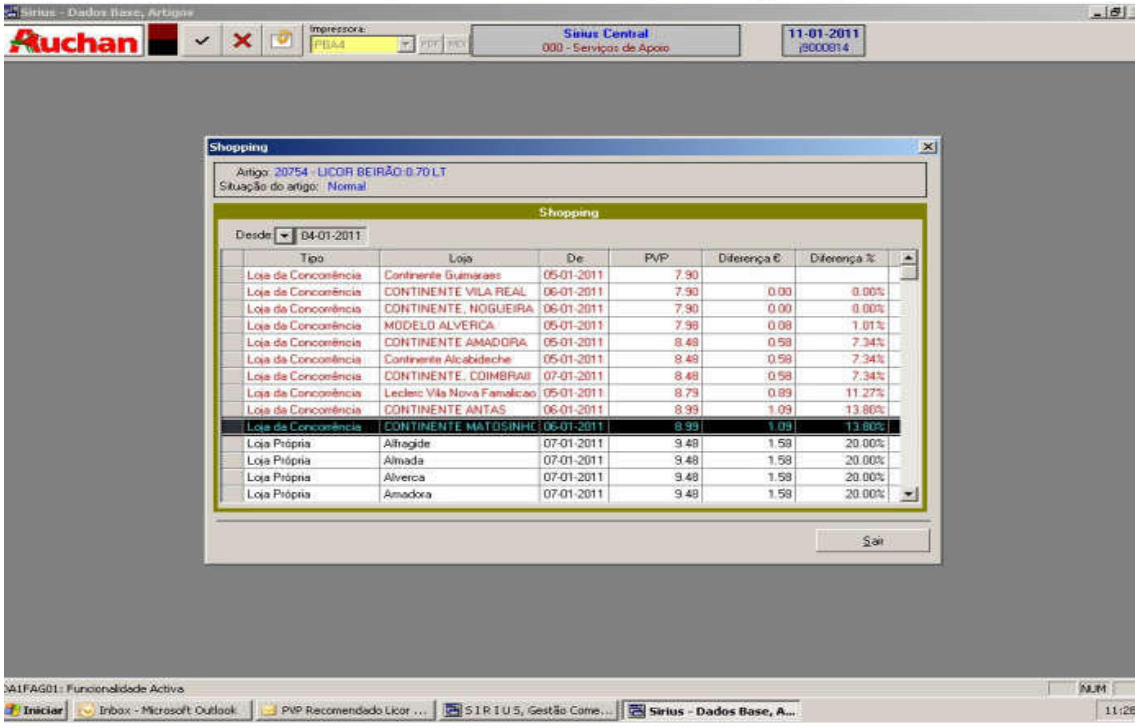
O Auchan trancou centralmente os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€ durante uma semana como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação.

Obg. e um abraço,

RE: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 11 Jan 2011 11:30:17 +0000

Tenho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço.
Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder.



1296. O argumento de que a Auchan «*segue uma política de preços mais baixos, determinada loja a loja*»[687] é refutado, por exemplo, pelo bloqueio de preços a nível central por uma semana, em resposta a um preço praticado pela Pingo Doce (cf. documento ActiveBrands965) ou com a indicação constante do documento ActiveBrands807 «(…) ***tenho <u>todas as lojas</u> do grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço. Há 4 dias***

[687] Cf. §289 da PNI Auchan.

que estou descompetitivo, *espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou* ***serei obrigado a responder*** (…)». (destaque e sublinhado da Autoridade)

1297. Contesta-se igualmente o retrato traçado pela Auchan na respetiva defesa, porquanto não encontra arrimo nos factos a ideia de que «[p]*or contraste, as insígnias como a Auchan, que pretendem definir de forma autónoma os seus preços, acabam por ser alvo de pressão pelo fornecedor, junto das suas lojas, com vista ao aumento dos PVPs em detrimento do consumidor*»[688]. Efetivamente, não se vislumbra nos elementos de prova uma concretização da alegada pretensão da Auchan no sentido de «*definir de forma autónoma os seus preços*».

1298. O documento ActiveBrands807 é elucidativo da participação ativa da Auchan no alinhamento de preços, pois, além de indicar um bloqueio de preços a nível nacional que dura há, pelo menos, 4 dias, atuação que não é compatível com a alegada autonomia na determinação de PVP, surge como resposta a um pedido de reposicionamento de PVP da Active Brands:

De:
Enviada: terça-feira, 11 de Janeiro de 2011 10:48
Para:
Assunto: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

Bom dia
Se possível peço o favor de verificares o PVP de Licor Beirão. Actualmente recomendamos 9,48€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1299. Ou seja, perante um pedido de verificação da Active Brands, não só a Auchan confirma que segue a «*recomendação*» da Active Brands, como sinaliza que a segue por tempo prolongado e com efeitos que são lesivos dos seus interesses, razões pelas quais indica que se encontra «*descompetitiva*», o que sugere que pretende que o fornecedor procure estabelecer o alinhamento de PVP ou contribua financeiramente para que a Auchan mantenha este PVP, posição que contraria o argumento de que «*as especulações da AdC de que as empresas visadas condicionariam a sua adesão às recomendações da Active Brands ao facto de as mesmas serem seguidas pelo Pingo Doce, também não tem, no caso da Auchan, qualquer adesão à realidade. Não são apresentados meios de prova concretos que o consubstanciem verdadeiramente*»[689], já que a Auchan procedeu ao bloqueio central do PVP indicado pela Active Brands na expetativa de que as suas concorrentes acompanhassem o mesmo movimento e, quando confrontada com o cenário inverso, ameaça o fornecedor com uma reação («*espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*»).

1300. Rejeita-se, assim, a interpretação sugerida, no sentido de «*o uso da expressão alinhamento refere-se sempre ao seguimento dos preços recomendados pela Active Brands, não existindo qualquer indício de que a comunicação se pudesse em algum sentido referir a um alegado plano*

[688] Cf. §342 da PNI Auchan.

[689] Cf. §388 da PNI Auchan.

de ação comum entre concorrentes»[690], uma vez que a Auchan refere especificamente que «*a minha concorrência continua a baixo deste preço. Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*», o que revela uma total falta de autonomia na determinação da sua posição comercial («*a minha concorrência continua a baixo deste preço*») e uma dependência da coordenação de posicionamento que é operacionalizada pelo fornecedor («*espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*»).

1301. É evidente que aquilo que se procura evitar, como se tem referido, é a ocorrência de uma guerra de preços, que prejudica todas as visadas, que se veriam, assim, na circunstância de concorrerem pelo preço, sacrificando as margens (a rentabilidade) em prol da transferência de valor para o consumidor, pelo que não é verdade que a AdC não logra «*demonstrar que, nas situações identificadas ao longo da NI, pelo menos quanto à Auchan, que o posicionamento da insígnia resultou de um acordo ou prática concertada com vista ao nivelamento de PVPs no mercado*»[691]. Resulta evidente que a Auchan mantém o posicionamento de PVP indicado na expectativa que as suas concorrentes alinhem, mesmo encontrando-se «*descompetitiva*».

1302. Na impugnação da Auchan relativamente ao teor dos documentos ActiveBrands880 e ActiveBrands1027, esta empresa de distribuição apresenta prova documental que considera sustentar a sua interpretação dos factos constantes dos mesmos, considerando que estes não permitem imputar qualquer comportamento à Auchan, em virtude de não terem dado origem a alteração dos preços nem relevarem para efeitos de imputação de condutas à Auchan.

1303. A AdC não ignora o facto de se tratar de *e-mails* internos da Active Brands que mencionam, além das insígnias visadas, duas empresas de distribuição não visadas (Dia/Minipreço e Intermarché). Todavia, o teor dos documentos referidos relevam na medida em que demonstram que não estão em causa negociações lícitas, no quadro de uma relação comercial normal, mas, ao invés, concretizações de um entendimento estabilizado, transversal, entre as empresas de distribuição e o fornecedor, que almejam a implementação de determinado PVP – sempre com vista ao respetivo alinhamento – ainda que, naturalmente, contrastado por situações pontuais em que não se tenha materializado, como aquelas referidas pela Auchan.

1304. Importa salientar que está em causa uma estratégia conjunta que, evidentemente, funciona nuns momentos melhor, noutros pior, em virtude de uma panóplia de fatores, tais como a necessidade de ameaçar e/ou responder a preços praticados por insígnias desviantes da concertação, ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa concorrente, o que não impede que o teor dos elementos de prova reflita a constante promoção coordenada do alinhamento de PVP pelas visadas.

[690] Cf. §286 da PNI Auchan.

[691] Cf. §349 da PNI Auchan.

1305. Atendendo à prova documental carreada pela própria Auchan (*i.e.* duas grelhas de preços em loja – documentos 3 e 4 anexos à PNI), cumpre enfatizar que, nas palavras da própria Auchan, «*observa-se que essa alegada prova se circunscreve a um período de dias, sendo, todavia, claro que existiam dezenas de movimentações de preços ao ano* (…)»[692], sendo demonstrado em muitas destas o alinhamento ou (re)posicionamento de PVP por esta visada em resultado da concertação. Isto é, ainda que, nestes casos concretos, o alinhamento não tenha sido verificado em resultado da decisão da Auchan, essa circunstância não elimina os comportamentos prévios dessa visada tendentes a alcançar esse alinhamento (cf. documentos ActiveBrands703, ActiveBrands638, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands723, ActiveBrands191, ActiveBrands822, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands151, ActiveBrands689, ActiveBrands1098, ActiveBrands201).

1306. Ora, nos termos *infra* desenvolvidos no capítulo IV.1.3, a proibição das condutas em causa não implica a produção efetiva dos resultados ou efeitos que as motivam, bastando que sejam suscetíveis de os produzir.

1307. Ademais, 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 (*e-mails* internos) ou a utilização de documentos que consubstanciem prova indireta, remetendo-se para o já referido *supra*[693] nesta matéria.

1308. Como já se referiu, a prova revela que as insígnias têm conhecimento, através do fornecedor comum, acerca do comportamento adotado ou perspetivado pelas suas concorrentes em matéria de determinação de preços e que é com base nessa informação que determinam os seus próprios PVP.

1309. A consciência das insígnias de que os PVP comunicados pela Active Brands são o ponto focal para a convergência de movimentos resulta, desde logo, do facto de a comunicação do fornecedor ser muito explícita a esse propósito, recorrendo amiúde a referências como «*a generalidade do mercado segue atualmente a recomendação do nosso Marketing. A título de exemplo posso referir PD, Sonae, MP e ITMP*»[694], «[a] *generalidade do mercado encontra-se*

[692] Cf. §376 da PNI Auchan.

[693] Cf. §864 a 872 da presente Decisão. Aí se demonstrou, em síntese, que os *e-mails* internos têm particular valor probatório nos casos em que se pretende demonstrar uma conduta e uma postura referentes à empresa no seio da qual são enviados, e, simultaneamente, possuem valor enquanto prova indireta, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º da LdC (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 visadas.

[694] Cf. documento ActiveBrands723.

dentro das recomendações do marketing (PD, MP…)»[695], «[a] *generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 11,49€ (PD, ITM, JMB, ECI…) - se necessário envio talão*»[696].

1310. Resulta, ainda, do acervo probatório constante dos autos que a Active Brands não é a única visada que impulsiona os alinhamentos de PVP. Existem no processo documentos que demonstram que a iniciativa para a prática de alinhamento tanto podia partir do fornecedor como das próprias insígnias.

1311. Revisite-se, a título de exemplo, os documentos acima descritos nos §§1198 a 1212 da presente Decisão, nos quais se pode verificar que é a própria MCH que interpela a Active Brands no sentido de promover um alinhamento de PVP na sequência das alterações relativas ao IABA (Imposto sobre Álcool e Bebidas Alcoólicas) previstas no Orçamento de Estado.

1312. No que respeita à instrumentalização de ações promocionais como meio alternativo para a fixação dos PVP e respetivo alinhamento no mercado, salienta-se que a sua importância era tal que justificava igualmente a utilização, por parte deste fornecedor, do mecanismo de compensação das ações promocionais para nivelar as condições de PVP (e outras) entre as insígnias concorrentes[697]. Com efeito, era prática da Active Brands, sobretudo junto da MCH, a negociação de descontos com vista ao acatamento do PVP de modo a contribuir para o alinhamento deste junto do consumidor, evitando divergências entre os PVP praticados pelas diferentes visadas[698].

1313. Efetivamente, mesmo considerando que as promoções são conciliadas entre fornecedor e empresas de distribuição e que podem subjazer à respetiva negociação, simultaneamente, motivações lícitas, o que a prova constante dos autos e detalhadamente descrita na presente Decisão demonstra é que, sem prejuízo, se verifica a utilização deste expediente pelas visadas como meio alternativo para assegurar o alinhamento, sendo, nessa medida, instrumental do mesmo[699].

1314. O que se constata é que os descontos a ser aplicados estão, por um lado, dependentes do cumprimento do PVP correspondente[700], o que atesta o caráter vinculativo dos PVP em causa e a forma como estes constituem um incentivo ao alinhamento, e por outro, a própria

[695] Cf. documento ActiveBrands916.

[696] Cf. documento ActiveBrands210.

[697] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands200, ActiveBrands744 e MCH1523.

[698] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands1060, ActiveBrands558, ActiveBrands737 e ActiveBrands900.

[699] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands1561 e ActiveBrands1591.

[700] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands1019 e ActiveBrands113.

calendarização destas ações promocionais, muitas vezes, objeto de articulação e concertação entre o fornecedor e as insígnias (ou entre estas através daquele)[701].

1315. O documento ActiveBrands1092, *supra* descrito nos §§920 a 923, atesta estas conclusões porquanto, no seguimento da proposta de ajustes, efetuada por uma colaboradora da Pingo Doce, a uma tabela com condições promocionais de produtos da Active Brands, o Diretor Geral/Administrador este fornecedor solicita expressamente que sejam mantidas as ações promocionais conforme definidas no início do ano, considerando que «[s]*eria um "erro de casting"* (…) ***colocar em causa todo o trabalho de reposicionamento da Marca Velhotes (que foi realizado com a Vossa preciosa ajuda é claro)*** *ao realizar promoções que nos levariam a PVP's inferiores aos Recomendados e mesmo, inferiores aos do ano passado.* ***Isto para não falar de que todo o mercado entraria numa espiral de resposta e promoção de preço que colocaria em causa o Verão***» (destaques da Autoridade)

1316. A liberdade e a autonomia alegadas pelas visadas nas respetivas PNI, em particular quanto à negociação de PVP e de ações promocionais, é, na verdade, colocada ao serviço da prossecução do objetivo comum de alinhamento de PVP descrita nesta Decisão, em vez de motivarem uma atuação independente no mercado da qual resultariam campanhas promocionais distintas, produto das suas escolhas individuais.

1317. A iniciativa da MCH encontra-se retratada em alguns dos documentos abaixo mencionados no capítulo III.3.1.5, nos quais a utilização de ações promocionais como incentivo para alinhamento de PVP era ostensivamente utilizado[702].

1318. 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 determinado PVP e que conduz ao – e assegura o – alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista com recurso ao fornecedor.

1319. A AdC identifica, na prova, evidências concretas e inilidíveis da existência de um objetivo comum partilhado por todas as empresas participantes (fornecedor e insígnias), a nível nacional, em função do qual essas empresas adaptam os seus comportamentos.

1320. Conforme exposto anteriormente na presente Decisão, a AdC tem e a prova apurada sustenta uma perspetiva diferente das visadas sobre o impacto do contexto jurídico-económico nos comportamentos investigados[703].

1321. Onde as visadas identificam, em traços genéricos, um substrato legítimo e lícito para os comportamentos, a AdC identifica provas concretas de coordenação/concertação e da implementação efetiva da mesma, suportadas por um alto nível de concentração, pesados custos operacionais e investimentos em capitais fixos (conforme admitido pelas próprias

[701] Cf. entre outros, os documentos MCH958, ActiveBrands224 e ActiveBrands195.

[702] Cf. documento. MCH1523, §§1639 a 1646 da presente Decisão, documento MCH1579, §§1648 a 1649 da presente Decisão, e documento ActiveBrands38, §1685 da presente Decisão.

[703] Cf. capítulo III.2.6 da presente Decisão.

visadas – cf. §§681 a 690 *supra*), a supremacia de uma perceção de preços baixos e promoções, grande transparência e disseminação dos meios de comunicação.

1322. Refere a própria Pingo Doce que, «[c]*omo os recursos económicos dos portugueses não aumentaram e, antes pelo contrário, até diminuíram, e acentuadamente (pelo menos entre o período 2008-2015), tornou-se patente que o aumento do [Confidencial – estratégia comercial da visada] da [Confidencial – estratégia comercial da visada]*»[704].

1323. Neste contexto, reitera-se que ao fornecedor interessa a manutenção de um determinado nível de preço para os seus produtos, que lhe garanta o máximo de rentabilidade possível, e às empresas de distribuição importa a manutenção das suas margens comerciais e a garantia de que as suas concorrentes mantêm os PVP alinhados com os seus, de forma a que nenhuma tenha preços mais baixos.

1324. Neste sentido, recorde-se o documento ActiveBrands1027, cujo teor denuncia que a estratégia de alinhamento de PVP definidos pela Active Brands no mercado, nos termos descritos nesta Decisão, «*é importante por várias razões…desde logo por razões de rentabilidade mas também porque baliza o primeiro folheto de Natal deste artigo*» (sublinhado da AdC).

1325. Em suma, a prova revela a formação de um *iter* cognoscitivo determinante para a formação da vontade das insígnias quanto à definição dos PVP, que se reveste de uma natureza anticoncorrencial, pois traduz-se numa concertação prática, alcançada por via do fornecedor, que viabiliza, através da manutenção de relações bilaterais com as várias insígnias, a existência e manutenção de uma relação multilateral, com o objetivo de fixar, de forma alinhada, os PVP.

1326. Fica, assim, demonstrado que a prova revela a existência de um conjunto de comportamentos e circunstâncias determinantes para a formação da vontade das empresas visadas no sentido do alinhamento dos PVP.

1327. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que os PVP são determinados por cada insígnia e pelo fornecedor – de forma livre, espontânea e esclarecida – em função de uma concertação, alcançada através desse mesmo fornecedor, que reúne a participação de todas as visadas na prossecução de um objetivo comum que se traduz no alinhamento de PVP no mercado, de forma a viabilizar subidas conjuntas e simultâneas de PVP.

1328. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.3.2 da presente Decisão relativa ao alinhamento horizontal dos PVP e que as provas contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência, nos termos que se qualificam *infra* na secção do Direito.

[704] Cf. §210 da PNI Pingo Doce.

III.3.1.4 Controlo, monitorização e correção dos PVP praticados no mercado

1329. Os elementos de prova constantes do processo demonstram que existem mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista.

1330. Neste sentido, como se observou *supra*, a indicação dos PVP a praticar no mercado retalhista por parte do fornecedor constitui apenas uma etapa dos comportamentos em causa, verificando-se a existência de outros mecanismos utilizados para a respetiva fixação, nos quais estão envolvidas todas as empresas visadas, com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento destes no mercado.

1331. Ora, outra das etapas/condutas corresponde ao controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado, o que é realizado quer por iniciativa e atuação do fornecedor, quer das próprias empresas de distribuição.

1332. Importa salientar que estes mecanismos visam a correção de eventuais desvios ao PVP fixado e ilustram o papel de interdependência entre as empresas de distribuição visadas e entre estas e o fornecedor na promoção da fixação e do alinhamento dos PVP no mercado.

1333. Com efeito, resulta da prova nos autos que, sendo detetado algum desvio face aos PVP pretendidos e concertados/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.

1334. Conforme acima evidenciado, um dos métodos mais simples e mais utilizados para solicitar ou confirmar a correção de desvios face aos PVP concertados (nos termos que decorrem dos factos que têm vindo a descrever-se) passa pelo envio, através do fornecedor, de talões de compra.

1335. Estes talões de compra servem como comprovativo de que um determinado PVP, de determinado produto, está a ser praticado, em determinado momento, por determinada empresa de distribuição (i.e., está correto, já foi corrigido ou precisa de correção).

1336. A mecânica comportamental que acaba de descrever-se resulta de vários dos documentos já analisados no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, designadamente os documentos ActiveBrands183 (cf. §11421142 *supra*), ActiveBrands119 (cf. §115211521152 *supra*), ActiveBrands673 e ActiveBrands786 (cf. §1122 *supra*), existindo outros, que passarão a descrever-se.

1337. Veja-se o documento ActiveBrands1021, que consiste num *e-mail* de 14 de outubro de 2009, em que uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands *shopping* do PVP praticado por diversas empresas de distribuição (incluindo a Auchan e a Pingo Doce) no produto «*Licor Beirão*» «*para seu conhecimento e análise*». Na sequência deste *e-mail*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a seguinte indicação à sua equipa de *KA*:

FW: Shopping Licor Beirão

From:
To:

Bcc:
Date: Wed, 14 Oct 2009 11:52:11 +0100

Equipa,
Muito urgente subir PVP < 8,98.
Obg. e um abraço,

1338. No documento ActiveBrands1028, de 10 de novembro de 2009, a MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands a seguinte mensagem: «[a]*nexo shopping para sua análise, preciso falar consigo sobre a temática o mais breve quanto possível*».

1339. Em resposta a esta solicitação, o Diretor Off-Trade da Active Brands responde «[p]*eço-lhe alguma compreensão relativamente ao PVP apresentado por algumas lojas Leclerc na medida em que se trata de uma cadeia que, para além de trabalhar com margens mínimas em promoção, representa pouco mais de 1% dos consumos dos lares portugueses*», não deixando ainda de garantir que «[n]*as cadeias de referência a situação está normalizada*».

1340. Salienta-se a utilização da expressão «*a situação está normalizada*» para descrever o alinhamento de PVP nas «*cadeias de referência*», demonstrativa do padrão de normalidade que este tipo de comportamentos assumia para as visadas.

1341. O documento ActiveBrands873 consiste num *e-mail* de 6 de janeiro de 2010, em que a MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands um ficheiro Excel contendo o PVP praticado por várias insígnias na venda do produto «Licor Beirão» (incluindo o PVP praticado pelo E.Leclerc[705] a 7,90 euros) com a seguinte mensagem «[a]*nexo shopping do Licor Beirão, e ressalvo que o PVP praticado pelo Leclerc é totalmente impossível de acompanhar*». Na sequência deste envio, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite ao Diretor Geral/Administrador ([Confidencial – Dados Pessoais]): *«Se estes 7,90 não se alteram vamos ter (mais) chatices com Sonae…».*

1342. O teor deste *e-mail é* revelador de que a prioridade das empresas de distribuição (e, em particular, neste caso, da MCH) era garantir a correção dos desvios detetados como forma de manter o alinhamento de PVP, sendo a concessão pela Active Brands de condições

[705] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

financeiras para igualar[706] o preço das concorrentes a segunda alternativa admissível para tais empresas, tendo sempre em vista a manutenção da estabilidade dos preços no mercado (conforme melhor desenvolvido no capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).

1343. No documento ActiveBrands877 de 11 de janeiro de 2010, constata-se que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a um colaborador da sua equipa o seguinte *e-mail* sobre a necessidade de reposicionar o PVP da Auchan na sequência da análise de *shopping* reportado pela MCH:

No Subject-10.EML

From:

To:
Date: Mon, 11 Jan 2010 18:22:00 +0000

A Sonae tem no shopping Loios no Jumbo de Setúbal a 2,29€. Será possível? Recomenda subida sff.

Obg. e um abraço,

1344. Se nos casos *supra* descritos a monitorização é realizada pelas empresas de distribuição visadas (e reportada à Active Brands), noutros casos a monitorização é realizada diretamente pelo próprio fornecedor, ou seja, pela Active Brands.

1345. Neste sentido, veja-se o documento ActiveBrands239, que consiste num *e-mail* interno (Active Brands), de 9 de fevereiro de 2010, sobre o assunto «*Shopping do mês de Janeiro*», em que a Active Brands faz o ponto de situação dos preços que estão a ser praticados no mercado pelas várias empresas de distribuição ao longo do mês de janeiro de 2010, incluindo a Auchan, a MCH e a Pingo Doce, relativamente a um conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands[707].

[706] Como se demonstra na presente Decisão, a exigência por parte das empresas de distribuição, junto do fornecedor, de condições comerciais, financeiras ou outras para acompanhar os PVP desviados (nas palavras das visadas, para deixarem de estar «*descompetitivas*») visa não o objetivo de competir pelo preço com as concorrentes, eventualmente praticando PVP inferiores, mas apenas e tão-só o realinhamento de todas pelo nível do preço desviado, assim mantendo o *statu quo* de posicionamento no mercado, em termos equivalentes aos prévios ao desvio.

[707] O documento ActiveBrands219 contém uma análise e anexo semelhantes com indicações de reposicionamento semelhantes, mas atualizadas de acordo com os dados do mês de fevereiro de 2010, o que indica que esta análise e determinação interna dos reposicionamentos a efetuar era feita com regularidade.

1346. Refira-se que do documento ActiveBrands218, que integra a mesma conversação, resulta claramente que o shopping em causa foi recolhido pela própria Active Brands: «*os preços são os fornecidos pela equipa de vendas, não há qualquer tipo de erro*».

1347. Destacam-se *infra* alguns exemplos que constam da análise em causa e que apontam no sentido da necessidade de reposicionamento (em alta ou em baixa) e, consequentemente, realinhamento dos preços praticados pelas várias insígnias, nomeadamente as empresas de distribuição visadas, no sentido de convergirem com os PVP recomendados:

VINHOS SOGEVINUS

1. **Tavedo Tinto:**
   a. Hipers&Supers: Nas contas ITMI, Sonae e Jumbo o preço deve ser reduzido, visto estar acima do recomendado. Nas contas ECI e Jorge Sá, o preço deverá ser aumentado, porque o Esteva está com um preço acima do estimado.
2. **Burmester Jockey Club:**
   a. Hipers&Supers: Reposicionar preço nas contas ITMI (verificar no ficheiro as lojas prioritárias) e Sonae, pois o preço está acima do recomendado. Nos hipers, Ferreira D. Antónia está com preço inferior ao estimado. No caso da Sonae e Jumbo, os preços estão superiores ao desejado. No caso do Leclerc e do Feira Nova, os preços estão inferiores ao recomendado.

1. **Licor Beirão:**
   a. Hipers&Supers: Reposicionar preços em todas as cadeias (para cima), à excepção do ECI. Verificar lojas no ficheiro.
   b. Cashs e Distrib.: Tentar reduzir o preço do Recheio de Portimão e da Makro de Faro, bem como do Grossão. (verificar preços no ficheiro).
2. **Carolans:**
   a. Hipers&Supers: Na cadeia Pingo Doce, tentar aumentar o preço (verificar lojas no ficheiro) e diminuir no ECI, em que o preço acima do desejado foi constante no mês de Janeiro.

1348. No documento ActiveBrands874, de 23 de fevereiro de 2010, na sequência do envio de *shopping* pela MCH sobre o produto «CR&F», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia à sua equipa de *KA* o seguinte *e-mail* sobre a necessidade de reposicionar o PVP da Auchan para os 12,99 euros, uma vez que será necessário «*para o folheto de Páscoa da*» MCH:

FW: Book6.xls

From:

To:

Date: Tue, 23 Feb 2010 11:55:39 +0000
Attachments: Book6.ZIP (4,98 kB)

Equipa urgente reposicionar CR&F 12,99€ Auchan. Preciso deste PVP para o folheto de Páscoa da Sonae.

Um abraço,

De:
Enviada: terça-feira, 23 de Fevereiro de 2010 11:43
Para:
Cc:
Assunto: Book6.xls

Anexo shopping da Aguardente CR&F.

1349. Percebe-se, assim, que o *shopping* recebido desencadeou a necessidade de atuação junto da empresa desviante para corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir, por essa via, que as insígnias visadas teriam um novo PVP de referência para eventuais ações promocionais.

1350. O documento ActiveBrands832 (de 26 de outubro de 2010) com o assunto «*RE: Shopping*» é também revelador deste procedimento de correção desencadeado, muitas vezes, pelos reportes enviados pelas empresas de distribuição.

1351. Neste âmbito, uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands uma tabela, que se transcreve parcialmente, contendo o *shopping* do PVP praticado por um conjunto de insígnias concorrentes (incluindo da Auchan e Pingo Doce) «*para conhecimento e análise*». Em reação a este *e-mail*, o referido Diretor transmite aos seus *KA* a urgência em corrigir o PVP junto das lojas da Jumbo/Auchan[708]:

[708] Neste caso em particular, não foi necessário proceder à correção, uma vez que, em resposta a este *e-mail*, o *KA* da Active Brands revela que a Active Brands fez o seu próprio *shopping* e trata-se de um erro: «[a]*inda hoje estive fazer o shopping num Jumbo e o 70 cl esta 9,48€ e o 50 cl está a 7,49€, acho quem anda a fazer shopping no Jumbo não sabe distinguir 70 cl de 50 cl é só para fazer confusão.*».

De:
Enviada: terça-feira, 26 de Outubro de 2010 12:54
Para:
Assunto: FW: Shopping

Equipa,
Muito urgente : recomendar Beirão 9,48€ nas lojas Jumbo de Almada, Vila Real e Coimbra.
Um abraco.

De
Enviada: quarta-feira, 20 de Outubro de 2010 14:43
Para:
Cc:
Assunto: Shopping

Boa tarde

Anexo shopping para seu conhecimento e análise.

#Artigo	Descrição Artigo	#Conc	Concorrente	Data Recolha	Preço	Fornecedor
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	11018	JUMBO-ALMADA	18-10-2010	7.49	ACTIVE BRANDS
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	11915	JUMBO VILA REAL	18-10-2010	7.49	ACTIVE BRANDS
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	11986	JUMBO COIMBRA	18-10-2010	7.49	ACTIVE BRANDS
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	12491	LECLERC LOUSADA	18-10-2010	7.95	ACTIVE BRANDS
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	11073	LECLERC-LAMEGO	18-10-2010	7.99	ACTIVE BRANDS
2050175	LICOR BEIRAO 70CL	11074	LECLERC-FEIRA	18-10-2010	7.99	ACTIVE BRANDS

1352. Veja-se também o documento ActiveBrands710, de 8 de novembro de 2010, que consiste num *e-mail* enviado por um colaborador da Auchan ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, onde aquele mostra o seu descontentamento pela incapacidade da Active Brands em alinhar a Pingo Doce com o PVP concertado para o «Licor Carolans» e solicita expressamente o reposicionamento de tal preço («*[e]stamos no início de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este preço.*»):

No Subject.EML

From:
To:
Date: Mon, 08 Nov 2010 11:58:17 +0000

Estamos no inicio de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este preço

1353. Outra situação consta do documento ActiveBrands688, que inclui *e-mails* com datas entre 6 e 15 de novembro de 2010, com o assunto «*FW: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)*», em que o Diretor de *Off-Trade* da Active Brands procura corrigir o PVP praticado pela MCH, por estar desalinhado com o mercado:

De:
Enviada: sábado. 6 de Novembro de 2010 21:16
Para:
Cc:
Assunto: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)
Importância: Alta

Boa tarde
Peço-lhe o favor de verificar o PVP de Porto Velhotes Tawny-Ruby-White. Actualmente recomendamos 4,69€. 4,44€ não tem paralelo com o mercado (PD, MP, ITM...), destrói valor de marca e penaliza a sua MG. Não é compreensível...mais ainda quando falamos de artigos bloqueados. Agradeço o seu feedback.

1354. Em resposta, a MCH esclarece que está a reagir ao *shopping* do mercado e envia cópia do mesmo, o que leva a Active Brands a reiterar o pedido de reposicionamento para evitar «*outras respostas nacionais*», que «*não conseguir*[á] *conter*»:

From:
Sent: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 13:05
To:
Cc:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)
Importance: High

Boa tarde
Atendendo ao carácter localizado e temporário dos PVP < 4,69 peço-lhe o favor de reconsiderar pois a sua resposta nacional vai gerar outras respostas nacionais que não conseguirei conter (e tão depressa não voltaremos a 4,69).
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 11:42
Para:
Cc:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Bom dia

Os PVP's de folheto devem-se ao shopping que recebemos na data em que estes foram marcados.

Envio em anexo o shopping em causa.

Estarei ao dispor para qualquer esclarecimento adicional que considere necessário.

Obrigada.

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

1355. Perante a recusa da MCH, a Active Brands sublinha que: «[q]*uase 100% do mercado segue a recomendação do meu marketing (4,69€) nomeadamente as cadeias que disputam a liderança com a Sonae. Não percebo a resposta nacional a uma situação pontual e temporária, mais ainda num artigo bloqueado onde (segundo refere) tem problemas de MG. Sugiro actualização do PVP de folheto (caso o artigo venha a ser aberto) ou em alternativa peço-lhe que retire o artigo do folheto ou que o substitua por outro*».

1356. A Active Brands deixa mesmo o seguinte aviso: «[a]*s maiores cadeias nacionais marcam 4,69 (embora algumas lojas Jumbo estejam a acompanhar o seu preço). A situação é grave e terei*

muita dificuldade em conter PD e MP caso insista no seu preço. Apelo à sua compreensão» e ainda «[p]*uxará a totalidade do mercado para 4,44 (perdendo a vantagem relativa que tem neste momento e inviabilizando a possibilidade de um reposicionamento rápido)*».

1357. A MCH recusa e detalha o *shopping* relativo às insígnias que considera não estarem a cumprir o posicionamento de PVP indicado pela Active Brands e que terão levado à suspensão das compras de um conjunto de artigos, de forma a trabalharem uma solução:

From:
Sent: sexta-feira, 12 de Novembro de 2010 11:48
To:
Subject: FW: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ - MUITO URGENTE
Importance: High

Boa tarde,

Como sabe o artigo está em folheto e tinhamos shopping com preços mais baixos.
Não é possível retirar o artigo de folheto.

Agradeço solução para trabalharmos em Novembro/ Dezembro , os artigos suspensos.
Proponho que nos enviasse hoje uma proposta, para que fosse analisada e falássemos na 2ª feira.

CATCOD	ARTIGO	COD	CONCORRENTE	PVPConc
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	11077	LECLERC ENTRONCAMENT	3,99
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	12491	LECLERC LOUSADA	3,99
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	12639	LECLERC-BOBADELA	3,99
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	13059	LECLERC S.DOM.RANA	4,29
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	11806	LECLERC VIANA CASTEL	4,39
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	12392	LECLERC BRAGA	4,39
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	11011	JUMBO-V.N.FAMALICÃO	4,45
3062050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	12131	LECLERC FAMALIÇÃO	4,45

Cumprimentos.

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

1358. A troca de *e-mails* que acaba de transcrever-se permite verificar que os comportamentos descritos na presente Decisão se reportam a um objetivo comum, partilhado entre a Active Brands 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 da concertação.

1359. É particularmente evidente, também, quer o papel do fornecedor na implementação dessa estratégia e a pressão a que está sujeito quando não consegue controlar («*conter*») os preços praticados no mercado retalhista, quer os fatores que determinam se uma determinada insígnia segue ou não o PVP indicado (a saber, o *shopping* e a deteção de eventuais desvios).

1360. O documento ActiveBrands634, com o assunto «*Aguardente CR&F*», de 23 de novembro de 2010, consiste num reporte da MCH à Active Brands relativamente a um desvio do PVP definido para o produto «CR&F» pela Pingo Doce, solicitando-se a análise da questão:

Aguardente CR&F

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 23 Nov 2010 15:56:33 +0000

Boa tarde

Continuamos com problemas na CR&F Reserva, o PD não alterou PVP mantendo 11.98€, o mesmo se passa com o Brandy 1920.

Solicito que analise esta questão e me envie por favor uma proposta, visto que não podemos estar mais caros que a concorrência.

Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

Modelo Continente Hipermercados, S.A.

1361. Do teor do *e-mail* que acaba de transcrever-se resulta que o que desencadeia os pedidos/exigências de melhores condições pela MCH à Active Brands é, em linha com o que tem vindo a referir-se, a deteção e reporte de desvios nas restantes empresas de distribuição em relação ao PVP recomendado pela Active Brands (no caso, os «*problemas*» com a Pingo Doce, a qual não alterou o PVP, ao que tudo indica, apesar das tentativas de correção promovidas pela Active Brands e a MCH, evidenciadas pela expressão «*continuamos*»), que serve como ponto de referência para o alinhamento, destinando-se essa negociação de condições (apenas) a igualar o PVP dos concorrentes (seja este superior ou inferior).

1362. Veja-se ainda o documento ActiveBrands153, de 13 de dezembro de 2010, que consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e um colaborador da Auchan com o assunto «*FW: Licor Beirão*»:

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 19:11
Para:
Assunto: RE: Licor Beirão

Boa tarde
No caso CNT já pedi actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC o meu colaborador vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana).
Melhores cumprimentos,

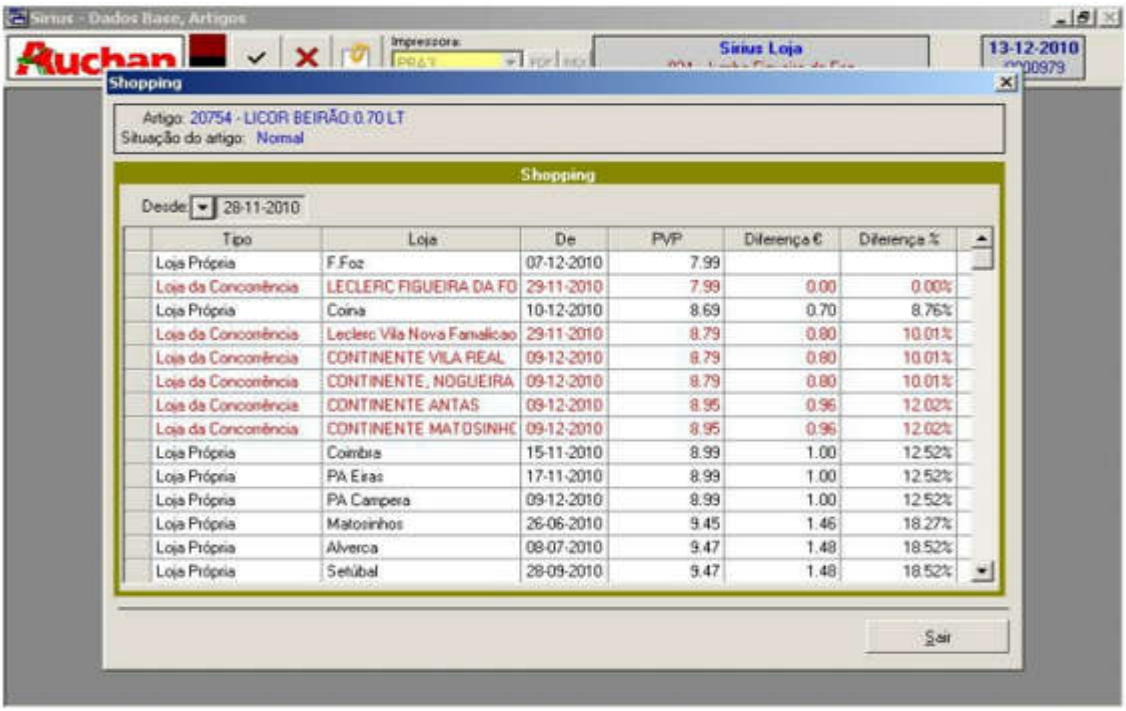
De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 17:56
Para:
Assunto: FW: Licor Beirão
Importância: Alta

Boa tarde

Não tenho condições para acompanhar o PVP do meu concorrente..
Aguardo os teus comentários.

Cumpts,

AucFian - Central Compras
Rua Maria Luisa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.



Tipo	Loja	De	PVP	Diferença €	Diferença %
Loja Própria	F.Foz	07-12-2010	7.99		
Loja da Concorrência	LECLERC FIGUEIRA DA FO	29-11-2010	7.99	0.00	0.00%
Loja Própria	Coina	10-12-2010	8.69	0.70	8.76%
Loja da Concorrência	Leclerc Vila Nova Famalicao	29-11-2010	8.79	0.80	10.01%
Loja da Concorrência	CONTINENTE VILA REAL	09-12-2010	8.79	0.80	10.01%
Loja da Concorrência	CONTINENTE, NOGUEIRA	09-12-2010	8.79	0.80	10.01%
Loja da Concorrência	CONTINENTE ANTAS	09-12-2010	8.95	0.96	12.02%
Loja da Concorrência	CONTINENTE MATOSINHO	09-12-2010	8.95	0.96	12.02%
Loja Própria	Coimbra	15-11-2010	8.99	1.00	12.52%
Loja Própria	PA Eiras	17-11-2010	8.99	1.00	12.52%
Loja Própria	PA Campera	09-12-2010	8.99	1.00	12.52%
Loja Própria	Matosinhos	26-06-2010	9.45	1.46	18.27%
Loja Própria	Alverca	08-07-2010	9.47	1.48	18.52%
Loja Própria	Setúbal	28-09-2010	9.47	1.48	18.52%

1363. O documento ActiveBrands814, de 18 de janeiro de 2011, com o assunto «*RE: PVP recomendado Velhotes*» ilustra um pedido de reposicionamento pela Active Brands à MCH, que o aceita no próprio dia, de forma a conter outros desvios e manter o alinhamento de PVP (i.e., de forma a «*conter respostas nacionais pelo Pingo Doce e Minipreço*»):

RE: PVP recomendado Velhotes

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 18 Jan 2011 10:55:38 +0000

O preço ainda hoje vai ser reposicionado para 4,39€.

Obrigada,

Gestor Categoria Vinhos Sul, Norte e Fortificados
Clube de Vinhos
Gourmet
Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tel: +

E-mail:

From:
Sent: terca-feira. 18 de Janeiro de 2011 10:50
To:
Cc:
Subject: PVP recomendado Velhotes

Bom dia
Peço-lhe o verificar o PVP do Porto Velhotes Tawny-Ruby-White em algumas das suas lojas (sob pena de não conseguir conter respostas nacionais PD e MP). Actualmente recomendamos 4,39€-4,69€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1364. O documento ActiveBrands155, de 20 de janeiro de 2011, consiste no envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do *shopping* realizado por esta empresa de distribuição com a mera indicação «[e]*nvio o shopping recolhido ontem*».

1365. Na falta de resposta da Active Brands, a MCH insiste («[o] *nosso PVP deverá estar a responder a este shopping. Este artigo é um artigo com grande visibilidade e não podemos estar descompetitivos face aos nossos concorrentes*»)[709], levando o Diretor Off-Trade da Active Brands a desencadear um processo de correção junto do Jumbo/Auchan, com recolha de talão comprovativo, enviando à equipa a indicação: «[r]*ecomendem actualizações JMB e se possível enviem-me o talão*».

1366. O documento ActiveBrands831, de 21 de janeiro de 2011, consiste no envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do *shopping* realizado por esta

[709] De novo, a referência à «*descompetitividade*» da MCH apenas significa que foram detetados no mercado preços desviados (mais baixos que os daquela insígnia), os quais a MCH pretende ver corrigidos pelo fornecedor.

empresa de distribuição com a indicação «[a]*nexo shopping para seu conhecimento e análise»,* seguindo-se a troca de mensagens transcrita *infra:*

RE: Shopping

From:
To:
Cc:
Date: Fri, 21 Jan 2011 09:05:27 +0000

Boa tarde,
Se no Natal marcamos aquele PVP é porque fomos confrontados com PVP na concorrência inferiores ao que recomendava.
Qual o ponto de situação ao dia de hoje e previsões futuras?

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mai

From:
Sent: quinta-feira, 20 de Janeiro de 2011 10:06
To:
Cc:
Subject: RE: Shopping

Bom dia
Se bem se recorda a espiral descendente começou com o seu catálogo de Natal. Na altura alertei repetidas vezes para este risco. Estou a tentar reposicionar mas não está a ser fácil devido à campanha 0%.
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quinta-feira. 20 de Janeiro de 2011 08:48
Para:
Cc:
Assunto: RE: Shopping

Boa tarde,
Quando podemos ter o PVP recomendado de 4,69 euros?
Ainda esta semana?
Necessito de uma reposta rápida.

Cumprimentos.

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mai

From:
Sent: quarta-feira, 19 de Janeiro de 2011 12:52
To:
Cc:
Subject: RE: Shopping

Bom dia
A generalidade do mercado está entre 4,39 e 4,69. Estou a tentar PD 4,69. As situações pontuais JMB < 4,39 serão resolvidas directamente nas lojas nos próximos dias.
Melhores comprimentos,

1367. Do documento que acaba de se transcrever resulta que: *(i)* na sequência do envio de *shopping* pela MCH, a Active Brands assegurou que já se encontrava «*a tentar*» reposicionar o PVP da Pingo Doce de acordo com o PVP Recomendado de 4,69 euros e que iria corrigir o PVP da Jumbo/Auchan «*nos próximos dias*»; *(ii)* a MCH quis apurar a data em que tal reposicionamento seria implementado conforme recomendação da Active Brands; *(iii)* a Active Brands justifica que está «*a tentar reposicionar mas não está a ser fácil*», devido a uma campanha levada a cabo pela MCH, que iniciou «*a espiral descendente*»; e *(iv)* a MCH explica que o PVP da campanha em causa foi uma reação a desvios em relação ao PVP «*recomendado*» da Active Brands e solicita expressamente informação sobre

reposicionamento atual e futuro («[q]*ual o ponto de situação ao dia de hoje e previsões futuras?*»).

1368. Esta troca de mensagens é particularmente ilustrativa do *modus operandi* desenvolvido entre a Active Brands e as insígnias, no caso a MCH, quanto à definição, e controlo dos preços no mercado retalhista, com vista ao respetivo alinhamento.

1369. O documento ActiveBrands828 inclui uma troca de mensagens entre 27 de janeiro e 2 de fevereiro de 2011, em que a MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands uma tabela com o *shopping* do PVP de várias empresas de distribuição com a mensagem: «[a]*nexo shopping para seu conhecimento e análise*».

1370. Em resposta, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands garante que a generalidade do mercado segue o PVP concertado e os desvios serão prontamente corrigidos*:*

From:
Sent: segunda-feira, 31 de Janeiro de 2011 16:01
To:
Cc:
Subject: RE: Shopping

Boa tarde
O preço mais frequente (PD, MP, ITM…) de Loios Tinto está em linha com a nossa recomendação (2,99€).
As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias.
No caso do Marquês de Borba Tinto recomendamos 5,89€ (PD, ITM, JMB…). Trata-se de um artigo não listado em MP (4,75€ decorre de preço mal marcado na sequência de sobras de acção sazonal…já pedi correcção).
Melhores cumprimentos,

1371. Sem prejuízo, a colaboradora da MCH informa o referido Diretor que a MCH não reposicionará até que o restante mercado se encontre alinhado:

From:
Sent: segunda-feira, 31 de Janeiro de 2011 16:40
To:
Cc:
Subject: RE: Shopping

Boa tarde,
Não posso ter artigos em folheto quando não tenho os melhores preços. Amanhã vamos decidir os últimos preços logo às 9 horas, para dar para a gráfica.
Não consigo, obviamnete colocar os PVP que recomenda. O mercado não está com esses PVP.

1372. O Diretor *Off-Trade* da Active Brands compromete-se então, novamente, a interceder junto das insígnias desviantes (Jumbo/Auchan e Minipreço):

From:
Sent: segunda-feira, 31 de Janeiro de 2011 21:56
To:
Subject: RE: Shopping

Boa tarde
Algumas das informações que apresenta não se encontram correctas. Por exemplo, MP Matosinhos Marquês de Borba Tinto 4,75 não se verifica…desde logo porque a loja não tem qualquer stock (verificado há pouco pelo meu gestor)! Amanhã durante a manhã confirmo MP nacional 5,89 cuja recomendação emiti no dia 26 (e JMB nacional 5,89).
Melhores cumprimentos,

1373. Dois dias depois do envio da mensagem que acaba de transcrever-se pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands, a referida colaboradora da MCH vem insistir, afirmando «[c]*ontinuamos com posicionamentos diferentes*».

1374. O documento que acaba de descrever-se (e outros de teor equivalente) permite(m) constatar que a MCH envia à Active Brands, numa base constante e regular, resultados da monitorização do mercado e identificação de desvios face ao posicionamento de PVP recomendado, para que a Active Brands interceda junto das insígnias concorrentes desviantes, solicitando a correção dos desvios e tomando diligências no sentido de assegurar o alinhamento de PVP no mercado.

1375. O documento ActiveBrands102, de 17 de março de 2011, com o assunto «*RE:Ficheiro*» consiste no envio de um *e-mail* sem mensagem por uma colaboradora da Pingo Doce ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, que inclui em anexo um ficheiro Excel contendo o *shopping* dos PVP praticados por várias empresas de distribuição concorrentes. Na sequência deste reporte, o referido Diretor dá instruções para a sua equipa proceder ao reposicionamento do PVP nas lojas (desviadas) da Jumbo/Auchan:

FW: Ficheiro URGENTE

From:
To:

Date: Fri, 18 Mar 2011 12:01:39 +0000
Attachments: Activebrands Sem 10 2011.xls (76,29 kB)

Equipa verifiquem por favor o PVP dos vinhos nas lojas JMB referidas. Urgente reposicionar.

Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quinta-feira, 17 de Março de 2011 18:56
Para:
Cc:
Assunto: Ficheiro URGENTE

Category Manager
Tel: +

1376. Conforme resulta do documento que acaba de transcrever-se, o facto de o *e-mail* enviado pela Pingo Doce à Active Brands não conter qualquer texto demonstra que este envio de *shopping* pelas empresas de distribuição à Active Brands na expetativa de que esta resolvesse as situações reportadas era prática recorrente entre as partes, não sendo sempre necessária uma solicitação expressa para que a Active Brands depreendesse

exatamente o significado de tal comunicação e implementasse o subsequente procedimento de correção de PVP[710].

1377. No mesmo sentido, quando efetivamente os *e-mails* trocados incluem texto, importa destacar a linguagem utilizada, uma vez que determinadas expressões são igualmente indiciadoras (e, no quadro da demais prova produzida, verdadeiramente demonstrativas) desta expectativa acima mencionada, bem como da coordenação entre as insígnias quanto ao alinhamento de PVP, designadamente a referência de que o *shopping* enviado se destina ao «*conhecimento e análise*» da Active Brands (cf. documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands832, ActiveBrands828, MCH1410 e ActiveBrands831), que «*é importante a sua análise e verificação da situação exposta*» (cf. documento ActiveBrands210), que é *«para intervenção»* (cf. documento ActiveBrands686), ou que se aguardam comentários (ActiveBrands153). As respostas da Active Brands (interna ou externamente) a este tipo de *e-mails*, nos termos já detalhados *supra* (e, bem assim, *infra*), não deixam margem para dúvidas quanto ao sentido dos mesmos e ao modo como são interpretados pela recetora.

1378. Exemplo do que acaba de se referir consta do documento MCH1410, de 23 de março de 2011, que consiste no envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do *shopping* do PVP praticado pelos seus concorrentes relativamente a vários produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands com a indicação «[a]*nexo shopping para seu conhecimento e análise».*

1379. Em resposta, o referido Diretor informa que «[a] *generalidade do mercado (PD, MP, ITM, JMB…) segue a nossa recomendação actual (4,39€). PA Eiras, Guarda e Caldas serão actualizados ainda no decorrer desta semana*», sendo que a colaboradora da MCH indaga ainda: «[e] *relativamente a Leclerc´s qual a sugestão para o reposicionamento?*». Sobre a E.Leclerc[711], o Diretor Off-Trade da Active Brands refere que não trabalha com tal insígnia e reforça que existe alinhamento na quase totalidade do mercado.

1380. O documento ActiveBrands110, de 19 e 20 de maio de 2011, consiste numa troca de *e-mails* em que uma colaboradora da MCH transmite ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o

[710] Com efeito, também o documento ActiveBrands754, de 9 de setembro de 2010, com o assunto «*RE:Ficheiro*» consiste no envio de um *e-mail* sem mensagem por uma colaboradora da Pingo Doce à Active Brands. Não obstante não constar dos autos o anexo ao *e-mail*, a resposta da Active Brands permite concluir que se trata do envio de *shopping* pela Pingo Doce sobre o PVP praticado, pelo menos, pela MCH e o Leclerc, o que desencadeia um processo interno na Active Brands tendo em vista proceder à correção do PVP desviado junto das referidas empresas de distribuição (o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dá instruções à equipa para «*verificar PVP Velhotes 4,45€ Sonae…e 7,99€ Leclerc Feira (saca etiqueta se possível)…*»).

[711] Como se referiu *supra,* pese embora a insígnia E.Leclerc não seja visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

resultado do *shopping* efetuado na Intermarché[712] relativo ao produto «*Licor Beirão*» e solicita ajuda para «*manter a nossa loja de Pombal competitiva face ao Intermarché*». Em resposta, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands confirma a correção combinada com a central da Intermarché, comprometendo-se a monitorizar o cumprimento com o decidido na loja em causa desta insígnia.

RE: Preços concorrência

From:
To:
Cc:
Date: Fri, 20 May 2011 10:26:08 +0100

Bom dia

No inicio da próxima semana a situação estará regularizada. A central do ITM já alterou. O meu vendedor verificará segunda-feira na loja.

Obg. e melhores cumprimentos,

1381. O documento ActiveBrands818, de 17 de agosto de 2011, com o assunto «*RE: PVP recomendados*» consiste num *e-mail* interno em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia à sua equipa de *KA* o *shopping* de um conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, dando instruções para a correção das situações consideradas mais urgentes:

[712] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

RE: PVP recomendados

From:
To:
Date: Wed, 17 Aug 2011 21:20:12 +0100

Ok

Mas atenção que no que respeita a Syrah, muitas lojas ainda acompanham não o valor do PD mas sim ainda de alguns MCH que tinham produto marcado (por autoria) 8,98.

AB.

| Key Account | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: quarta-feira, 17 de Agosto de 2011 10:57
Para:
Assunto: PVP recomendados
Importância: Alta

Equipa,
O shopping em anexo começa a balizar os PVP para a Feira de Vinhos da Sonae pelo que peço o favor de alterarem as situações mais urgentes (assinaladas a amarelo).
PVP recomendado Loios 2,99€.
PVP recomendado Marquês de Borba Branco 4,99€.
PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 5,89€.
PVP recomendado Marquês de Borba Reserva 33,49€.
PVP recomendado Conde de Vimioso (várias referências) 2,49€.
PVP recomendado Vila Santa (várias referências) 9,99€.
Notas :
Conde de Vimioso Jumbo Alverca (alterar 2,28€).
Marquês de Borba Tinto Leclerc Montijo (retirar etiqueta 4,99€).
Vila Santa Syrah (Jumbo) – muitas lojas acompanham ainda o 8,98€ da Feira de Vinhos Premium do PD que já não existe (recomendar 9,99€).
Obg. e um abraço,

1382. Veja-se também o documento ActiveBrands220, de 29 de outubro de 2012, com o assunto «*FW: Shopping sem42*», que contém uma conversa em que uma colaboradora da Pingo Doce envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o seu *shopping* relativo aos PVP praticados pela Auchan e pela MCH, com a indicação «[a]*tenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter*» (sublinhado da Autoridade).

1383. Em resposta, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands assegura a correção dos PVP em causa, nos termos abaixo transcritos:

Autoridade da Concorrência

Bom dia ,
CR&F CNT Colombo está (e sempre esteve) ok.
Tons Tinto JMB Alfragide já mandei verificar (e corrigir).
Velhotes Tawny MOD Póvoa já mandei verificar (e corrigir).
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quinta-feira, 25 de Outubro de 2012 14:55
Para:
Assunto: Shopping sem 42

Atenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter.

		Continente Colombo		Jumbo Alfragide		Modelo Póvoa do Varzim	
Cod. Artig	Descrição do Artigo	2012	2012	2012	2012	2012	2012
654988	V.DOURO TONS DE DUCRUM TTO 75CL			3,74	3,85		
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	13,49	11,99	13,49	13,49		13,49
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	4,99	4,99	4,98	4,98		
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	4,99	4,99	4,99	4,99		4,49

1384. Sem prejuízo do descrito *supra*, a colaboradora da Pingo Doce insiste por duas vezes no sentido de que necessita de talões comprovativos da alteração do PVP na Auchan e na MCH urgentemente, sendo que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia os links comprovativos do posicionamento e compromete-se a enviar um talão da Auchan, tudo conforme transcrito *infra*:

Autoridade da Concorrência

FW: Shopping sem 42

From:
To:
Date: Mon, 29 Oct 2012 15:19:52 +0000

De:
Enviada: segunda-feira, 29 de Outubro de 2012 15:13
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 42

Boa tarde
Junto envio ligações para CR&F e Velhotes Tawny.
A minha colega enviará hoje o talão do Tons Tinto.
http://www.continente.pt/ProductDetailMain.aspx?productId=2050049&CategoryPath=2&CategoryName= &SubCategoryName=&PageIndex=1
http://www.continente.pt/ProductDetailMain.aspx?productId=2050281&CategoryPath=2&CategoryName= &SubCategoryName=&PageIndex=1
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 29 de Outubro de 2012 15:07
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 42

Não consigo encontrar CR&F no site do Continente. De qualquer forma é foto somente do Colombo.

Quanto ao Jumbo não sei que loja lê o site, pelo que é importante o envio de talões comprovativos.

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Date: 29-10-2012 14:59
Subject: RE: Shopping sem 42

Boa tarde
Eu e a minha equipa estamos fora hoje e amanhã. De qualquer forma confirmo que :
CR&F Colombo 13,49€ - preço nacional e centralizado (disponível no site).
Velhotes Tawny Póvoa 4,99€ - preço nacional e centralizado (disponível no site).

Tons Tinto Alfragide 3,98€ - correcção já pedida na loja.
Envio talões no decorrer da semana.
Melhores cumprimentos,

1385. Dos *e-mails* que acabam de transcrever-se resulta que a Pingo Doce recorria à Active Brands para promover o alinhamento dos PVP no mercado, fazendo depender a manutenção do

seu posicionamento de PVP do alinhamento pela Auchan e pela MCH, o qual era diretamente garantido pela Active Brands.

1386. A linguagem utilizada neste tipo de *e-mails* permite igualmente demonstrar que *o statu quo* assumido e desejado pelas visadas era o alinhamento dos PVP, ou seja, que estes estivessem implementados em todas as insígnias. Os que não estivessem, seriam objeto de correção.

1387. O documento ActiveBrands117 tem um conteúdo semelhante ao documento que acaba de transcrever-se, tratando-se de uma troca de *e-mails* entre a Pingo Doce e a Active Brands com o assunto «*FW:Shopping sem 43*» de 31 de outubro de 2012.

1388. Com efeito, neste documento, a mesma colaboradora da Pingo Doce envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o *shopping* efetuado com a identificação a cinza e vermelho das situações problemáticas e a Active Brands põe em marcha um processo de verificação e correção de PVP junto da Intermarché e da MCH, bem como de recolha de talões comprovativos de tal correção*:*

FW: Shopping sem43

From:
To:

Date: Wed, 31 Oct 2012 12:44:16 +0000

envia-me por favor talão Loios Tinto ITMP Mafra 2,98€ até à próxima terça-feira (de manhã).
envia-me por favor talão Velhotes Ruby MCH Colombo 4,99€ até à próxima terça-feira (de manhã)...de certeza que se tratou de recolha incorrecta pois o online confirma o nosso preço.
envia-me por favor talão com os três artigos referidos BD Ramalde (Loios Tinto 2,98€, Tons de Duorum Tinto 3,98€ e Velhotes Ruby 4,99€) até à próxima terça-feira (de manhã)...já pedi à central para verificar.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 31 de Outubro de 2012 11:36
Para:
Assunto: Shopping sem43

				CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Mafra		Jumbo Alfragide	
Cod. Arti	Descrição do Artigo	U M	Nome do Fornecedor	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43	2012 43
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	2,92	2,92	2,98	2,98	2,98	2,98	2,89	2,89	2,89	2,98
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE M.	3,98				3,98	3,98	3,99	3,99	3,85	3,98
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	4,89	4,89	4,99	4,49	4,99	4,99	4,99	4,99	4,98	4,98

PVP PD (Minimo Ult. Re-ma
2,98
3,98
4,99

1389. Relevante é também o conteúdo do documento ActiveBrands857, com o assunto «*Shopping sem 44*», de 6 de novembro de 2012, no qual a mesma colaboradora da Pingo Doce não apenas envia o *shopping* recolhido, mas informa também a Active Brands da sua marcação de PVP futuro como reação ao desvio da MCH em relação ao PVP concertado:

Shopping sem 44

From:
To:
Date: Tue, 06 Nov 2012 15:16:32 +0000

Tentei ligar-lhe, mas não está disponível.

Informo que vamos baixar Loios para 2,92€ - resposta ao Modelo Ramalde que já estava com este PVP na passada semana.

Atenção a Tons de Duorum e Calem Velhotes que reflectiremos na próxima semana.

			CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Mafra		Jumbo Alfragide	
SAP	Descrição do Artigo	UMV	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	2,92	2,92	2,98		2,98	2,98	2,89		2,98	2,98
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	3,90	3,90			3,98	3,98	3,99	3,99	3,98	3,98
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	UN	13,49	13,49	13,99	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49
41165	LICOR DE WHISKY CAROLANS 70CL	UN			9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	4,89	4,89	4,49		4,99	4,99	4,99	4,99	4,98	4,98
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75(	UN	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99

PVP PD (Minimo Ult.Semana)
2,98
3,98
13,49
9,99
4,99
4,99

1390. Também do documento ActiveBrands156, com o assunto «*RE: Shopping sem 47 – URGENTE*», de 28 e 29 de novembro de 2012, consta o envio de *shopping* pela mesma colaboradora da Pingo Doce com a identificação a cinza e vermelho das situações problemáticas, a qual dá início à seguinte troca de *e-mails* interna (Active Brands):

RE: Shopping sem 47 - URGENTE

From:

To:
Date: Thu, 29 Nov 2012 20:04:41 +0000

Isso pode se arranjar penso eu.
Amanhã falo com o homem, penso que não seja impossivel

De:
Enviada: quinta-feira, 29 de Novembro de 2012 10:00
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 47 - URGENTE

Eu sei...mas não dá para ele alterar temporariamente só para vender uma garrafa a 9,99€?

De:
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 22:40
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 47 - URGENTE

Como vou pedir para alterar o preço do Carolans se é um artigo que se encontra em folheto até 24/12?

Um abraço e obrigado,

De:
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 19:25
Para:
Assunto: FW: Shopping sem 47 - URGENTE
Importância: Alta

e
Peço o favor de corrigirem e de me enviarem talão na **segunda-feira**.
Jumbo Alfragide : Loios Tinto e Tons de Duorum Tinto.
Jumbo Alverca : Loios Tinto e Velhotes Tawny.
Intermarché Mafra : Carolans.
Obg. e um abraço,

1391. Com efeito, deste documento resulta que a Active Brands veio a pedir a correção do PVP da Auchan, e caso esta última se recusasse, proporia a realização de uma única venda com o único objetivo de obter um talão comprovativo (com o PVP alinhado) para enviar à Pingo Doce e assim «*encenar*» uma correção e evitar a resposta desta empresa de distribuição ao preço desviado.

1392. Também o documento ActiveBrands118, com o assunto «*FW: Shopping Sem49 – URGENTE*», consiste num envio de *shopping* da Pingo Doce com a identificação das situações problemáticas (na Intermarché[713] e Jumbo/Auchan), que desencadeia um pedido de correção pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands aos seus *KA*, incluindo a recolha de talões comprovativos do reposicionamento:

FW: Shopping Sem49 - URGENTE

From:
To:

Date: Tue, 11 Dec 2012 18:26:35 +0000

Equipa,

Peço o favor de corrigirem as situações indicadas e de me enviarem talões até segunda-feira (o mais tardar).

Obg. e um abraço,

[713] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

De:
Enviada: terça-feira, 11 de Dezembro de 2012 18:20
Para:
Assunto: Shopping Sem49

				CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Maia		Jumbo Alfragide		Jumbo
SAP	Descrição do Artigo	UN	Nome do Fornecedor	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012
468909	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.CO	2,98	2,98	2,98		2,98	2,98	2,98	2,99	2,75	2,95	2,75
654969	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.CO	3,98	3,98			3,98	3,98	3,99	3,99	3,69	3,69	
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.CO	13,49		13,49		13,49	13,49	12,99	12,99	13,49	13,49	13,49
41165	LICOR DE VHISKY CAROLANS 70CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.CO	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,49	9,99	9,49	9,49
172151	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE MAR	4,99	4,99			4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.CO	4,99				4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,81

PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
2,98
3,98
13,49
9,99
4,99
4,99

1393. De salientar que quer as datas e o teor, quer o assunto («*FW: Shopping sem42*», «*FW: Shopping sem 43*», «*Shopping sem 44*», «*RE: Shopping sem 47 – URGENTE*», «*FW: Shopping Sem49 – URGENTE*») das cinco trocas de *e-mail* que acabam de transcrever-se (nos documentos ActiveBrands220, ActiveBrands117, ActiveBrands857, ActiveBrands156 e ActiveBrands118) indicam que este processo de reporte de *shopping* e comunicação de preços a praticar pela Pingo Doce à Active Brands na condição da obtenção de comprovativo de alinhamento das restantes insígnias, bem como o consequente procedimento de correção e recolha de talões comprovativos pela Active Brands, eram efetuados com caráter regular e periódico.

1394. De igual modo, a mesma colaboradora da Pingo Doce recebia do Diretor *Off-Trade* da Active Brands pedidos de correção de PVP, conforme ilustrado pelo documento ActiveBrands806, de 10 de janeiro de 2013, com o assunto «*PVP recomendado Duorum Tinto 9,99€*», cujo conteúdo se transcreve *infra*:

Re: PVP recomendado Duorum Tinto 9,99€

From:
To:
Cc:
Date: Fri, 11 Jan 2013 12:07:50 +0000

Duorum Tinto já está ok hoje.

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Cc:
Date: 10-01-2013 12:38
Subject: PVP recomendado Duorum Tinto 9,99€

Bom dia
Recebi a indicação de que a loja de Chelas está a marcar actualmente o Duorum Tinto (artigo 696500) a 7,49€. Se possível peço-lhe o favor de verificar.
Obg. e melhores cumprimentos,

1395. O documento ActiveBrands182, de 21 de novembro de 2012, com o assunto *«Velhotes Tawny»*, consiste numa troca de *e-mails* entre um *KA* da Active Brands e um colaborador da Auchan nos termos transcritos em seguida:

RE: Velhotes Tawny

From:
To:
Date: Fri, 23 Nov 2012 08:20:15 +0000

Bom dia
PVP corrigido para 4.98€

Cumpts,

Responsavel Liquidas
Jumbo Castelo Branco
@auchan.pt
Auchan

De:
Enviada: quarta-feira, 21 de Novembro de 2012 23:01
Para:
Assunto: Velhotes Tawny

Boa noite Sr.
O que posso fazer para que o Jumbo Castelo Branco corrija o preço do Velhotes Tawny para 4,99€?
Se for resposta algum shopping, diga me qual é loja para poder justificar ao meu chefe.
Peço desculpa por este incomodo.

Um abraço e obrigado,

| Gestor de Clientes | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

1396. O documento que acaba de se transcrever demonstra que também a Auchan efetuava o seu *shopping* e procedia ao reposicionamento do seu PVP em resultado de pedidos de correção pela Active Brands que, conforme resulta do conteúdo dos *e-mails* que têm vindo a analisar-se, frequentemente provinham das restantes empresas de distribuição, nomeadamente a MCH e a Pingo Doce.

1397. Ilustrativo do que acaba de referir-se é também o conteúdo do documento ActiveBrands723, de 6 de dezembro de 2012, em que um *KA* da Active Brands solicita o reposicionamento da Auchan relativamente a um conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, invocando que «*a generalidade do mercado segue atualmente a recomendação do nosso Marketing. A título de exemplo posso referir PD, Sonae, MP e ITMP*», com o objetivo de «*evitar respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis*»:

Produtos ActiveBrands

From:
To:
Date: Thu, 06 Dec 2012 11:45:14 +0000

Bom dia

Se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)

- Vinho Tinto Alentejano **Marquês de Borba Tinto (SIRIUS 371.490)** / recomendação actual do nosso Marketing **5,89.**

- Vinho Alentejano **Loios Tinto (SIRIUS 636.088)** / recomendação actual do nosso Marketing **2,98.**

- Vinho Douro **Tons de Duorum Tinto (SIRIUS 998.195)** / recomendação actual do nosso Marketing **3,98.**

- Vinho do Porto **Velhotes Tawny e Ruby (SIRIUS 19.199 e 19.204)** / recomendação actual do nosso Marketing **4,99.**

A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP.....

Obrigado pela tua atenção.

Melhores cumprimentos,

1398. No documento ActiveBrands739, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia um *e-mail* a uma colaboradora da El Corte Inglés[714], em 26 de fevereiro de 2013, com o assunto «*Burmester*», no qual refere que tentou contactá-la por via telefónica (sem sucesso) e comunica que «[a]*inda não consegui alterar o preço do Burmester…*». Em resposta, a referida colaboradora questiona: «[Diretor Off-Trade - Active Brands]*, então que PVP devemos considerar?».*

1399. Do teor deste documento resulta claro que*: (i)* a Active Brands tentou corrigir/reposicionar o mercado de acordo com determinado PVP, o qual havia sido previamente comunicado à El Corte Inglés, que tinha a expetativa da implementação de tal correção/alteração; *(ii)* não tendo sido bem-sucedida até ao momento do envio do *e-mail*, a Active Brands comunica isso mesmo à El Corte Inglés; *(iii)* o que leva a que esta insígnia pergunte, perante tal desalinhamento, qual o PVP que deve ter como referência para o mercado (confirmando, em linha do que tem vindo a referir-se ao longo da presente Decisão, que os PVP comunicados pela Active Brands eram vinculativos e as insígnias solicitavam mesmo a indicação expressa de qual o preço a adotar ao invés de o determinarem autonomamente, assim promovendo um alinhamento de PVP por intermédio da Active Brands)[715].

1400. Sobre o papel dos talões e em linha do que tem vindo a ser referido ao longo da presente Decisão, veja-se o documento ActiveBrands659, de 10 de abril de 2013, que consiste no

[714] Sem prejuízo de a insígnia El Corte Inglés não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[715] Quanto ao uso de prova que inclui empresas não visadas, recorde-se o referido *supra* nos §§864 a 872.

envio por um *KA* da Active Brands de um talão da Dia/Minipreço[716] para a Auchan com o seguinte texto:

Fwd: Message from KMBT_C224

From:
To:
Cc:
Date:
Attachments: SKMBT_C22413040808140.pdf (199,34 kB); ATT00001.htm (168 bytes)

Boa tarde

Conforme combinado aquando tivesse comprovativo do MP sobre o PVP de Loios (2,98) segue o mesmo.

1401. Em conformidade, em anexo ao *e-mail* consta o seguinte talão:

[716] Sem prejuízo de a insígnia Dia/Minipreço não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1402. Significativo é também o conteúdo do documento ActiveBrands906, com o assunto «*FW: Jumbo*», de 8 de agosto de 2013, no qual o Diretor *Off-Trade* salienta junto da sua equipa a importância de verificar os PVP das lojas do Jumbo:

FW: Jumbo

From:

To:

Date: Thu, 08 Aug 2013 10:34:12 +0100

Equipa verifiquem por favor os PVP das lojas Jumbo. Obrigado. Abraço.

De:
Enviada: quinta-feira. 8 de Agosto de 2013 10:34
Para:
Assunto: Jumbo

Carlos,
Jumbo de Almada e Jumbo de Alfragide realizaram o topo de Velhotes acordado. Coina e Amadora não (Amadora tinha meio topo de Tons de Duorum dividido com Muralhas e Coina tinha Larios e copos no linear...não era para ter expositor?). Peço o favor de verificares o que se passou (no regresso de férias). Peço o favor de verificares o PVP de alguns artigos nestas lojas (nomeadamente vinhos pois a Sonae deve estar a pedir shopping alargado para marcar os preços da feira de vinhos). Exemplos : Burmester Tinto 3,99€ (Amadora), Tons de Duorum Tinto-Branco 3,39€ (Amadora), Campari 12,99€ (Alfragide), Courvoisier VS 23,29€ (Alfragide), Loios Tinto 2,78€ (Almada), Conjunto 6 Miniaturas Cálem 6,98€ (Almada...Seixal já não tem este artigo a 6,99€...podem voltar a marcar 8,49€), Tons de Duorum Tinto 2,92€ (Coina), Carolans 9,99€ (Coina), Conjunto 6 Miniaturas Cálem 6,98€ (Coina)...
Obg. e um abraço,

1403. O referido documento revela que a Active Brands procurava garantir que o PVP Recomendado se encontrava efetivamente a ser implementado nas insígnias em antecipação ao *shopping* da MCH, de forma a evitar reações por esta empresa de distribuição (pedidos de correção ou ações de retaliação) e assim manter os preços nivelados no mercado.

1404. No documento ActiveBrands192, de 30 de setembro de 2013, com o assunto «*Preços PD*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands pede à sua equipa de *KA* para monitorizar os preços praticados pela Pingo Doce e detetar qualquer alteração face aos preços definidos pela Active Brands[717]:

[717] Mencionando também, a título de exceção, dois produtos, «Loios» e «Tons», nos quais os preços da Pingo Doce divergiriam do PVP determinado, em resultado de reação dessa insígnia à Auchan.

Preços PD

From:
To:

Date: Mon, 30 Sep 2013 20:08:31 +0100

Equipa,
Estejam por favor atentos às alterações de preços no PD.
Tirando Loios e Tons (devido ao Auchan) está tudo ok?
Obg. e um abraço,

1405. Nos documentos ActiveBrands815 e ActiveBrands1071, de 2 de outubro de 2013, com o assunto «*PVP recomendados*», o Diretor *Off-Trade* da Active Brands pede a alteração de PVP a uma colaboradora da Pingo Doce, de acordo com o definido pela Active Brands para um conjunto de artigos, recebendo como resposta o pedido de um contacto telefónico:

Re: PVP recomendados

From:
To:
Date: Wed, 02 Oct 2013 12:17:50 +0100

Ligue-me à tarde.

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:	
To:	
Date:	02-10-2013 12:01
Subject:	PVP recomendados

Bom dia
Se possível peço o favor de verificar o PVP de alguns dos meus artigos.
Junto envio recomendações actuais do meu marketing para :
Licor Carolans (artigo 41165) 10,49.
Aguardente Reserva CR&F (artigo 67110) 14,99.
Porto Velhotes Tawny (artigo 66305) 5,49.
Porto Velhotes Ruby (artigo 172111) 5,49.
Obg. e melhores cumprimentos.

1406. Na sequência do primeiro *e-mail*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands comenta com o seu Diretor-Geral/Administrador que considera que os desvios em causa se devem a retaliações por a Active Brands não ter comparticipado ações não acordadas e pede expressamente um contacto telefónico do Diretor Geral/Administrador à Pingo Doce, para evitar outros desvios no mercado: «[s]*e a situação se mantiver não vou conseguir evitar respostas nacionais de outros clientes…podes dar um toque à Ana Cruz?* [colaboradora da Pingo Doce]».

1407. O documento ActiveBrands992 contém uma conversa entre o *KA* da Active Brands e o seu Diretor *Off-Trade*, ocorrida entre 2 e 4 de outubro de 2013, com o assunto «*ITMP Mafra*»:

RE: ITMP Mafra

From:
To:

Date: Fri, 04 Oct 2013 09:30:50 +0100

traz por favor duas lojas : Carolans, CR&F e Velhotes Tawny-Ruby-White.

o PD respondeu a estes artigos com base em shopping das lojas ITMP de Mafra, Malveira e Arruda. Preciso que me consigas até segunda-feira talões corrigidos de Arruda (urgente).

Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 2 de Outubro de 2013 21:41
Para:
Assunto: ITMP Mafra

Já falei telefonicamente com a loja do ITMP de Mafra e já está combinado na primeira hora de sexta irei a loja buscar os talões alterados, precisas só da loja Mafra ou também é necessário os talões da loja da Malveira?

O ITMP da Arruda não é do mesmo aderente das outras duas lojas essa loja pertence ao meu colega

Obrigado,

| Gestor de Clientes | Active Brands

1408. Em resposta ao acima transcrito (cf. documento ActiveBrands109 *infra*), o *KA* refere que a correção na última das lojas relativamente à qual era necessário obter talão (Intermarché[718] de Arruda) está também garantida.

[718] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

RE: Intermarche Arruda dos Vinhos

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 08 Oct 2013 09:18:20 +0100

pede então ao para passar por lá pois terá sempre de ir a Mafra e à Malveira. Obrigado. Abraço. Enviem-me por favor os talões por foto para o mail até ao final da manhã.

De:
Enviada: terça-feira, 8 de Outubro de 2013 09:00
Para:
Assunto: Fwd: Intermarche Arruda dos Vinhos

Bom dia,

O PVP de velhotes que a loja apresentava surgiu devido ao folheto. Ainda ontem falei com o que me informou que aderente é o mesmo de Mafra. O PVP iria ser alterado.
Não me parece que seja necessário ir de propósito à Arruda por causa deste preço.

Obrigado.

FAbraço.

Iniciar a mensagem reencaminhada:

De:
Data: 4 de Outubro de 2013 às 13:30:53 WEST
Para:
Assunto: Intermarche Arruda dos Vinhos

Preços com etiqueta de 05/04. Velhotes em folheto a 4,49 acaba segunda-feira dia 07.

Nota: tanto velhotes Tawny como carolans copos, são em embalagens do Natal de 2012.

<fotografia.JPG>

1409. Do conteúdo dos documentos que acabam de transcrever-se resulta que a Active Brands concertou com a Intermarché a recolha de talões como comprovativo da adoção da prática de determinado PVP e ainda que a Pingo Doce fez *shopping* dos preços praticados por esta insígnia e reagiu ao detetar um desvio, desencadeando assim um processo de correção e fornecimento, pela Active Brands, de talões comprovativos do (re)alinhamento pela Intermarché.

1410. Outra situação ilustrativa da constante monitorização e correção dos PVP das empresas de distribuição promovida pela Active Brands consta do documento ActiveBrands115, que

consiste num *e-mail* de 8 de outubro de 2013 com o assunto «*FW: PVP recomendados*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a uma colaboradora da Pingo Doce um pedido para alterar os PVP praticados, de acordo com as recomendações da Active Brands e, em seguida, pede ao seu *KA* para monitorizar a implementação efetiva da alteração solicitada:

FW: PVP recomendados

From:
To:
Date: Tue, 08 Oct 2013 12:28:43 +0100

verifica por favor se amanhã estão ok. Obrigado. Abraço.

De:
Enviada: terça-feira. 8 de Outubro de 2013 12:28
Para:
Assunto: PVP recomendados

Bom dia
Se possível peço o favor de verificar o PVP de alguns dos meus artigos.
Junto envio as recomendações actuais do meu marketing.
Licor Carolans (artigo 41165) 10,49€.
Aguardente Reserva CR&F (artigo 67110) 14,99€.
Velhotes Tawny (artigo 66305) 5,49€.
Velhotes Ruby (artigo 172111) 5,49€.
Velhotes White (artigo 100406) 5,49€.
Loios Tinto (artigo 409109) 2,98€.
Loios Branco (artigo 409108) 2,98€.
Tons de Duorum Tinto (artigo 654988) 3,98€.
Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1411. Mais, na sequência dos *e-mails* que acabam de transcrever-se, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands obteve a confirmação da Pingo Doce de que esta iria adotar os PVP comunicados pela Active Brands e volta a dar instruções à sua equipa (e depois, a um dos seus *KA* individualmente) para garantirem o reposicionamento da Auchan em conformidade e reportarem os PVP que estão a ser praticados na Dia/Minipreço (cf. documento ActiveBrands187):

Autoridade da Concorrência

FW: PVP recomendados

From:
To:
Date: Tue, 08 Oct 2013 16:13:01 +0100

Envia-me por favor o shopping actualizado dos nosso artigos no Dia e a relação de artigos eu ficaram para folheto no showroom do Auchan.

Obg. e um abraço,

De:
Enviada: terca-feira, 8 de Outubro de 2013 16:12
Para:
Assunto: PVP recomendados

Equipa,

O PD actualiza amanhã os preços (Carolans, CR&F, Velhotes, Tons e Loios). O Auchan terminou hoje a feira de vinhos.

Verifiquem por favor que as lojas Auchan actualizam os preços destes artigos (o mais tardar a 15 de Outubro…uma vez que a feira da Sonae termina a 14).

Obg. e um abraço,

1412. O documento ActiveBrands891 consiste numa conversa interna (Active Brands), de 15 a 17 de outubro de 2013, entre o Diretor *Off-Trade* da referida empresa e os seus *KA*, com o assunto «*FW: CR&F Extra*», que ilustra a constante monitorização e a realização de diligências tendentes à correção de PVP pela Active Brands, tendo em vista a convergência do mercado de acordo com o seu PVP Recomendado:

De:
Enviada: terca-feira, 15 de Outubro de 2013 11:51
Para:
Assunto: FW: CR&F Extra
Importância: Alta

Equipa,
A recomendação actual do nosso marketing é 36,99€.
Peço o favor de corrigirem em todas as lojas e de me enviarem talões da situações mais complicadas de Guarda e Alfragide.
Lembro que estes relatórios começam a ser importantes pois servem de base à marcação dos preços de Natal.
Obg. e um abraço,

3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	PÃO AÇUCAR GUARDA	PÃO DE AÇÚCAR	26.79 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO	29.9 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	LECLERC-FEIRA	LECLERC	33.99 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO COIMBRA	JUMBO	35.49 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO-ALVERCA	JUMBO	35.86 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO-MAIA	JUMBO	35.89 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO GUIMARAES	JUMBO	35.89 ACTIVE BRANDS
3082260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	JUMBO-ALMADA	JUMBO	36.89 ACTIVE BRANDS

1413. Neste sentido, o documento ActiveBrands151 consiste numa conversa entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e um colaborador da Auchan com o assunto «*RE: CR&F Extra*», ocorrida entre 17 e 21 de outubro de 2013, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dirige um pedido expresso de correção ao referido colaborador *(*«[p]*odes me rectificar o PVP da CR&F Extra para 36,99€ preço recomendado pelo meu marketing ou estás a responder algum shopping*?»), o qual confirma o reposicionamento para o dia seguinte («[a]*manhã já está ok*»). De referir que o colaborador em causa tenta confirmar que se trata de um reposicionamento geral da Auchan («*mas há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas…*») *e o Diretor Off-Trade garante que o reposicionamento é geral e as lojas em causa são uma exceção:* «[e]*ssas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock ou achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?..*».

1414. Relevante é também o conteúdo do documento ActiveBrands923, de 1 de novembro de 2013, com o assunto *«FW: PVP recomendados»,* o qual contém mais um pedido de alteração de PVP enviado pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands a um colaborador da Auchan e, na sequência, o envio de um *e-mail* interno pelo referido Diretor à sua equipa de *KA*, conforme transcrito *infra*:

FW: PVP recomendados

From:

To:

Date: Fri, 01 Nov 2013 17:53:15 +0000

Equipa,
Recomendem por favor PVP nas lojas Auchan...em especial naquelas que são objecto de shopping frequente por parte da Sonae e do PD (que vão estar a fechar os folhetos de Carolans e CR&F nos próximos dias). Não esquecer também as lojas problemáticas do ITMP.
Obg. e um abraço,

De:
Enviado: sexta-feira, 1 de Novembro de 2013 17:33
Para:
Assunto: PVP recomendados

Boa tarde e
Se possível peço o favor de verificares o PVP de alguns dos meus artigos.
Junto envio recomendações actuais do meu marketing.
Licor Carolans 10,49€ (artigos 70487 e 1114077)
Aguardente Reserva CR&F 14,99€ (artigos 22006 e 1114057)
Porto Velhotes Tawny-Ruby-White 5,49€ (artigos 19199, 19204 e 19202)
Loios Tinto-Branco 2,98€ (artigos 636088 e 716908)
Marquês de Borba Tinto-Branco 4,99€ (artigos 371490 e 364884)
Obg. e melhores cumprimentos,

1415. O *e-mail* que acaba de transcrever-se é demonstrativo do facto de os pedidos de verificação/alteração/correção de PVP que têm vindo a referir-se ao longo do presente

capítulo estarem diretamente relacionados com a constante monitorização da implementação dos PVP determinados e de eventuais desvios pelas insígnias, com a exigência de talão comprovativo de posicionamento de PVP, tudo com o objetivo comum de manter os PVP alinhados.

1416. Atente-se também no teor dos documentos ActiveBrands910 e ActiveBrands206, que datam de 8 e 9 de abril de 2014, respetivamente.

1417. No primeiro documento, o Diretor Off-Trade da Active Brands comunica ao seu Diretor-Geral/Administrador que «*tenho de dizer algo ao PD que se está a preparar para fazer desconto imediato de 25% no Velhotes como resposta ao ITMP. Preciso da tua ajuda*».

1418. Sobre o mesmo assunto, do segundo documento referido consta o seguinte teor:

Re:

From:

To:
Date: Wed, 09 Apr 2014 17:25:00 +0100

Acabei de confirmar na caixa saída o preço de velhotes até hoje o preço não alterou continua a 5,49€ como recomendado.
Obrigado e abraço

No dia 09/04/2014, às 16:24, " " <[redacted]@activebrands.pt> escreveu:

o PD não mexeu no preço do Velhotes STD pois não? Como ligou a chatear por causa do folheto do ITMP nunca se sabe…

1419. Dos referidos documentos resulta que: *(i)* a Pingo Doce monitorizava os PVP praticados pelas empresas de distribuição concorrentes e reportou à Active Brands o desvio de PVP da Intermarché, tendo demonstrado o seu descontentamento; *(ii)* era prática recorrente da Pingo Doce reagir a tais desvios mediante o (re)alinhamento em conformidade; *(iii)* o que explica que a Active Brands tenha monitorizado de perto o PVP praticado pela Pingo Doce, de forma a garantir que esta insígnia mantinha o PVP por si indicado.

1420. Sobre a monitorização dos PVP das empresas de distribuição realizada pela Active Brands, veja-se ainda o documento ActiveBrands205, de 15 de abril de 2014, o qual consiste num *e-mail* interno (Active Brands) entre o Diretor *Off-Trade* e o seu KA sobre o preço do produto «Porto Ferreira»:

Re:

From:

To:
Date: Tue, 15 Apr 2014 15:09:20 +0100

A Sonae baixou hoje o Ferreira standar para 5,49€
Obrigado e abraço

No dia 15/04/2014, às 15:02, ' " < > escreveu:

Sonae acompanhou o preço de Ferreira do folheto PD?

1421. O documento ActiveBrands930 consiste numa troca de *e-mails* entre a Active Brands e a MCH, entre 2 e 5 de maio de 2014, com o assunto «*FW: RECOLHAS*», a qual se inicia com o envio de um ficheiro Excel pela referida empresa de distribuição à Active Brands contendo um levantamento dos PVP praticados por empresas de distribuição concorrentes (Auchan, Leclerc[719] e Intermarché[720]) nos produtos da Active Brands «*Porto Calem*» e «*Porto Velhotes*», bem como a indicação «[j]*unto envio as recolhas desta semana para vossa análise e apreciação*». Refira-se que duas das situações identificadas se reportam à Intermarché de Mafra e ao Jumbo de Alfragide, ambas com o PVP de 5,29 euros.

1422. Salienta-se, a propósito destas comunicações, que o facto de serem enviadas as recolhas «*da semana*» é, uma vez mais, demonstrativo do caráter constante e reiterado destes envios de *shopping* e subsequente correção do PVP pela Active Brands.

1423. Com efeito, na sequência deste envio, a Active Brands desencadeia um processo de correção dos PVP desviados. Nestes termos, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita aos seus *KA* a correção das situações identificadas pela MCH como problemáticas, salientando o caráter urgente desta intervenção («[e]*quipa, Peço o favor de verificarem e corrigirem as situações indicadas (urgente)*»).

[719] Como referido *supra,* sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[720] Como referido *supra,* sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1424. O referido Diretor solicita ainda a intervenção do seu Diretor Geral/Administrador neste assunto, enviando a seguinte mensagem: «[m]*uitas lojas Jumbo estão a acompanhar os preços Leclerc 4,99 e ITMP 5,29 (abastecidos pelo RTM)…a manter-se este cenário não vai ser fácil manter PD, Sonae e Dia. Se possível peço a tua ajuda*».

1425. Note-se que do documento ActiveBrands136, de 21 de maio de 2014, consta o envio pelo *KA* da Active Brands ao seu Diretor *Off-Trade* de um *e-mail* com o assunto «*ITMP Mafra*» e a seguinte indicação: «[a]*lteração efectuada nos pvp's pedidos». Em anexo a essa mensagem consta o seguinte talão de compra do produto* «*Porto Velhotes*» na Intermarché[721] com a alteração de PVP para 5,49 euros:

[721] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1426. Sobre o mesmo tema, veja-se ainda o documento ActiveBrands689, de 21 de julho de 2014, com o assunto «*FW: PVP recomendados (IMPORTANTE)*», em que, na sequência da indicação de um colaborador da Auchan de que se encontrava de férias, o *KA* da Active Brands reporta ao seu Diretor *Off-Trade*: «[c]*om o* [Confidencial – Dados Pessoais] *de Férias da loja do Jumbo de Alfragide a alteração de PVP nos artigos Velhotes torna-se impossível. Nenhum dos mencionados muda PVP's sem o ok do* [Confidencial – Dados Pessoais]*. Isto já me aconteceu por diversas vezes no passado. Resultado, na loja não consigo!*».

1427. Resulta, assim, deste documento que era prática recorrente o Jumbo/Auchan corrigir preços em resultado das solicitações da Active Brands e tendo em vista o objetivo comum de alinhamento, existindo efetivamente pessoas de contacto em determinadas lojas que se encarregavam da autorização e alteração e outras da implementação do PVP concertado.

1428. O documento ActiveBrands847 revela outra situação ilustrativa de monitorização pela própria Active Brands. Em 14 de agosto de 2014, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita ao seu *KA* que verifique os PVP que estão a ser praticados pela Dia/Minipreço, Sonae e Auchan no produto «*Velhotes*», de forma a garantir o reposicionamento de PVP no termo de ações promocionais. Em 25 de Agosto de 2014, o referido *KA* reporta que «*todas as lojas subiram o preço de Velhotes*»:

RE:

From:
To:
Date: Fri, 29 Aug 2014 22:06:39 +0100

Todas as lojas subiram o preço do Velhotes, Sonae acompanhou o folheto do PD até dia 25/8 mas actualmente está tudo ok

Obrigado e abraço,

De:
Enviada: 14 de agosto de 2014 09:44
Para:
Assunto:

peço o favor de verificares o preços de Velhotes 5,49 no Dia no dia 21 (após acção) e Velhotes 5,49 na Sonae no dia 20 (após acção)…bem como Auchan (dia 18) e PD (dia 26 mais tardar…a seguir ao folheto emigrante).

1429. Os documentos ActiveBrands1005 e MCH960, de 1 de setembro de 2014, consistem no envio pela MCH do seu *shopping* relativo ao PVP praticado por várias lojas da Auchan, com

a referência «[c]*onforme falado, junto envio informação. Agradecemos ponto de situação amanha*».

1430. Em resposta, a Active Brands refere: «[a]*gradeço desde já a informação enviada. A generalidade do mercado (PD, MP, ITM…) observa a recomendação actual do meu marketing. Nas situações pontuais que refere (JMB) já pedi aos meus colaboradores para resolverem nas lojas*».

1431. De salientar, a propósito destas mensagens, o caráter explícito do objetivo subjacente a este tipo de contactos: «*Nas situações pontuais que refere (JMB)* [isto é, nas insígnias em que os desvios foram detetados] *já pedi aos meus colaboradores para resolverem nas lojas*»

1432. O documento ActiveBrands1253, de 22 de setembro de 2014, é, também, ilustrativo da monitorização realizada pela Active Brands relativamente à observância dos seus PVP Recomendados. Neste âmbito, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands reporta ao seu Diretor-Geral/Administrador o resultado da monitorização do PVP do Lidl[722], o que leva o Diretor-Geral/Administrador a referir que «[é] *importante ter a certeza para lhe cair em cima…E dizer que nem chateie com a foto 2010 e agora vem com descidas de preços não acordadas…»:*

RE:

From:

To:
Date: Mon, 22 Sep 2014 17:23:17 +0100

É importante ter a certeza para lhe cair em cima…

E dizer que nem chateie com a foto 2010 e agora vem com descidas de preços não acordadas…

Quantos dias?Folheto?

De:
Enviada: 22 de setembro de 2014 17:21
Para:
Assunto:

O diz que passou num Lidl e viu Burmester Branco 4,49 com menos 25% e Casa Burmester Reserva Tinto com menos 20%...

1433. No mesmo sentido, o documento ActiveBrands890 consiste numa troca de *e-mails* interna (Active Brands) de 17 e 18 de dezembro de 2014, em que a *Marketing Manager* da Active

[722] Sem prejuízo de a insígnia Lidl não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

Brands solicita ao seu Diretor *Off-Trade* o seguinte: «*[Diretor Off-Trade – Active Brands], embora não seja foco de natal, peço-te que a equipa esteja atenta a PVP's do novo Spirit pois embora algumas lojas já tenham reposicionado para 7,99€, outras têm por exemplo os 2 produtos no linear com o preço antigo… Esta foto é no Jumbo da Amadora*». O *e-mail* contém em anexo uma foto do produto «Brandy 1920» na prateleira da referida empresa de distribuição, bem como a respetiva etiqueta de marcação de preço (antigo). Na sequência deste *e-mail*, o referido Diretor reencaminha o mesmo para a sua equipa de *KA* (a qual, conforme resulta dos restantes elementos dos autos transcritos no presente capítulo, estava encarregada da monitorização dos PVP praticados pelas insígnias e da implementação efetiva dos PVP recomendados pela Active Brands).

1434. Do documento ActiveBrands916, de 29 de setembro de 2015, com o assunto «*FW: Preços da Concorrência e Ações Prom*» consta o envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do *shopping* realizado a um conjunto de produtos comercializados pela Active Brands («[*e*]*nvio Preços de Mercado para vosso conhecimento e análise*») e a proposta de realização de um conjunto de ações destinadas a garantir a compensação, pela Active Brands, da diferença entre o preço mínimo detetado no mercado por comparação ao PVP praticado pela MCH. Em resposta, a Active Brands garante que «[a] *generalidade do mercado encontra-se dentro das recomendações do marketing (PD, MP…)*» e propõe um conjunto de ações promocionais para os produtos mencionados no *shopping* reportado pela MCH.

1435. Do documento ActiveBrands931, de 7 de outubro de 2015, com o assunto «*FW: Recolhas_Efetuadas(1).xls*», consta o envio pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands aos seus KA de uma tabela da qual consta o *shopping* realizado pela MCH relativamente aos PVP praticados pelo Jumbo, Pingo Doce e Intermarché[723] num conjunto de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands. Alguns dos produtos e PVP da tabela encontram-se sublinhados a amarelo e o Diretor *Off-Trade* dá a seguinte indicação para a equipa de KA, no sentido de resolver os desvios detetados: «[e]*quipa, Produzam por favor as necessárias recomendações*».

Competitor Product	Own Product	INTER Sum of PVP concorrência	INTER Sum of PVP SONAE	JUMBO Sum of PVP concorrência	JUMBO Sum of PVP SONAE	PD Sum of PVP concorrência	PD Sum of PVP SONAE	Total Sum of PVP concorrência	Total Sum of PVP SONAE
2050049	AGUARDENTE VELHA CR&F RSERVA 70CL			14.43	14.99			14.43	14.99
2050203	LICOR BATIDA COCO MANGAROCA 70CL			8.74	8.99			8.74	8.99
2050379	WHISKY BOURBON JIM BEAM 70CL			13.51	13.99			13.51	13.99
2051622	COGNAC COURVOISIER VS 70CL	21.45	24.99	24.41	24.99			45.86	49.98
2260802	AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL			36.79	38.87			36.79	38.87
5237691	GIN LARIOS 12 BOTÂNICAS 70CL			13.63	14.14	13.99	14.14	27.62	28.28
5237695	GIN BLACKWOODS VINTAGE 70CL			35.15	37.99			35.15	37.99
5441331	1920 CR&F 70CL			7.74	7.99			7.74	7.99
5495876	PORTO DUORUM LBV 2007 75CL			15.99	16.49			15.99	16.49
Grand Total		21.45	24.99	170.39	178.44	13.99	14.14	205.83	217.57

1436. Veja-se também o documento ActiveBrands1010, de 14 de outubro de 2015, com o assunto «*RE: URGENTE: Preços de Mercado*», que consiste num *e-mail* enviado por uma colaboradora

[723] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands (e, simultaneamente, a outros colaboradores da MCH) com uma tabela contendo os PVP praticados pela E.Leclerc[724], Intermarché[725], Pingo Doce e Jumbo (por comparação ao PVP praticado pela própria MCH) e a mensagem «[p]*reciso de falar com a máxima urgência consigo. Aproveito o email para lhe enviar os PVPs de mercado, agradeço comentários até ao final do dia de hoje*». Em resposta, o referido Diretor afirma «[o]*brigado pela informação. Vou verificar as situações que indica*».

1437. Particularmente ilustrativo é o documento ActiveBrands550, que consiste num *e-mail* de 19 de maio de 2016, em que uma colaboradora da MCH informa a Active Brands do não reposicionamento da Pingo Doce (permitindo concluir que existia um alinhamento previamente concertado sobre o preço a praticar entre as duas insígnias, mediado pela Active Brands) e solicita expressamente a intervenção da Active Brands:

RE:

From:
To:
Date: Thu, 19 May 2016 11:36:32 +0100

Olá

Muito obrigada desde já.

Aproveito para informar que verifiquei que o PD não reposicionou na Madeira, e agradeço a sua atenção para essa situação, por favor.

Obrigada

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits
E-mail:
Tel:

[724] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[725] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1438. Igualmente explícito é documento ActiveBrands576, que consiste numa troca de e-mails entre a MCH e a Active Brands, de 31 de maio de 2016, com o assunto «*Re: Recolhas shopping 25-05*»:

De:
Enviada: 31 de maio de 2016 17:43
Para:
Assunto: Recolhas Shopping 25-05

Boa tarde

Envio em anexo recolhas do artigos WHISKY BOURBON JIM BEAM 70CL.

Face aos preços praticados por algumas insígnias, verificamos que as nossas lojas ficam em situação de descompetitividade. Agradecemos a vossa atenção para regularização desta situação no mercado.

(Alternativamente, solicitamos propostas de ações promocionais que beneficiem os clientes Sonae com os melhores preços).

Aguardo feedback

Obrigada

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço

Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits

E-mail: @sonaemc.com

1439. Em resposta ao referido e-mail, o Diretor Off-Trade da Active Brands responde: «[o]*brigado pela informação. Vou verificar. Aproveito para lhe perguntar se a acção em anexo (prevista arrancar daqui a duas semanas) se encontra validada*».

1440. Da análise do documento que acaba de se transcrever (e do restante acervo probatório descrito ao longo do presente capítulo), resulta que a MCH (e as demais empresas de distribuição visadas) optam por recorrer ao fornecedor, enviando reportes de PVP das insígnias concorrentes com o intuito de que a Active Brands os «*regularize*», i.e., interceda junto das insígnias 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 da parte das insígnias quanto ao posicionamento dos PVP de todas. O *e-mail* da MCH é, a propósito da linha de ação a adotar, muito explícito: «*Agradecemos a vossa atenção para regurarização desta situação no mercado*». Apenas «*alternativamente*» é sugerida a negociação de ações promocionais com condições idênticas às das insígnias desviantes tendo em vista, mais uma vez, manter o alinhamento dos preços (neste caso, ao nível dos PVP desviados, uma vez que a Active Brands não assegurou a correção dos mesmos).

1441. Relativamente à monitorização realizada pela Auchan e reportada à Active Brands, veja-se o documento ActiveBrands1569, de 5 de julho de 2016, com o assunto «*Tons*» em que o

Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a seguinte questão aos seus *KA*: «[n]*a acção de 25% em Douro do PD o Tons esteve a 2,98€? O Auchan fez shopping a esse preço para o folheto…*».

1442. O documento ActiveBrands1055, de 10 de março de 2017, consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* e um colaborador da Pingo Doce. No âmbito da referida conversa, a Pingo Doce manifesta a sua intenção de começar a comercializar um produto da Active Brands (vinho Estremus). Em resposta, a Active Brands avisa que se trata de um produto de prestígio, «*pelo que partir preço*[726] *não é de todo consoante com a estratégia desta marca*», o que, mais uma vez, demonstra que os PVP comunicados pela Active Brands não são recomendações, mas antes verdadeiras imposições de PVP.

1443. Em resposta, o contacto da Pingo Doce assegura à Active Brands que «[o] *estremus não é para partir preço!*» e solicita a indicação do PVP «recomendado», que a Active Brands indica ser «*PVP recomendado (regular e promo) 92,50€*».

1444. A Pingo Doce apresenta então o *shopping* recolhido da Garrafeira Nacional, que pratica um PVP inferior, e questiona a Active Brands relativamente a algum desconto que não lhe esteja a ser concedido, demonstrando, deste modo, que apenas tenciona cumprir o PVP comunicado na condição de alinhamento no mercado e, em concreto, com o referido retalhista:

De:
Enviada: 18 de abril de 2017 11:39
Para:
Cc:
Assunto: Catálogo Digital

Bom dia

A garrafeira nacional tem o Estremus tinto a 72,45€ e o preço de custo que enviou é 62,225€ ((95x(1-34,5%)), pelo que a rentabilidade fica a 3%.

É mesmo assim ou está a faltar-me algum desconto no preço de custo?

Melhores Cumprimentos,

Comercial Pingo Doce
Gestor de Categoria de Vinhos e Destilados

T: (+351)

Rua Actor António Silva, 7 - 7º andar
1649-033 Lisboa

[726] Note-se que a expressão «partir preço» refere-se à descida de preço face ao definido como «recomendado» pela Active Brands ou ao concertado entre esta e as empresas de distribuição visadas, estando neste caso associado à consequente «desvalorização» de um «produto de prestígio» no mercado.

1445. Em resposta, a Active Brands reitera a sua recomendação, dá como exemplo o alinhamento da El Corte Inglés[727] e garante à Pingo Doce que vai «*pedir ao meu colega responsável para verificar*», sinalizando que pretende corrigir a situação (da Garrafeira Nacional) de forma a garantir a observância do PVP concertado com a Pingo Doce no mercado, e assim promover o alinhamento do mesmo:

RE: Catálogo Digital

From:

To:
Bcc:
Date: Tue, 18 Apr 2017 12:27:48 +0100

Bom dia
Este tipo de clientes trabalha normalmente com MG inferiores. De qualquer forma vou pedir ao meu colega responsável para verificar.
A nossa recomendação é 92,50€ (exemplo : Gourmet El Corte Inglés) com target 34%. Preço de tabela 95,00€. Promocional Abril 34,50%.
Obg. e melhores cumprimentos,

1446. Outros elementos de prova constantes do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever encontram-se integral e detalhadamente elencados no Anexo 1 à presente Decisão.

1447. Face aos documentos descritos no presente capítulo (e, igualmente, aos documentos identificados no Anexo 1) , cumpre destacar a existência de um objetivo comum: *(i)* a Active Brands define um determinado posicionamento de PVP – com ou sem intervenção de alguma das empresas de distribuição visadas; *(ii)* as empresas de distribuição visadas reportam à Active Brands desvios face ao posicionamento estabelecido; *(iii)* em vez de (re)agirem de forma independente, as empresas de distribuição visadas requerem a atuação do fornecedor comum, de forma a garantir o alinhamento; *(iv)* a Active Brands desencadeia um procedimento interno para confirmação e alteração dos PVP desviantes, entrando em contacto com o seu interlocutor na insígnia desviante; e *(v)* em alguns casos, confirma *a posteriori* a correção do desvio e o realinhamento conseguido junto das empresas de distribuição visadas que inicialmente a interpelaram (juntando frequentemente talões comprovativos do realinhamento).

1448. Neste contexto, verifica-se que a Active Brands 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 sensível (passada, presente e futura) e assegurar que todas as

[727] Sem prejuízo de a insígnia El Corte Inglés não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

concorrentes no retalho praticam PVP alinhados, coincidentes, em regra, com os PVP indicados pelo fornecedor.

III.3.1.4.1 Pronúncias das visadas

1449. As visadas, quanto aos comportamentos descritos no capítulo relativo ao controlo, monitorização e correção dos PVP praticados no mercado, expuseram argumentos pugnando pelo incorreto enquadramento e erradas conclusões apresentadas pela AdC na Nota de Ilicitude, legitimando a lícita utilização das ferramentas de *shopping*, na medida em que, nas suas perspetivas, o reporte à Active Brands consubstancia uma tentativa de negociação de condições de preço tão vantajosas como as detetadas nas concorrentes.

1450. Refere a Active Brands na sua PNI que «*é normal que um fornecedor, que investe no posicionamento estratégico do seu produto, e, nesse sentido, define e recomenda PVPRs, não se fique pela comunicação dos mesmos, mas tenha igualmente interesse em convencer os retalhistas das vantagens da recomendação e em saber, entre outros, se o PVPR é seguido, qual o preço efetivamente praticado no mercado e se as campanhas promocionais que desenvolve e, por vezes, comparticipa, estão a ser implementadas*»[728].

1451. Argumenta que «[n]*ão havendo nada de ilegal com a recomendação, não há também, por maioria de razão, com o levantamento de informação do mercado e com meras insistências e tentativas de correção*»[729].

1452. A Active Brands defende ainda que «*a prática de hub and spoke, a infração que é imputada às empresas visadas, pressupõe mais do que isso: pressupõe que informação sensível do ponto de vista comercial seja transmitida a um parceiro comum e que esse parceiro comum, por sua vez, a transmita a concorrentes*»[730].

1453. A Active Brands considera que a monitorização dos preços que fazia relativamente ao mercado a jusante tinha apenas razões legítimas e que «[q]*uando detetava que os PVPR não estavam a ser observados, decidia por vezes contactar as insígnias em questão, expressando a importância que, para si, a observância do PVPR tinha*»[731].

1454. Não obstante, argumenta, que «[a]*s insistências e pedidos de verificação da AB não eram acompanhadas por mecanismos de coação, pressão ou retaliação, sendo por isso simples extensões naturais de uma política de preços recomendados compatível com o direito da concorrência*»[732].

[728] Cf. §432 da PNI Active Brands.

[729] Cf. §433 da PNI Active Brands.

[730] Cf. §435 da PNI Active Brands.

[731] Cf. §436 da PNI Active Brands.

[732] Cf. §438 da PNI Active Brands.

1455. A Active Brands refere ainda que, «*no seguimento da sua própria monitorização, eram as insígnias que chamavam a atenção da AB para o facto de os PVPRs não estarem a ser observados por algumas insígnias. Quando isto acontecia, a AB limitava-se a submeter pedidos de verificação às insígnias em causa, não indo para além disso*»[733].

1456. Esclarece este fornecedor que «*não dispunha de meios para pressionar ou coagir as insígnias a seguir a sua recomendação ou fazer fosse o que fosse, razão pela qual apenas se limitava a insistir na recomendação que havia comunicado anteriormente. E fazia-o espontaneamente, ou no seguimento de alertas das insígnias, mas sempre com o intuito de promover a observância do PVPR previamente comunicado, e assegurar o posicionamento estratégico dos seus produtos, nunca com o objetivo de contribuir para um alinhamento artificial de preços entre os supermercados*»[734].

1457. Explica esta visada, relativamente ao documento ActiveBrands818, que este «*apenas demonstra que, de facto, a AB estava atenta aos preços praticados pelos distribuidores retalhistas aos consumidores dos seus produtos, compilando estes dados (informação pública, sobre PVPs atuais) e partilhando-os internamente*»[735].

1458. Quanto ao documento ActiveBrands806, considera o fornecedor que retrata uma situação em que «*[Diretor Off-Trade - Active Brands], no seguimento da monitorização do mercado feita pela própria empresa, pede a uma colaboradora da Jerónimo Martins para verificar o preço de um produto. Em resposta, a referida colaboradora afirma que a Pingo Doce decidiu, livremente, alterar o preço, inexistindo prova nos autos que indicie que a alteração teve outro motivo subjacente*»[736].

1459. Conclui a Active Brands, relativamente ao documento ActiveBrands916, que se trata de um «*exemplo de um email pelo qual uma insígnia envia à AB as conclusões de um exercício de shopping que levou a cabo. A comunicação destina-se a forçar o fornecedor a atribuir-lhe melhores condições. Em resposta, a AB propõe um conjunto de ações promocionais. As Visadas não veem de que forma é que este tipo de interação pode constituir prova de um hub and spoke, dado que a informação partilhada (PVPs atuais) é pública. No mais, o que indicia é que a AB, por vezes, após ser confrontada com a informação de que algumas insígnias não respeitavam o seu PVPR, era pressionada a oferecer condições mais favoráveis, e por vezes era precisamente isso que acabava por acontecer*»[737].

1460. No documento ActiveBrands1055, entende a Active Brands que se limita a indicar «*ao Pingo Doce um PVPR, expressando a importância de manter a recomendação por se tratar de um produto de prestígio (i.e., era importante, para o fornecedor, manter o posicionamento*

[733] Cf. §444 da PNI Active Brands.

[734] Cf. §445 da PNI Active Brands.

[735] Cf. §439 da PNI Active Brands.

[736] Cf. §440 da PNI Active Brands.

[737] Cf. §446 da PNI Active Brands.

estratégico do produto). Sem mais, e ao contrário do que a AdC conclui, o email não "demonstra que os PVP comunicados pela AB não são recomendações, mas antes verdadeiras imposições de PVP" (§540). Em resposta, o Pingo Doce envia à AB as suas conclusões quanto aos preços que estão a ser praticados no mercado, pressionando a AB a atribuir-lhe condições mais favoráveis ou a verificar a situação junto das outras insígnias. Na sequência do alerta, a AB pede aos seus colaboradores para voltarem a fazer a recomendação às insígnias desviantes. Fá-lo na sequência da partilha, por parte de uma insígnia, de informação que era pública (PVPs atuais), como o fazia também, muitas vezes, de forma espontânea, no seguimento dos seus próprios exercícios de shopping»[738]. (sublinhado da AdC)

1461. Já a MCH apresenta na sua defesa escrita argumentos que podem ser agrupados em duas categorias, referentes, respetivamente, à monitorização pelo fornecedor e à monitorização pelos distribuidores.

1462. Quanto à primeira categoria, afirma que a monitorização pela Active Brands se trata «(…) *de um comportamento que apenas àquela poderá ser imputado e que, portanto, sendo estranho à MCH, a esta apenas lhe seria possível especular sobre os motivos que lhe estão subjacentes*»[739] e, ainda, que «*não lhe repudia nem se lhe aparenta como ilícito que um fornecedor, designadamente a Active Brands, procure obter informação, junto de si ou de qualquer distribuidor, quanto aos preços por este praticados*»[740].

1463. Alegando que o objeto da monitorização consiste em informação pública, acessível para o consumidor e resultante da atividade de empresas especializadas «*que fazem do seu negócio a sua recolha e o tratamento*»[741], considera que a «(…) *informação sobre os preços concretamente aplicados por cada uma das principais insígnias de distribuição é igualmente muito importante para que o fornecedor possa discutir e negociar com as restantes, sempre que estas lhe solicitam condições de aquisição tão ou mais favoráveis, invocando precisamente a necessidade de reduzir os seus PVPs para igualar ofertas mais atractivas ou promoções mais agressivas da sua concorrência*»[742].

1464. Quanto à monitorização feita pelas empresas de distribuição visadas, a MCH afirma que «[o]*s levantamentos de shopping consistem em recolhas massivas de PVPs realizadas in loco – mediante leitura / gravação dos PVPs de linear – nos estabelecimentos comerciais de concorrentes, efectuados com regularidade determinada internamente, em função da*

[738] Cf. §447 da PNI Active Brands.

[739] Cf. §534 da PNI MCH.

[740] Cf. §535 da PNI MCH.

[741] Cf. §537 da PNI MCH.

[742] Cf. §543 da PNI MCH.

visibilidade do produto e da área comercial envolvida, mas que, em regra, será semanal ou mensal»[743].

1465. Alegando que esta é uma ferramenta central no acompanhamento diário dos preços praticados pelos diferentes *players*, a MCH conclui que «*não se percebe porque pretende a AdC sustentar que a informação transmitida por um fornecedor (no caso, a Active Brands), quanto a preços praticados por concorrentes, seja mais rigorosa, actual ou confiável que aquela que cada retalhista recolhe através dos seus próprios meios*»[744].

1466. Explica esta visada que «(…) *os retalhistas competem pelo respectivo cabaz de produtos e não produto a produto, pelo que, seguramente, procuram obter informação sobre os preços de um conjunto de referências vendidas pelos seus concorrentes e não apenas sobre as que respeitam a um único fornecedor*»[745].

1467. Argumenta a MCH que «[o] *shopping destina-se a permitir à MCH tomar decisões informadas em matéria de política comercial e pode servir, em segunda linha, de apoio à negociação com os seus fornecedores, por exemplo, nos casos em que a MCH procura extrair do preço mais competitivo de um concorrente, argumentos negociais junto do fornecedor, para que este último lhe conceda condições comerciais que lhe permitam (ou facilitem, do ponto de vista do esforço financeiro envolvido), a prática de um preço tão competitivo como o desse concorrente*»[746].

1468. Considera, ainda, esta visada que «[a] *monitorização dos preços – actuais – praticada pelos diferentes operadores de mercado, não tem, por isso, como propósito a institucionalização de um sistema de controlo de desvios a um acordo de alinhamento horizontal dos PVP no mercado – trata-se tão-somente de* ***cumprir o jogo da concorrência****, de ajustar a oferta e a gama de cada operador e* ***responder às iniciativas dos concorrentes***»[747]. (destaques originais)

1469. E, ainda, que «(…) *é perfeitamente possível que, em certos casos, a MCH se "queixe" a um fornecedor, por exemplo à Active Brands, usando como argumento, os preços praticados pela concorrência*»[748], e que «(…) ***confrontar um fornecedor com determinado nível de preços de venda ao público praticado por um concorrente não significa notificá-lo do incumprimento de um putativo contrato ou acordo***»[749]. (destaque original)

1470. Significa antes – no entender da MCH – «(…) *procurar tirar partido de um argumento adicional na rotina de negociação de condições grossistas e confrontar o fornecedor – comum ao seu*

[743] Cf. §555 da PNI MCH.

[744] Cf. §557 da PNI MCH.

[745] Cf. §560 da PNI MCH.

[746] Cf. §570 da PNI MCH.

[747] Cf. §583 da PNI MCH.

[748] Cf. §584 da PNI MCH.

[749] Cf. §585 da PNI MCH.

concorrente – com uma política de preços grossistas aparentemente mais vantajosa face a esse competidor, com isso visando aceder, também, a tais condições grossistas mais favoráveis»[750].

1471. Alegando que «*o recurso a argumentos ou exageros pelos quais uma parte* (…) *pretenda evidenciar-se, criando empatia com o fornecedor para poder beneficiar das melhores condições de aquisição*»[751] é natural e expectável, conclui esta visada que «*a troca de palavras* (…) *não permite, porém daí retirar qual é, afinal, o motivo da ilicitude deste shopping (alegadamente particular) e que* (…) *o retalhista tem todo o interesse e vantagem em partilhar com o seu fornecedor*»[752], não porque vise uma correção ou alinhamento, mas apenas porque o confronto lhe permitirá negociar em vantagem, sempre que se encontre descompetitivo face aos seus concorrentes[753].

1472. Entende a MCH que «*é à luz da dicotomia de interesses entre fornecedor e distribuidor que devem ser lidas e entendidas as "correções" mencionadas nas comunicações*»[754], explicando que «[o] *fornecedor procura, em regra, 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*»[755], enquanto «[o] *distribuidor, por seu turno, usa, em regra, os preços dos concorrentes como argumento negocial perante o fornecedor, desde logo para justificar a prevalência de um seu interesse próprio sobre o do fornecedor: o de pretender praticar preços igualmente competitivos, isto é, não apresentar preços no linear superiores aos dos seus concorrentes*»[756].

1473. Sendo, no entendimento desta visada, «[n]*a interacção entre fornecedor e retalhista (…) – que um e outro – por vezes em termos tensos e "crus" – se esforçam por demonstrar a inverosimilhança ou inexactidão do argumento ou factos apontados pela contraparte*»[757], *mas «a tensão ou a crueza de certas conversações não pode ser confundida com uma intenção generalizada e ilícita de alinhamento horizontal de preços*»[758].

1474. Considera a MCH que «[o] *tratamento atomístico, desarticulado e meramente indiciário que a AdC vota e imprime a estas conversações não se pode confundir com a verdadeira intenção das partes, nem distorcer o sentido que as negociações, comentários ou desabafos têm no contexto*

[750] Cf. §586 da PNI MCH.

[751] Cf. §588 da PNI MCH.

[752] Cf. §593 da PNI MCH.

[753] Cf. §594 da PNI MCH.

[754] Cf. §601 da PNI MCH.

[755] Cf. §602 da PNI MCH.

[756] Cf. §603 da PNI MCH.

[757] Cf. §605 da PNI MCH.

[758] Cf. §606 da PNI MCH.

global da relação entre fornecedor e retalhista, e que envolve a negociação contínua e diária das condições comerciais de centenas de SKUs»[759].

1475. Esta visada argumenta que «(…) *a "desconfiança" mútua quanto à representação feita por uns e outros quanto às condições do mercado, isto é, quanto aos preços praticados pelos concorrentes, e a necessidade de apresentação de uma prova irrefutável, por exemplo, de talões de compra, revela, apenas, o carácter tenso e antagónico deste tipo de interacções, sendo, aliás, comprovativo claro de que os retalhistas (e designadamente, a MCH) exige ver para crer*»[760].

1476. De acordo com a MCH, «[o] *distribuidor apoia-se em talões de compra ou apoia-se em shopping (cumulados com vários outros mecanismos de auscultação do mercado – verificação de folhetos e outros meios de publicidade, análise de índices de competitividade (IPs) ou análises da Deco – destinados a assegurar ao distribuidor o acompanhamento o mais próximo e on time possível do mesmo), porque a competitividade e atractividade da oferta da MCH é feita, sempre, por comparação com as demais soluções existentes no mercado*»[761], concluindo que «[o]*s talões asseguram, pois, internamente, que a decisão adoptada – quando se trate de uma decisão de ajuste do preço para resposta ou para ir ao encontro do preço de um concorrente – se encontra fundada em pressupostos correctos (documentados), no momento em que é tomada*»[762].

1477. A visada Pingo Doce, por seu turno, vem esclarecer que «(…) *faz o seu próprio mystery shopping que, em média, faz a comparação de preços de cerca de [1000-2000] [Confidencial – Informação comercialmente sensível] [Confidencial – estratégia comercial da visada]*»[763] e que «(…) *apenas faz o shopping num pequeno subgrupo de retalhistas a cada semana* (…)»[764].

1478. Refere a Pingo Doce que «[a]*pesar do Jumbo/Auchan ter uma estratégia de preços descentralizada, o PINGO DOCE apenas monitoriza [Confidencial – informação comercialmente sensível]*»[765], pelo que argumenta que «(…) *não obstante o esforço semanal de shopping* (…)*[Confidencial – informação comercialmente sensível]*»[766]. (sublinhado original)

1479. Considera esta visada que «(…) *se excepcionalmente o fornecedor poderá enviar shoppings ao PINGO DOCE, tal não tem qualquer vertente de "acordo" ou "prática concertada" horizontal, apenas a consciência de que o PINGO DOCE, não sendo dominante no mercado, estabelece a sua política de pricing de forma independente, e o fornecedor quer legitimamente influenciar*

[759] Cf. §610 da PNI MCH.

[760] Cf. §613 da PNI MCH.

[761] Cf. §619 da PNI MCH.

[762] Cf. §622 da PNI MCH.

[763] Cf. §622 da PNI Pingo Doce.

[764] Cf. §623 da PNI Pingo Doce.

[765] Cf. §624 da PNI Pingo Doce.

[766] Cf. §625 da PNI Pingo Doce.

essa política»[767], «[m]*as é absurdo que se diga que o objectivo seria o de "corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir, por essa via, um realinhamento horizontal dos PVP"*»[768].

1480. Considerando lícito (e definido pela doutrina jurídica como vertical) o comportamento em que um retalhista exige ao fornecedor prova de que um concorrente aumentou os PVP[769], a visada Pingo Doce entende que «[p]*or vezes o fornecedor, no contexto da normal tensão negocial/comercial, envia talões e shoppings de PVPs de produtos do próprio PINGO DOCE, que são reveladores da política de PVP praticada de forma independente pelo PINGO DOCE, muitas vezes abaixo do mercado*»[770].

1481. Esta visada considera que «*o shopping constitui uma prática comercial normal e lícita*»[771], tendo em conta que as informações que dele resultam são públicas e que todos os operadores podem observar diretamente os PVP praticados nas prateleiras dos vários retalhistas.

1482. Considera ainda que «*o envio de shoppings para o fornecedor tem que ver, muitas vezes [Confidencial – informação comercialmente sensível]*»[772].

1483. A visada Auchan apresenta uma defesa assente na impugnação da interpretação da prova feita pela AdC, referindo profusa e ostensivamente que os *e-mails* constantes do capítulo relativo a controlo, monitorização e correção dos PVP praticados no mercado demonstram que a «*Auchan é quase sempre referida como a insígnia com os PVPs mais baixos*»[773], e que «*os ficheiros de shopping comprovam que a Auchan posicionou os produtos não só a um PVP mais baixo face aos demais concorrentes, como esses mesmos PVPs diferem de loja para loja*»[774].

1484. A verificação destes factos resulta, de acordo com a Auchan, da sua «(...) *política comercial, segundo a qual as lojas marcam o preço autonomamente, sem controlo da central, devendo praticar um preço, no mínimo, 3% mais baixo do que os praticados pelos concorrentes na sua área de influência*»[775].

1485. Considera a Auchan que «*não existe qualquer documento que demonstre que a Auchan controlava e/ou monitorizava os PVP dos concorrentes com o intuito de comunicar quaisquer*

[767] Cf. §626 da PNI Pingo Doce.

[768] Cf. §627 da PNI Pingo Doce.

[769] Cf. §628 da PNI Pingo Doce.

[770] Cf. §633 da PNI Pingo Doce.

[771] Cf. §634 da PNI Pingo Doce.

[772] Cf. §642 da PNI Pingo Doce.

[773] Cf. §516 da PNI Auchan.

[774] Cf. §516 da PNI Auchan.

[775] Cf. §520 da PNI Auchan.

desvios ao fornecedor e/ou pressioná-lo para que atuasse junto da insígnia desviante com vista à sua correção»[776].

1486. De acordo com esta visada, «[n]*ão se ignora que no âmbito do tipo de infração configurado pela AdC possam existir desvios pontuais e esporádicos por parte de uma insígnia ou outra a um preço supostamente concertado*»[777], mas existe um «*cenário geral em que a divergência relativamente às pretensões da Active Brands é a regra, que não se coaduna com a existência de qualquer plano comum ou convergência de vontades*»[778].

1487. Sustenta pois que, «(…) *perante a análise dos resultados de shopping, verificamos que as lojas Auchan marcam preços diversos entre si (e distintos dos seus concorrentes), diversos dos pretendidos pela Active Brands, e que mesmo os preços médios das várias insígnias divergem uns dos outros*»[779].

1488. Entende esta visada que, mesmo em situações como a que decorre do documento ActiveBrands710, suprarreferido e analisado no §13521352, «*ainda que este documento pudesse constituir prova da alegada infração por parte da Auchan* (…) *observa-se que essa alegada prova se circunscreve a um período isolado e curto, sendo, todavia, claro que existiam dezenas de movimentações de preços ao ano, assumindo a Auchan (como demonstrado) o papel de insígnia desviante*»[780].

1489. Refere ainda, em comentário ao documento ActiveBrands153, analisado *supra* no §13621362, que «[a] *Auchan não conhece os motivos nem poderá ser responsabilizada pelas escolhas e comportamentos do seu fornecedor, nomeadamente, quando perante uma reclamação face a condições comerciais este opta por dizer que pressionou ou irá pressionar os concorrentes a aumentar os PVPs, em vez de descer o preço de venda à Auchan*»[781].

1490. Considera que «(…) *a AdC não poderá responsabilizar as empresas de distribuição unicamente pela possível reação do fornecedor, sem apresentar e provar os elementos concretos que demonstram, em cada caso, que essa resposta se deveu a uma conduta ilícita por parte da empresa de distribuição em causa*»[782].

1491. Finalmente, e insistindo na rejeição da interpretação da prova constante da Nota de Ilicitude, alega esta visada que a política descentralizada de preços da Auchan é impeditiva dos alinhamentos e que, mesmo que essa hipótese pudesse ser aventada, existem dezenas

[776] Cf. §514 da PNI Auchan.

[777] Cf. §542 da PNI Auchan.

[778] Cf. §543 da PNI Auchan.

[779] Cf. §544 da PNI Auchan.

[780] Cf. §570 da PNI Auchan.

[781] Cf. §594 da PNI Auchan.

[782] Cf. §622 da PNI Auchan.

de movimentos de preços anuais que impediriam a demonstração de tal hipótese, reduzindo-se a prova produzida nos autos sempre a períodos isolados e curtos[783].

III.3.1.4.2 Apreciação da Autoridade

1492. Analisadas as pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para demonstrar os comportamentos em causa, a AdC conclui pela improcedência da impugnação das visadas quanto à matéria de facto descrita no capítulo do controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, pelas razões a seguir indicadas.

1493. 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 dos PVP praticados no mercado (entre as quais o *shopping*[784]) e fazem menção expressa aos resultados dessas ações de controlo e monitorização nas comunicações descritas na presente Decisão (nas quais constam envios de talões de compra).

1494. As visadas alegam existir um substrato perfeitamente legítimo e lícito para os referidos comportamentos e defendem que a referência aos resultados de ações de controlo e monitorização de PVP não constitui prova da concertação para o alinhamento de PVP entre as insígnias.

1495. Embora não se conteste que os objetivos que levam as visadas a invocar esse substrato legítimo e lícito possam, em abstrato, também existir, a AdC identifica na prova, relativamente aos mesmos comportamentos, evidências inequívocas que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a interpretação sustentada desses mesmos comportamentos.

1496. 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, através da intervenção da Active Brands junto das insígnias em que se detetam desvios ao PVP concertado, como se demonstrará de seguida.

1497. É evidente que as ferramentas de controlo e monitorização dos PVP de mercado, incluindo a vulgarmente designada de *shopping*, podem ser legítima e licitamente utilizadas pelas empresas que operam no mercado de retalho alimentar.

[783] Cf. §§570, 629, 648 e 682 da PNI Auchan.

[784] Recolha unilateral de informação de PVP na loja do retalhista.

1498. É natural que o fornecedor utilize estas ferramentas para verificar o posicionamento dos produtos do seu *portfolio* no mercado bem como o cumprimento do período designado e da percentagem de desconto atribuída às promoções por si comparticipadas.

1499. É legítimo que as insígnias utilizem estas ferramentas para avaliar a sua competitividade no mercado e para construir decisões comerciais otimizadas face à concorrência e, no limite, até mesmo para encontrar argumentos que sustentem a reivindicação de melhores condições financeiras na negociação com o fornecedor[785].

1500. 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 supracitados (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão), consentida por essa prova, a qual aponta noutro sentido, nomeadamente o da promoção do alinhamento de PVP no mercado.

1501. Se é natural a utilização de ferramentas de *shopping* para os fins lícitos acima descritos, já não é – nem pode ser – natural que estas mesmas ferramentas sejam utilizadas como forma de detetar desvios face a um determinado posicionamento de PVP de mercado concertado entre insígnias e/ou como forma de promover/demonstrar a respetiva correção (através de talões de compra), como exaustivamente se descreveu *supra* (cf. capítulo III.3.1.4).

1502. Efetivamente, como reconhece a Auchan, «[s]*ituação completamente diferente é a utilização do shopping como forma de controlo e pressão do fornecedor e restantes insígnias para alinhamento de preços*»[786], que é precisamente o que a prova dos autos demonstra relativamente a todas as visadas, inclusive a própria Auchan.

1503. É que as comunicações descritas e referidas no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão (que retomam a descrição da Nota de Ilicitude) têm uma linguagem muito clara e, na verdade, dissipam quaisquer dúvidas ou ambiguidades quanto ao significado que assumem e ao tipo de conduta que demonstram.

1504. Conforme foi já demonstrado no capítulo III.3.1.3.2, a prioridade das empresas de distribuição visadas é, primeiramente, a de garantir o alinhamento de PVP, sendo a correção de desvios junto das insígnias preferida pelas insígnias e a concessão pela Active Brands de condições financeiras para igualar o preço das concorrentes a segunda alternativa admissível para tais empresas, tendo sempre em vista a manutenção da estabilidade dos preços no mercado.

[785] No entanto, como referido e demonstrado ao longo da presente Decisão (cf. capítulos III.3.1.3.2 e III.3.1.5), 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 ao nível do desvio verificado, mantendo a insígnia a margem de distribuição desejada, opção que é adotada somente como alternativa de recurso aquando do insucesso do fornecedor na correção do desvio detetado.

[786] Cf. §1028 da PNI Auchan.

1505. A própria MCH admite, sem reservas, ser esse um dos objetivos das interações que tem com o fornecedor a propósito da monitorização das condutas dos concorrentes: «[o] *shopping* [...] *pode servir, em segunda linha, de apoio à negociação com os seus fornecedores, por exemplo, nos casos em que a MCH procura extrair do preço mais competitivo de um concorrente, argumentos negociais junto do fornecedor, para que este último lhe conceda condições comerciais que lhe permitam (ou facilitem, do ponto de vista do esforço financeiro envolvido), a prática de um preço tão competitivo como o desse concorrente*»[787]; ou seja, «[o] *distribuidor, por seu turno, usa, em regra, os preços dos concorrentes como argumento negocial perante o fornecedor, desde logo para justificar a prevalência de um seu interesse próprio sobre o do fornecedor: o de pretender praticar preços igualmente competitivos, isto é, não apresentar preços no linear superiores aos dos seus concorrentes*»[788]. (sublinhado da AdC)

1506. Ora, por um lado, é explícito que o objetivo das insígnias (neste caso, da MCH) não é senão o de acompanhar os preços das insígnias concorrentes, ou seja, o de alinhar os seus PVP àqueles, sem perda de margem comercial – não estando em causa qualquer pretensão de competir, designadamente praticando preços mais baixos; e, por outro lado, do teor da prova produzida e acima exaustivamente descrita (cf. capítulos III.3.1.3 e III.3.1.3.2) é manifesto que esta opção de negociação de condições mais favoráveis junto do fornecedor para igualar o PVP dos concorrentes apenas é acionada aquando do insucesso da Active Brands na correção do desvio detetado e sinalizado, sendo esta última a opção sempre – e explicitamente – prioritária. Recorde-se, então, o teor da prova.

1507. Do documento ActiveBrands1019, analisado acima nos §§11081111 e seguintes, decorre explicitamente que a MCH alterou o PVP de dois produtos «*com o compromisso de actualização*» de PVP da Pingo Doce e teve acesso, através da Active Brands, à estratégia de posicionamento futuro de preço daquela insígnia, que consiste em informação sensível, não pública. Sucede que, não tendo a Active Brands logrado garantir a alteração de PVP junto da Pingo Doce, solicita à MCH «*mais alguma paciência e o favor de carregar 10% em cartão neste artigo de 22 a 28 de Outubro*», o que revela que este mecanismo de compensação permite a manutenção do PVP por aquela insígnia até que a Pingo Doce (re)posicione o seu PVP:

[787] Cf. §570 da PNI MCH.

[788] Cf. §603 da PNI MCH.

FW: PVP

From:

To:
Cc:
Bcc:
Date: Wed, 21 Oct 2009 11:38:18 +0100

Bom dia
O PVP de CR&F infelizmente não foi alterado. Peço-lhe mais alguma paciência e o favor de carregar 10% em cartão neste artigo de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 1,30€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado).
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terça-feira, 20 de Outubro de 2009 12:28
Para:
Assunto: PVP

Bom dia
A actualização da CR&F para 12,99€ está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã). Relativamente ao Beirão não houve compromisso para amanhã pelo que lhe peço o favor, se possível, de carregar 5% em cartão neste artigo durante a semana de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 0,47€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado).
Obg. e melhores cumprmentos,

1508. A prova está impregnada de referências a um esforço contínuo no sentido da coordenação de preços e constante vigilância, de forma a evitar situações de desvios permanentes aos PVP recomendados pela Active Brands.

1509. A MCH é pródiga na utilização do *shopping* como ferramenta de pressão junto da Active Brands com vista quer a correção de desvios aos PVP junto das insígnias desviantes quer, em alternativa, à concessão de condições para igualar os preços detetados[789]. Atente-se no documento ActiveBrands1005:

[789] Veja-se os documentos MCH1417, ActiveBrands214, MCH1410, MCH1471, ActiveBrands93, ActiveBrands110, ActiveBrands155, ActiveBrands190, ActiveBrands199, ActiveBrands210, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands634, ActiveBrands646, ActiveBrands666, ActiveBrands686, ActiveBrands748, ActiveBrands821, ActiveBrands828, ActiveBrands831, ActiveBrands832, ActiveBrands834, ActiveBrands873, ActiveBrands874, ActiveBrands904, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, ActiveBrands1010, ActiveBrands1021, ActiveBrands1028.

RE: REcolhas

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para
Bcc

seg 01/09/2014 15:09

Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

Boa tarde
Agradeço desde já a informação enviada.
A generalidade do mercado (PD, MP, ITM...) observa a recomendação actual do meu marketing.
Nas situações pontuais que refere (JMB) já pedi aos meus colaboradores para resolverem nas lojas.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 28 de agosto de 2014 19:40
Para
Cc:
Assunto: REcolhas

Boa tarde

Conforme falado, junto envio informação. Agradecemos ponto de situação amanha.

COD	ARTIGO	COD CONCORRENTE	Insignia Concorrente	PVPConc
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11000 JUMBO-ALFRAGIDE	JUMBO	2.89
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11002 JUMBO-SETUBAL	JUMBO	2.86
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11003 JUMBO-MAIA	JUMBO	2.89
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11004 JUMBO-ALVERCA	JUMBO	2.89
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11009 JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	JUMBO	2.89
4047481	VB LOIOS REG ALENT 75CL	11013 JUMBO-AVEIRO	JUMBO	2.89

1510. Após envio de reporte de *shopping*, [Diretor Off-Trade - Active Brands] agradece a informação transmitida, o que demonstra o interesse não apenas das insígnias mas igualmente do fornecedor na rápida deteção de desvios e, por conseguinte, na manutenção do alinhamento, e reage prontamente indicando que «[a] *generalidade do mercado (PD, MP, ITM...) observa a recomendação actual do meu marketing*», informando a MCH que, relativamente às «*situações pontuais que refere (JMB) já pedi aos meus colaboradores para resolverem nas lojas*», o que significa que aquela insígnia obtém imediatamente a confirmação de que a Active Brands se encontra, junto da Auchan, a promover a correção dos desvios que detetou e lhe endereçou.

1511. Veja-se, ainda, o documento ActiveBrands105:

FW: recolhas active brands

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para
Cc

ter 16/08/2011 13:22

Book30.xlsx
16 KB

Equipa corrijam por favor as situações Velhotes < 4,99€ e Burmester DOC Auchan (PVP recomendado após promoção 4,49€).
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 10 de Agosto de 2011 19:29
Para:
Cc:
Assunto: recolhas active brands

Boa tarde

Seguem recolhas actualizadas

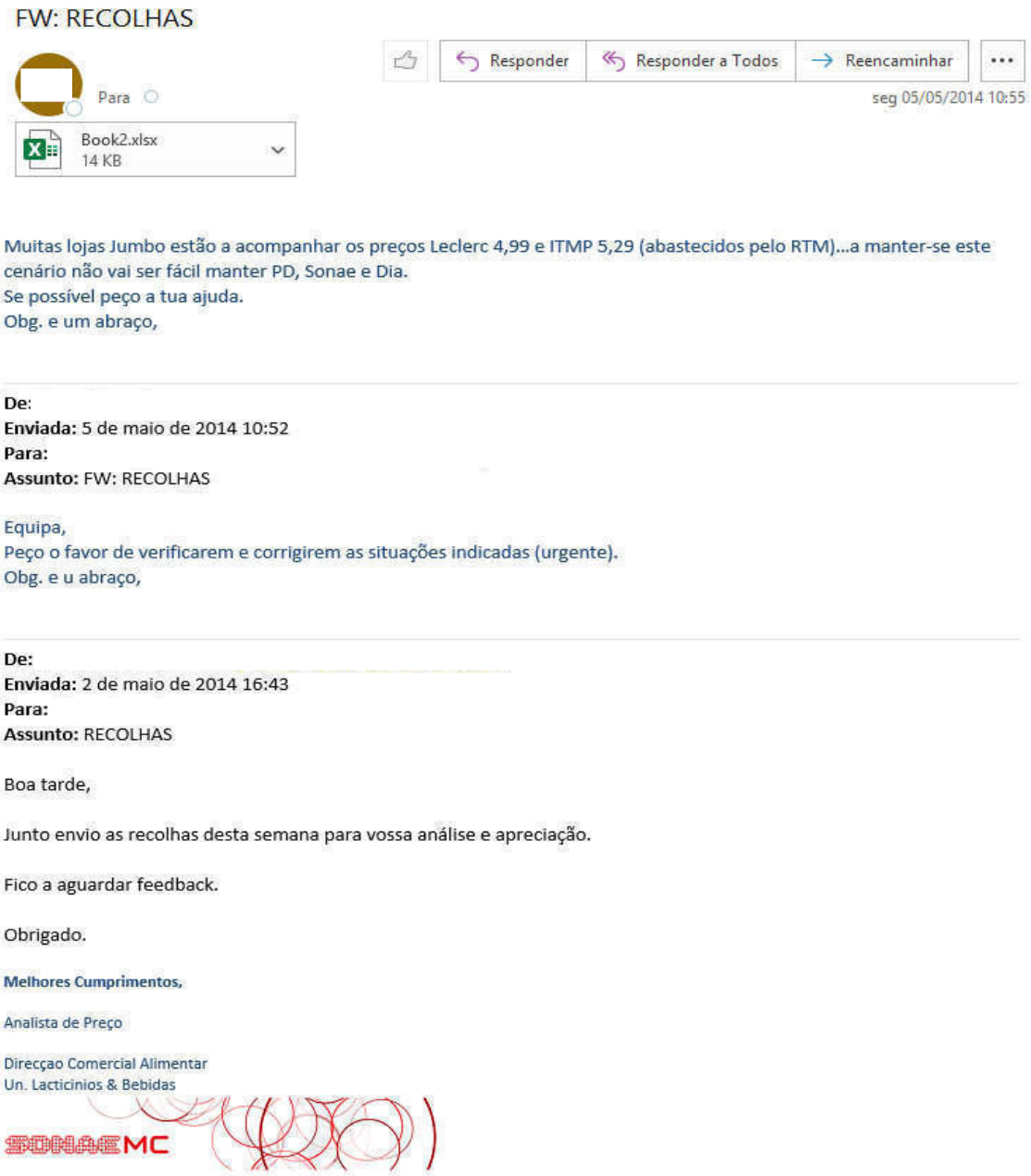
Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Vinhos de Mesa e Estrangeiros
Bebidas Espirituosas e Espumantes

SONAE MC

1512. Neste documento é possível constatar que, após receber as «*recolhas actualizadas*» de PVP de produtos da Active Brands junto das insígnias concorrentes da MCH, o fornecedor, sem mais, remete indicações à equipa de *KA* para que «*corrijam por favor as situações*» reportadas.

1513. Similarmente, e entre outros, também o documento ActiveBrands930 *infra* contém uma partilha das «*recolhas desta semana para vossa análise e apreciação*», à qual se segue a indicação de [Diretor Off-Trade - Active Brands] aos *KA* para «*verificarem e corrigirem as situações indicadas (urgente)*»:



FW: RECOLHAS

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para

seg 05/05/2014 10:55

Book2.xlsx
14 KB

Muitas lojas Jumbo estão a acompanhar os preços Leclerc 4,99 e ITMP 5,29 (abastecidos pelo RTM)...a manter-se este cenário não vai ser fácil manter PD, Sonae e Dia.
Se possível peço a tua ajuda.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: 5 de maio de 2014 10:52
Para:
Assunto: FW: RECOLHAS

Equipa,
Peço o favor de verificarem e corrigirem as situações indicadas (urgente).
Obg. e u abraço,

De:
Enviada: 2 de maio de 2014 16:43
Para:
Assunto: RECOLHAS

Boa tarde,

Junto envio as recolhas desta semana para vossa análise e apreciação.

Fico a aguardar feedback.

Obrigado.

Melhores Cumprimentos,

Analista de Preço

Direcçao Comercial Alimentar
Un. Lacticinios & Bebidas

SONAE MC

1514. Ora, este padrão comunicacional entre a MCH e a Active Brands permite constatar, desde logo, que aquela insígnia remete, numa base regular e constante, os resultados da monitorização do mercado e a identificação de desvios face ao posicionamento de PVP «*recomendado*» para que a Active Brands interceda junto das insígnias concorrentes desviantes adotando diligências no sentido de assegurar o alinhamento de PVP no mercado.

1515. Não é necessária, como revelam estas comunicações, uma linguagem demasiado descritiva relativamente às pretensões da MCH, uma vez que a Active Brands aciona instantaneamente os seus mecanismos de verificação e correção de desvios, desempenhando de imediato o seu papel intermediário na concertação pretendida por todas as visadas.

1516. Não se revela, nesta medida, verdadeira a afirmação de que «[o] *shopping* [se] *destina a permitir à MCH tomar decisões informadas em matéria de política comercial e pode servir, em segunda linha, de apoio à negociação com os seus fornecedores*» [790] e, muito menos, que «[a] *monitorização dos preços – actuais – praticada pelos diferentes operadores de mercado, não tem, por isso, como propósito a institucionalização de um sistema de controlo de desvios a um acordo de alinhamento horizontal dos PVP no mercado – trata-se tão-somente de* ***cumprir o jogo da concorrência****, de ajustar a oferta e a gama de cada operador e* ***responder às iniciativas dos concorrentes***»[791]. (destaques originais)

1517. Após o competente cotejo do argumentário desta visada com a prova constante dos autos, fica por perceber (porque não é explicado) de que forma as alegações da MCH se concretizam perante as diversas instruções concretas (mais e menos explícitas) que dirige à Active Brands e que visam, precisamente, obliterar qualquer hipótese de concorrência no mercado.

1518. É que, contrariamente ao que alegam as visadas, é francamente evidente que o *shopping* consiste (mesmo que não exclusivamente) num instrumento de controlo e monitorização dos preços praticados pelas concorrentes, com vista à deteção de desvios ao alinhamento de PVP pretendido. E o envio dos desvios identificados à Active Brands tem subjacente a pretensão de intervenção corretiva junto das insígnias que se encontram, a cada momento, a praticar um PVP aquém do pretendido.

1519. A prova revela precisamente uma dependência, um condicionamento, desejado e fomentado, da política comercial da MCH relativamente à das insígnias suas concorrentes. Há, efetivamente, um propósito claro, reconhecido explicitamente pela MCH, de praticar o mesmo PVP que «*o mercado*», ao arrepio «*do jogo da concorrência*» que irrefletidamente menciona na sua PNI.

1520. Veja-se o documento ActiveBrands828, no qual a MCH reconhece que só altera os seus PVP para as «*recomendações*» do fornecedor quando o mercado as implementar. Após reporte de mais um «*shopping para conhecimento e análise*» da Active Brands e da indicação de [Diretor Off-Trade - Active Brands] de que «[o] *preço mais frequente (PD, MP, ITM…) de Loios Tinto está em linha com a nossa recomendação (2,99€). As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias.* (…)», a MCH esclarece axiomaticamente a sua posição em matéria de *pricing*: «[n]***ão consigo, obviamente colocar os PVP que recomenda. <u>O mercado não está com esses PVP</u>. Necessito de soluções***.» (destaque da AdC)

1521. Também não se verifica, em bom rigor, qualquer intenção de «*responder às iniciativas dos concorrentes*», a menos que por «*resposta*» se queira referir um novo alinhamento, a um preço mais baixo. É que, efetivamente, a prova demonstra que, quando a Active Brands

[790] Cf. §570 da PNI MCH.

[791] Cf. §583 da PNI MCH.

não tem sucesso da correção atempada dos desvios relatados pela MCH ou não consegue, por algum motivo, alterar os PVP nas concorrentes, esta insígnia procede a um reposicionamento de preço (ou alerta o fornecedor para o mencionado reposicionamento), igualando aquele praticado pela insígnia desviante, a expensas do fornecedor, que subsidia o valor da diferença. É o caso retratado pelo documento ActiveBrands1019 *supra* e por outros elementos de prova constantes dos autos, como o documento ActiveBrands634:

Aguardente CR&F

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 23 Nov 2010 15:56:33 +0000

Boa tarde

Continuamos com problemas na CR&F Reserva, o PD não alterou PVP mantendo 11.98€, o mesmo se passa com o Brandy 1920.

Solicito que analise esta questão e me envie por favor uma proposta, visto que não podemos estar mais caros que a concorrência.

Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

Modelo Continente Hipermercados, S.A.

1522. Similarmente, veja-se o documento ActiveBrands784:

Autoridade da Concorrência

RE: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - IT...

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para

seg 18/04/2011 10:44

Mantem a Posição. Que vão à m.....

De:
Enviada: segunda-feira, 18 de Abril de 2011 10:23
Para:
Assunto: FW: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede
Importância: Alta

Estão com 25% em cartão até hoje...mantenho a minha posição? Proponho 3,89€ no próximo fim-de-semana (0,50€ em sell-out)?
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: sexta-feira, 15 de Abril de 2011 11:32
Para:
Assunto: RE: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede

Temos mesmo de reagir ao preço do Velhotes Tawny.
Agradeço que nos dê debito em sell out da diferença do PVP.

Este debito ficará de fora da negociação que está a fazer com a

Aguardo resposta urgente pois tenho que validar este assunto com a Drª

Obrigada.

Gestor Categoria Vinhos Sul, Norte e Fortificados
Clube de Vinhos
Gourmet
Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tel:

E-mail: @sonaemc.com

SONAEMC

From:
Sent: quinta-feira, 14 de Abril de 2011 11:48
To:
Cc:
Subject: RE: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede

Bom dia
A generalidade do mercado marca o Porto Velhotes Tawny-Ruby-White a 4,39€ (PD, MC, MP, JMB, PA...). Excepção feita ao LEC e ao ITM que têm este artigo (temporariamente) em folheto. No primeiro caso trata-se de uma cadeia sem expressão com a qual não trabalhamos (sendo que boa parte das lojas apresenta neste momento ruptura). No segundo caso trata-se de uma acção que tem por referência promoções anteriores - nomeadamente FQE Sonae (altura em que o ITM marcava 4,39€) - embora com uma substancial diferença : a maior parte das lojas ITM não aderiu ao folheto (como poderá verificar no verso do mesmo). Aproveito para lembrar que estou a negociar com a Drª. o valor global de extra-investimentos para 2011 pelo que lhe peço alguma compreensão.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quarta-feira, 13 de Abril de 2011 15:04
Para:
Cc:
Assunto: FW: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede

Boa tarde

Começamos a receber das lojas solicitações de reacção ao Folheto do ITM onde consta o Porto Velhotes a 3.89€, peço a sua ajuda na reacção a este folheto que não podemos de forma alguma ignorar.

Aguardo resposta com a maior brevidade possível.

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

SONAEMC

1523. De facto, pese embora se desconheça se a Active Brands financiou, como habitualmente, ou resistiu, como parece ter sucedido, à exigência da MCH (o que revela que este fornecedor, ao contrário do que alega, detém poder comercial e não se encontra cativo ou refém das orientações dos GGR), esta insígnia, perante um preço mais baixo detetado na Intermarché, pede «*ajuda na reação a este folheto que não podemos de forma alguma ignorar*», insistindo no «*débito em sell out da diferença do PVP*», indicando que este «*ficará de fora da negociação que está a fazer com a Paula*» e exigindo «*resposta urgente*», mesmo após [Diretor Off-Trade - Active Brands] ter assegurado que «[a] *generalidade do mercado marca o Porto Velhotes Tawny-Ruby-White a 4,39€ (PD, MC, MP, JMB, PA…)*» e que os casos reportados referem-se a «*uma cadeia sem expressão*» e a «*uma acção que tem por referência promoções anteriores*».

1524. Assim, efetivamente, a monitorização levada a cabo pela MCH serve também o propósito de «*extrair do preço mais competitivo de um concorrente, argumentos negociais junto do fornecedor, para que este último lhe conceda condições comerciais que lhe permitam (ou facilitem, do ponto de vista do esforço financeiro envolvido), a prática de um preço tão competitivo como o desse concorrente*»[792], confrontando-o «*precisamente [com] a necessidade de reduzir os seus PVPs para igualar ofertas mais atractivas ou promoções mais agressivas da sua concorrência*»[793], confirmando-se que «[o] *distribuidor* (…) *usa, em regra, os preços dos concorrentes como argumento negocial perante o fornecedor, desde logo para justificar a prevalência de um seu interesse próprio sobre o do fornecedor: o de pretender praticar preços igualmente competitivos, isto é, não apresentar preços no linear superiores aos dos seus concorrentes*»[794]. (sublinhados da AdC)

1525. Portanto, os elementos de prova revelam que a atividade de monitorização, controlo e reporte de PVP levada a cabo pela MCH visa, ao contrário do que alega esta visada, ou «*uma "correcção" ou "realinhamento" face a um plano comum*» (o alinhamento de PVP no mercado), inexistindo evidências de uma efetiva negociação «*em vantagem, sempre que constata encontrar-se face a concorrentes*»[795], o que sempre pressuporia a prática de um preço mais baixo – a mencionada *concorrência pelo preço* – e não, como se verifica, um novo alinhamento a um preço mais baixo (financiado pelo fornecedor).

1526. A Autoridade concorda que «*é perfeitamente possível que, em certos casos, a MCH se "queixe" a um fornecedor, por exemplo à Active Brands, usando como argumento, os preços praticados pela concorrência*»[796] mas, como se referiu e se tem demonstrado à saciedade, não se verificam «*queixas*» ou meros «*confrontos*» nos quais a MCH procure tão-somente «*tirar*

[792] Cf. §570 da PNI MCH.

[793] Cf. §543 da PNI MCH.

[794] Cf. §603 da PNI MCH.

[795] Cf. §594 da PNI MCH.

[796] Cf. §584 da PNI MCH.

partido de um argumento adicional na rotina de negociação de condições grossistas e confrontar o fornecedor – comum ao seu concorrente – com uma política de preços grossistas aparentemente mais vantajosa face a esse competidor, com isso visando aceder, também, a tais condições grossistas mais favoráveis»[797]. Há, ao invés, uma rotina de monitorização e reporte de desvios ao fornecedor, no contexto da qual este procede à correção dos mesmos junto das insígnias de modo a promover o alinhamento de PVP entre estas (ou, quando tal não é possível, verifica-se a subsidiação da MCH para que possa «*acompanhar*» o preço desviado), constatando-se que a relação vertical entre a Active Brands e a MCH é instrumentalizada por esta para efeitos do pretendido alinhamento transversal de PVP no mercado retalhista de base alimentar. Neste contexto, e recorrendo à expressão da MCH, «*confrontar um fornecedor com determinado nível de preços de venda ao público praticado por um concorrente* [corresponde efetivamente a] *notificá-lo do incumprimento de um putativo contrato ou acordo*»[798].

1527. Veja-se, por exemplo, o documento ActiveBrands110:

RE: Preços concorrência

Para
Cc

20/05/2011

Bom dia
No início da próxima semana a situação estará regularizada. A central do ITM já alterou. O meu vendedor verificará segunda-feira na loja.
Obg. e melhores cumprimentos,

[797] Cf. §586 da PNI MCH.

[798] Cf. §585 da PNI MCH.

De:
Enviada: sexta-feira, 20 de Maio de 2011 10:13
Para:
Cc:
Assunto: FW: Preços concorrência

Bom dia

Solicitamos a sua ajuda de forma a podermos ter a nossa loja de Pombal competitiva face ao Intermaché.

Quais a possibilidades de mantermos um sell out apenas para esta loja ?

Aguardamos o seu feedback

Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Vinhos de Mesa e Estrangeiros
Bebidas Espirituosas e Espumantes

SONAE MC

1528. A MCH solicita financiamento à Active Brands para «*ter a nossa loja de Pombal competitiva face ao Intermaché*» (i.e., igualar o preço desta loja) e averigua quais as «*possibilidades de mantermos um sell out apenas para esta loja*» e a Active Brands transmite-lhe que «[n]*o início da próxima semana a situação estará regularizada. A central do ITM já alterou. O meu vendedor verificará segunda-feira na loja*» (para que possa enviar um talão comprovativo), o que consiste na partilha de informação confidencial e sensível acerca do posicionamento futuro da Intermarché em matéria de preço, que, evidentemente, não tem natureza pública nem se encontra acessível às concorrentes senão através deste mecanismo que assegura o alinhamento enquanto condição para implementação do PVP «*recomendado*» pela Active Brands.

1529. Ademais, a MCH, enquanto parte ativa nesta concertação, acede frequentemente aos pedidos de correção de PVP desviados do alinhamento (reportados, também, à Active Brands pelas suas concorrentes), como revela, entre outros elementos de prova constantes do capítulo III.3.1.4 *supra,* o documento ActiveBrands814 *infra*:

RE: PVP recomendado Velhotes

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para
Cc

ter 18/01/2011 10:56

O preço ainda hoje vai ser reposicionado para 4,39€.

Obrigada,

Gestor Categoria Vinhos Sul, Norte e Fortificados
Clube de Vinhos
Gourmet
Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tel:

E-mail:

From:
Sent: terça-feira, 18 de Janeiro de 2011 10:50
To:
Cc:
Subject: PVP recomendado Velhotes

Bom dia
Peço-lhe o verificar o PVP do Porto Velhotes Tawny-Ruby-White em algumas das suas lojas (sob pena de não conseguir conter respostas nacionais PD e MP). Actualmente recomendamos 4,39€-4,69€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1530. Revisite-se, ainda, o documento ActiveBrands1024, no qual [Diretor Off-Trade - Active Brands] solicita a um dos seus *KA* que verifique a alteração de PVP do produto «CR&F» pela Pingo Doce e lhe envie «***o talão se não te importares*** *(e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan).* ***Envia também para a Drª. Helena Sousa da Sonae*** *com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *junto envio talão CR&F PD 12,99»:*

No Subject-17.EML

Para

20/10/2009

Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

É provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€.
Como vou estar fora peço o favor de verificares. Manda-me um sms e envia-me o talão se não te importares (e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan). Envia também para a Drª.
da Sonae com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega junto envio talão CR&F PD 12,99". De seguida falarei com o Dia para me certificar que o folheto sai a esse preço. E-mail :
@sonaedistribuicao.pt
Obg. e um abraço,

1531. Neste documento [Diretor Off-Trade - Active Brands] solicita, *inter alia*, que um dos seus *KA* envie à MCH o comprovativo de alteração do PVP da «CR&F» na Pingo Doce, uma vez que aquela insígnia se havia comprometido a alterar o seu PVP na condição de que esta também o faria.

1532. A monitorização e confirmação das alterações de PVP promovidas e a consequente remessa de comprovativo (talões de compra) para as demais insígnias demonstram a finalidade subjacente ao *shopping* e aos pedidos de «verificação» de PVP, isto é, a garantia do alinhamento pretendido pelas visadas.

1533. Também o documento ActiveBrands772 revela que a MCH questiona a Active Brands «[q]*uando o mercado estará com estas condições?*» relativamente ao PVP de vinho «Conde Vimioso» (2,99 euros) e que [Diretor Off-Trade - Active Brands] indica que «*em princípio já próxima semana…logo que possível envio comprovativo*», iniciando-se um procedimento interno de verificação da mencionada alteração para envio do talão à MCH («[Confidencial – Dados Pessoais] *uma vez que não vou estar na próxima semana (bem como o* [Confidencial – Dados Pessoais] *e o* [Confidencial – Dados Pessoais]*) peço o favor de na quarta-feira comprares uma garrafa de cada em PD (prevejo alteração para essa data…embora ainda não confirmada) e enviares o talão para a* [Confidencial – Dados Pessoais]*…sem notas…apenas com "ficheiro" em subject…pode ser?*»). (sublinhado da AdC)

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:13
Para:
Assunto: FW: Lista de Preços SONAE Active Brands

uma vez que não vou estar na próxima semana (bem como o CV e o LOA) peço o favor de na quarta-feira comprares uma garrafa de cada em PD (prevejo alteração para essa data…embora ainda não confirmada) e enviares o talão para a …sem notas…apenas com "ficheiro" em subject…pode ser?
Obg. e cumprimentos,

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:10
Para:
Assunto: RE: Lista de Preços SONAE Active Brands

Boa tarde
Em princípio já na próxima semana...logo que possível envio comprovativo.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:00
Para:
Assunto: FW: Lista de Preços SONAE Active Brands

Boa tarde

Quando o mercado estará com estas condições ?

4277058	VT RIB CONDE VIMIOSO TINTO 2008 75CL	2,99€
4625612	VB TEJO CONDE DE VIMIOSO BRANCO 2010 75CL	2,99€
4473052	VR TEJO CONDE DE VIMIOSO ROSÉ 2010 75CL	2,99€

Obrigada

DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
Email:
Ext: Telefone:

SONAE MC

1534. A propósito do envio dos talões, considera a MCH que a «*"desconfiança" mútua quanto à representação feita por uns e outros quanto às condições do mercado, isto é, quanto aos preços praticados pelos concorrentes, e a necessidade de apresentação de uma prova irrefutável, por exemplo, de talões de compra, revela, apenas, o carácter tenso e antagónico deste tipo de interacções, sendo, aliás, comprovativo claro de que os retalhistas (e designadamente, a MCH) exige ver para crer*»[799], o que corrobora a tese da AdC e consiste num reconhecimento de que as insígnias fazem depender o seu posicionamento de preço do comprovativo de que as concorrentes praticam, efetivamente, os PVP indicados pelo fornecedor, concretizando o almejado alinhamento transversal dos mesmos. (sublinhado da AdC)

1535. A MCH assume, em linha com o que a AdC alega na Nota de Ilicitude e na presente Decisão, que «[o]*s talões asseguram, pois, internamente, que a decisão adoptada – quando se trate de uma decisão de ajuste do preço para resposta ou para ir ao encontro do preço de um concorrente – se encontra fundada em pressupostos correctos (documentados), no momento em que é tomada*»[800].

1536. A relação entre as insígnias com (e através do) fornecedor comum é pautada pela mencionada «*desconfiança mútua*» que justifica a existência dos diversos mecanismos de controlo, monitorização, pressão, verificação, compensação e certificação utilizados como meio de garantir, a cada momento, o posicionamento de PVP de cada uma das empresas de distribuição. Note-se que está em causa uma estratégia conjunta que envolve diversos operadores cuja estrutura operacional é complexa, pelo que se revela apenas natural que

[799] Cf. §613 da PNI MCH.

[800] Cf. §622 da PNI MCH.

em determinados momentos se registem desequilíbrios em função de uma miríade de fatores, os quais, no entanto, como tem vindo a demonstrar-se, não impedem a continuação da participação na infração por parte de todas as visadas.

1537. Não se concebe, sequer, em que medida poderá estar em causa uma confusão entre «*a tensão ou a crueza de certas conversações*» e «*uma intenção generalizada e ilícita de alinhamento horizontal de preços*»[801]. A AdC conhece a dinâmica comercial em causa, no âmbito da qual abundam fluxos informacionais bilaterais por diversas vias, que concretizam negociações mais ou menos agressivas, com recurso a linguagem típica e informal, e que não merecem a atenção da Autoridade, salvo quando consubstanciam infrações de cariz jusconcorrencial. Não está, evidentemente, em causa o tom das conversações mantidas e rejeita-se veementemente a tentativa da MCH camuflar uma prática restritiva da concorrência através da pretensa utilização de gíria e jargão comercial nas comunicações que mantém com os seus fornecedores.

1538. Por fim, a descrição e demonstração dos elementos de prova realizadas nesta Decisão, bem como o cuidado na análise e exposição da mesma, designadamente de forma holística e contextual, de modo a melhor apreender a realidade comercial em causa, são bastantes para afastar a indefensável alegação de que a AdC executa um «*tratamento atomístico, desarticulado e meramente indiciário*» dos meios de prova que, mais uma vez, não se confunde – nem poderia – «*com a verdadeira intenção das partes*»[802] que decorre explicitamente do acervo probatório constante dos autos e reproduzido parcialmente ao longo da presente Decisão.

1539. No que respeita à Pingo Doce, relembram-se os documentos ActiveBrands102, ActiveBrands117, ActiveBrands118, ActiveBrands754 e ActiveBrands156.

1540. Em todos estes documentos verifica-se o reporte, por parte de uma colaboradora da Pingo Doce, das diligências de *shopping*, com destaque dos produtos cujo preço praticado pelas insígnias concorrentes se encontrava desviado relativamente ao PVP concertado com o fornecedor.

1541. No documento ActiveBrands117 *infra,* [Diretor Off-Trade - Active Brands] reage a tal informação solicitando à sua equipa da *KA* o envio de talões de forma a verificar a atualidade/veracidade dos PVP recolhidos pela Pingo Doce, convicto que «*de certeza que se tratou de recolha incorrecta pois o online confirma o nosso preço*» e, no que respeita aos «*três artigos referidos BD Ramalde*», indica que «*já pedi*[u] *à central para verificar*», pelo que solicita envio de talão «*até à próxima terça-feira (de manhã)*», para poder, junto da Pingo Doce, comprovar as alterações de preço que se seguiram ao reporte efetuado. (sublinhado da AdC)

[801] Cf. §606 da PNI MCH.

[802] Cf. §610 da PNI MCH.

FW: Shopping sem43

From:
To:

Date: Wed, 31 Oct 2012 12:44:16 +0000

envia-me por favor talão Loios Tinto ITMP Mafra 2,98€ até à próxima terça-feira (de manhã).
envia-me por favor talão Velhotes Ruby MCH Colombo 4,99€ até à próxima terça-feira (de manhã)...de certeza que se tratou de recolha incorrecta pois o online confirma o nosso preço.
envia-me por favor talão com os três artigos referidos BD Ramalde (Loios Tinto 2,98€, Tons de Duorum Tinto 3,98€ e Velhotes Ruby 4,99€) até à próxima terça-feira (de manhã)...já pedi à central para verificar.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 31 de Outubro de 2012 11:36
Para:
Assunto: Shopping sem43

				CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Mafra		Jumbo Alfragide	
Cod. Arti	Descrição do Artigo	U M	Nome do Fornecedor	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42	2012 42
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	2,92	2,92	2,98	2,98	2,98	2,98	2,89	2,89	2,89	2,98
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE M.	3,98				3,98	3,98	3,99	3,99	3,85	3,98
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	4,99	4,99	4,99	4,49	4,99	4,99	4,99	4,99	4,98	4,98

PVP PD (Mínimo Ult Se ma
2,98
3,98
4,99

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1542. Também o documento ActiveBrands156 *infra* revela que, no seguimento da receção de um reporte de *shopping* da Pingo Doce com a indicação «*URGENTE*» e sem necessidade de esclarecimentos adicionais, [Diretor Off-Trade - Active Brands] instrui a equipa de *KA* relativamente à conduta a adotar, pedindo «*o favor de corrigirem e de me enviarem talão na* ***segunda feira***», para que pudesse comprovar, junto daquela insígnia e mediante a apresentação do referido talão, a correção do desvio detetado:

RE: Shopping sem 47 - URGENTE

Para

29/11/2012

De:
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 19:25
Para:
Assunto: FW: Shopping sem 47 - URGENTE
Importância: Alta

Peço o favor de corrigirem e de me enviarem talão na segunda-feira.
Jumbo Alfragide : Loios Tinto e Tons de Duorum Tinto.
Jumbo Alverca : Loios Tinto e Velhotes Tawny.
Intermarché Mafra : Carolans.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 19:10
Para:
Assunto: Shopping sem 47

SAP	Descrição do Artigo	ITM Mafra		Jumbo Alfragide		Jumbo Alverca		PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
		2012 46	2012 47	2012 46	2012 47	2012 46	2012 47	
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	2,98	2,98	2,91	2,75		2,75	2,59
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	3,99	3,99	3,69	3,69			3,98
41165	LICOR DE WHISKY CAROLANS 70CL	9,49	9,49	9,99	9,99	9,99		9,99
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	4,99	4,99	4,99	4,99	4,81	4,81	4,99

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1543. No documento ActiveBrands102, que se reproduz *infra,* que contém igualmente a indicação de se tratar de uma matéria «*URGENTE*», [Diretor Off-Trade - Active Brands], após análise do ficheiro com o resultado do *shopping* da Pingo Doce, transmite à sua equipa que «*verifiquem por favor o PVP dos vinhos nas lojas JMB referidas. Urgente reposicionar*»:

FW: Ficheiro URGENTE

Para

18/03/2011

Activebrands Sem 10 2011.xls
75 KB

Equipa verifiquem por favor o PVP dos vinhos nas lojas JMB referidas. Urgente reposicionar.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: quinta-feira, 17 de Março de 2011 18:56
Para:
Cc:
Assunto: Ficheiro URGENTE

Category Manager
Tel: +

1544. Conforme resulta dos documentos que acabam de transcrever-se parcialmente, o facto de os *e-mails* enviados pelas empresas de distribuição visadas à Active Brands por vezes não conterem qualquer texto, ou apenas uma indicação sucinta, demonstra que este reporte de *shopping* pelas empresas de distribuição à Active Brands na expetativa de que esta resolvesse as situações reportadas era prática recorrente entre as partes, por todas compreendida, estabilizada, e que fazia parte do mecanismo concertado entre as visadas, não sendo sempre necessária uma solicitação expressa para que o fornecedor depreendesse exatamente o significado de tal comunicação e implementasse o

subsequente procedimento de averiguação/correção de PVP, junto das empresas de distribuição desviantes.

1545. Quando, efetivamente, os *e-mails* trocados incluem texto, importa destacar a linguagem utilizada, que é demonstrativa da expectativa acima mencionada, bem como da coordenação entre as insígnias quanto ao alinhamento de PVP, designadamente a referência de que o *shopping* enviado se destina à *verificação (e correção)* dos PVP nas lojas indicadas, alertando explicitamente a Pingo Doce «[a]*tenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter* [o PVP]», como sucede no documento ActiveBrands220:

FW:

Para 29/10/2012

De:
Enviada: segunda-feira, 29 de Outubro de 2012 15:13
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 42

Boa tarde
Junto envio ligações para CR&F e Velhotes Tawny.
A minha colega enviará hoje o talão do Tons Tinto.
http://www.continente.pt/ProductDetailMain.aspx?productId=2050049&CategoryPath=2&CategoryName=&SubCategoryName=&PageIndex=1
http://www.continente.pt/ProductDetailMain.aspx?productId=2050281&CategoryPath=2&CategoryName=&SubCategoryName=&PageIndex=1
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 29 de Outubro de 2012 15:07
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 42

Não consigo encontrar CR&F no site do Continente. De qualquer forma é foto somente do Colombo.

Quanto ao Jumbo não sei que loja lê o site, pelo que é importante o envio de talões comprovativos.

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From: @activebrands.pt>
To: @jeronimo-martins.pt>
Date: 29-10-2012 14:59
Subject: RE: Shopping sem 42

Boa tarde
Eu e a minha equipa estamos fora hoje e amanhã. De qualquer forma confirmo que :
CR&F Colombo 13,49€ - preço nacional e centralizado (disponível no site).
Velhotes Tawny Póvoa 4,99€ - preço nacional e centralizado (disponível no site).
Tons Tinto Alfragide 3,98€ - correcção já pedida na loja.
Envio talões no decorrer da semana.
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 29 de Outubro de 2012 09:58
Para:
Assunto: RE: Shopping sem 42

Bom dia

Agradeço envio urgente de talões comprovativos.

Cumprimentos.

Tel.
@jeronimo-martins.pt
From: @activebrands.pt>
To:
Date: 26-10-2012 10:58
Subject: RE: Shopping sem 42

Bom dia
CR&F CNT Colombo está (e sempre esteve) ok.
Tons Tinto JMB Alfragide já mandei verificar (e corrigir).
Velhotes Tawny MOD Póvoa já mandei verificar (e corrigir).
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: quinta-feira, 25 de Outubro de 2012 14:55
Para:
Assunto: Shopping sem 42

Atenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter.

		Continente Colombo		Jumbo Alfragide		Modelo Póvoa do Varzim	
Cod. Artig	Descrição do Artigo	2012	2012	2012	2012	2012	2012
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL			3,74	3,85		
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	13,49	11,99	13,49	13,49		13,49
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	4,99	4,99	4,98	4,98		
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	4,99	4,99	4,99	4,99		4,49

PVP PD (Mínimo Ult.Semana)	PVP Conc. (Mín Ult. Semana)
3,98	3,85
13,49	11,99
4,99	4,89
4,99	4,49

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1546. Desta conversação resultam vários elementos que ilustram e comprovam a articulação entre Pingo Doce e Active Brands no sentido da monitorização cruzada e atuação (do fornecedor após indicação da Pingo Doce) no sentido da correção de PVP nas insígnias desviantes para que possa remeter um talão que lhe permita manter o PVP recentemente alterado em conformidade com a «*recomendação*» da Active Brands.

1547. Efetivamente, a colaboradora da Pingo Doce solicita a atenção da Active Brands para o PVP de «CR&F» e «Velhotes», que «*recentemente alterámos*», pedindo «*talões para manter*», indicando assim, explicitamente, que pretendia um comprovativo, por parte da Active Brands, de que o preço que havia alterado estaria alinhado com o praticado pelas insígnias concorrentes (isto é, que o mercado se encontrava [re]alinhado) sendo os desvios reportados pelo *shopping*, assim, corrigidos.

1548. A Active Brands indica que no Colombo a MCH está «(*e sempre esteve) ok*» e procede ao envio de *links* para verificação pela Pingo Doce, comprometendo-se a enviar, em todo o caso, talões comprovativos, o que demonstra que o fornecedor monitoriza de perto a adoção dos PVP que «*recomenda*» às empresas de distribuição visadas. Já no que respeita às demais lojas, indica que «*já mandei verificar (e corrigir)*» e confirma que a «*correcção já foi pedida na loja*», o que reforça e ilustra precisamente a tese de que as insígnias sabem (e pretendem), ao reportar os desvios de PVP, que essa informação será transmitida, pelo fornecedor à insígnia desviante para que o alinhamento seja alcançado, verificando-se, assim, a instrumentalização da relação vertical de cada uma das insígnias visadas com o fornecedor comum para efeitos da concretização do alinhamento transversal de preços no mercado.

1549. Veja-se, a propósito, o documento ActiveBrands936, no qual, no seguimento da ameaça da colaboradora da Pingo Doce, que solicita «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar* [o preço] *novamente*»[803], [Diretor Off-Trade - Active Brands] espoleta, interna e externamente, os mecanismos de correção de PVP junto das várias insígnias («*já pedi alteração (por telefone) na Sonae*», «*pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)*»), pedindo sempre os talões à sua equipa para efeitos de comprovação das alterações de PVP junto da Pingo Doce:

FW: Shopping Sem 12

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para

ter 26/03/2013 17:17

Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

Já pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby...envia-me por favor o talão.
No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)...verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão.
Obg. e um abraço,

Altera por favor amanhã e envia-me talão...
Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby.
Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto.
Obg. e um abraço,

[803] Também analisado *infra* no §1655.

De:
Enviada: terça-feira, 26 de Março de 2013 16:23
Para:
Assunto: Shopping Sem 12

Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente:

Descrição Artigo	Insígnia	Loja	Preços						
			Prateleira		Com desconto		Index vs PD (100)		
			PVP	PVP Convertido	PVP c/ desc	PVP c/desc convertido	PVP PD	Index	Index Desc
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	2,95	2,95	2,95	2,95	2,98	99	99
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	2,78	2,78	2,78	2,78	2,98	93	93
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	MINIPREÇO	MP Ermesinde (Formiga)	2,79	2,79	2,79	2,79	2,98	94	94
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,99	4,99	4,99	4,99	5,49	91	91
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alfragide	5,29	5,29	5,29	5,29	5,49	96	96
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	4,97	4,97	4,97	4,97	5,49	91	91
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,49	4,49	4,49	4,49	5,49	82	82
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	JUMBO	Jumbo Alfragide	5,29	5,29	5,29	5,29	5,49	96	96
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	4,97	4,97	4,97	4,97	5,49	91	91
AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	JUMBO	Jumbo Alverca	13,47	13,47	13,47	13,47	14,99	90	90

Cod. Artigo	Descrição do Artigo	CNT BOMDIA Ramalde		Jumbo Alfragide	Jumbo Alverca		MP Ermesinde (Formiga)		PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
		2013-11	2013-12	2013-12	2013-11	2013-12	2013-11	2013-12	
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	2,95	2,95	2,98	2,98	2,78	2,79	2,79	2,98
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	14,99	14,99	14,99	14,99	13,47	13,49	14,99	14,99
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	4,49	4,49	5,29	5,29	4,97	5,49	5,49	5,49
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	4,99	4,99	5,29	5,29	4,97	5,49		5,49

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1550. Assim, é evidente que o *shopping* enquanto «*prática comercial normal e lícita*»[804] se metamorfoseia, nos termos *supra* descritos, num meio de concretização de uma prática restritiva da concorrência, não se verificando qualquer negociação com vista a melhores condições comerciais, num ambiente concorrencial benéfico para os consumidores, nem, conforme alega a Pingo Doce, uma «*[Confidencial – informação comercialmente sensível]*»[805] mas, ao invés, uma pressão (revelada nos *e-mails supra* pelo recurso da Pingo Doce aos vocábulos *urgente, urgentemente, preciso, importante, et al.*) para que a Active Brands atuasse junto das insígnias identificadas com vista ao (re)alinhamento dos PVP no mercado.

1551. Considera, ainda, a Pingo Doce que «(…) *se excepcionalmente o fornecedor poderá enviar shoppings ao PINGO DOCE, tal não tem qualquer vertente de "acordo" ou "prática concertada" horizontal, apenas a consciência de que o PINGO DOCE, não sendo dominante no mercado, estabelece a sua política de pricing de forma independente, e o fornecedor quer legitimamente influenciar essa política*»[806], o que se revela, atenta a prova analisada ao longo da presente Decisão, maxime a supra transcrita, absolutamente ficcional porquanto é explícita a dependência (e condicionamento) da política de determinação de preços da Pingo Doce relativamente à das suas concorrentes (veja-se a insistência e a urgência na requisição de talões comprovativos da prática, pelas insígnias concorrentes, dos PVP indicados pelo

[804] Cf. §634 da PNI Pingo Doce.

[805] Cf. §642 da PNI Pingo Doce.

[806] Cf. §626 da PNI Pingo Doce.

fornecedor) e o papel fulcral que esta empresa de distribuição assume no contexto da concertação sub judice, reconhecido, inclusivamente, por uma das empresas de distribuição visadas ao referir que transparece dos elementos de prova «*a posição de força da MCH e do Pingo Doce no mercado e o peso que estas exercem sobre a conduta do Fornecedor*»[807] e ao constatar «*o papel ativo e reiterado destas insígnias em ações de shopping constantes e reporte junto da Active Brands de insígnias com PVP's posicionados de forma diferente*»[808].

1552. Assim, não «*é absurdo que se diga que o objectivo seria o de "corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir, por essa via, um realinhamento horizontal dos PVP"*»[809], uma vez que se trata de uma mera constatação decorrente do teor da prova. Absurdo seria negá-lo.

1553. Ademais, a Pingo Doce contribui ativamente para os diversos alinhamentos, acatando as «*recomendações*» de PVP que lhe são sistematicamente endereçadas pela Active Brands. Veja-se, a título de exemplo, o documento ActiveBrands816:

Re: PVP recomendados

@jeronimo-martins.pt

Para

04/03/2013

Reencaminhou esta mensagem a 04/03/2013 18:59.

Já estava tudo parametrizado em sistema.

Tel.

@jeronimo-martins.pt

From:
To:
Date: 04-03-2013 18:39
Subject: PVP recomendados

Boa tarde
Uma vez terminadas as feiras junto envio recomendações actualizadas para (6 de Março) :
Loios Branco (artigo 409108) 2,98€
Loios Tinto (artigo 409109) 2,98€
Tons de Duorum Tinto (artigo 654988) 3,98€
Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€
Duorum Tinto (artigo 696500) 9,99€
Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) 5,89€
Melhores cumprimentos,

1554. A prova constante do processo é, de resto, fértil na documentação destes comportamentos, demonstrando que, além da MCH e da Pingo Doce, também a Auchan, que alegadamente mantém uma política descentralizada em sede da marcação de PVP que

[807] Cf. §211 da PNI Auchan.

[808] Cf. §212 da PNI Auchan.

[809] Cf. §627 da PNI Pingo Doce.

«*impossibilita a participação da Auchan num cartel hub and spoke*»[810], integra a concertação com vista ao alinhamento transversal de PVP no mercado.

1555. À semelhança do que sucede com as insígnias cujas pronúncias se analisaram *supra*, a Auchan é abordada pela Active Brands para efeitos de reposicionamento de PVP com o objectivo da implementação transversal do mesmo no mercado, reposicionando amiúde os seus preços em conformidade com as «*recomendações*» da Active Brands na expectativa de que as suas concorrentes acompanhem tal movimento. É o que decorre do documento ActiveBrands807 *infra*, no qual a Auchan é interpelada pelo fornecedor para «*verificar o PVP de Licor Beirão*» e reage informando que tem «*todas as lojas do Grupo desde dia 7/1*» a praticar o PVP indicado pela Active Brands e a sua concorrência «*continua a baixo deste preço. Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a reagir*».

RE: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

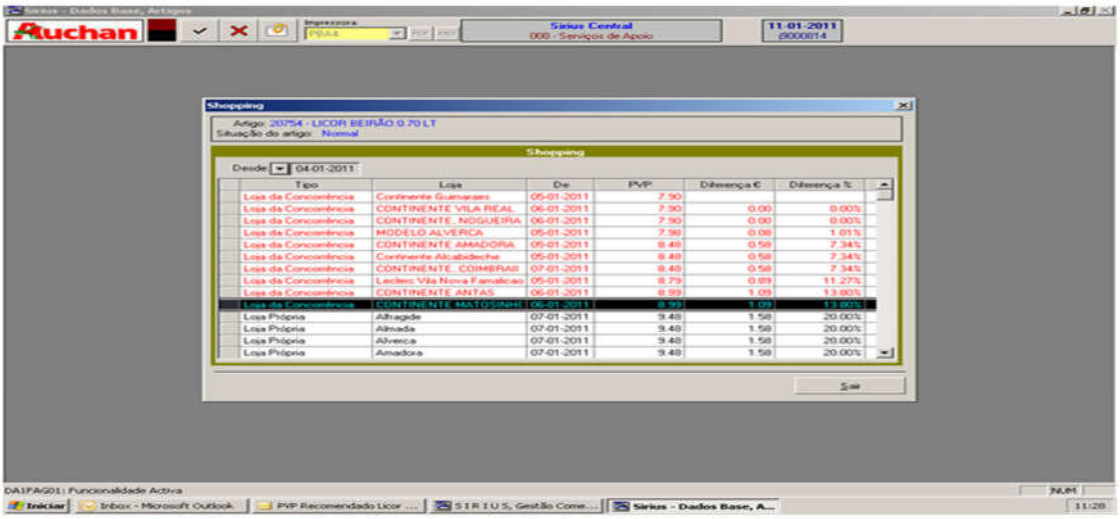
@auchan.pt>

Para
Cc

11/01/2011

Respondeu a esta mensagem a 11/01/2011 11:48.

Tenho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço. Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder.



De:
Enviada: terça-feira, 11 de Janeiro de 2011 10:48
Para:
Assunto: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

Bom dia
Se possível peço o favor de verificares o PVP de Licor Beirão. Actualmente recomendamos 9,48€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1556. A partilha com a Active Brands do resultado do *shopping* efetuado a esse produto - que revela, aliás, que a Auchan é a insígnia com o preço mais elevado (igual em várias lojas) relativamente às concorrentes E.Leclerc e MCH – serve o propósito de demonstrar a sua

[810] Cf. §584 (i) da PNI Auchan

expectativa na transmissão, pelo fornecedor, desta informação às insígnias desviantes de modo a promover o alinhamento e, simultaneamente, de o ameaçar e pressionar caso não proceda à correção atempada dos desvios («*espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a reagir*»).

1557. Este elemento de prova, que é, *mutatis mutandis*, em tudo semelhante aos analisados e imputados às demais insígnias visadas, não permite sustentar que a Auchan tenha uma «*constante postura e política comercial verdadeiramente independente e incompatível com os alegados esquemas de concertação de preços*»[811], e, muito menos que, «*a política comercial descentralizada da Auchan, na qual os preços são marcados loja a loja, tornaria um alinhamento da Auchan nestes moldes impossível*»[812], revelando, ao invés, que esta insígnia contribui para (e promove) o alinhamento de PVP no mercado.

1558. Decorre deste elemento de prova que a Auchan implementou centralmente («*todas as lojas do Grupo*») o PVP «*recomendado*» pela Active Brands, pelo menos durante 4 dias, na expetativa de igual movimento por parte das suas concorrentes, advertindo o fornecedor comum que, se tal não acontecesse em breve seria «*obrigad*[a] *a responder*».

1559. Veja-se o teor do documento ActiveBrands710 *infra*, porventura mais elucidativo no que concerne à pretensão da Auchan perante a deteção de preços mais baixos que o praticado por si, que se encontra alinhado com o PVP recomendado pela Active Brands:

[811] Cf. §708 da PNI Auchan.

[812] Cf. §751 da PNI Auchan.

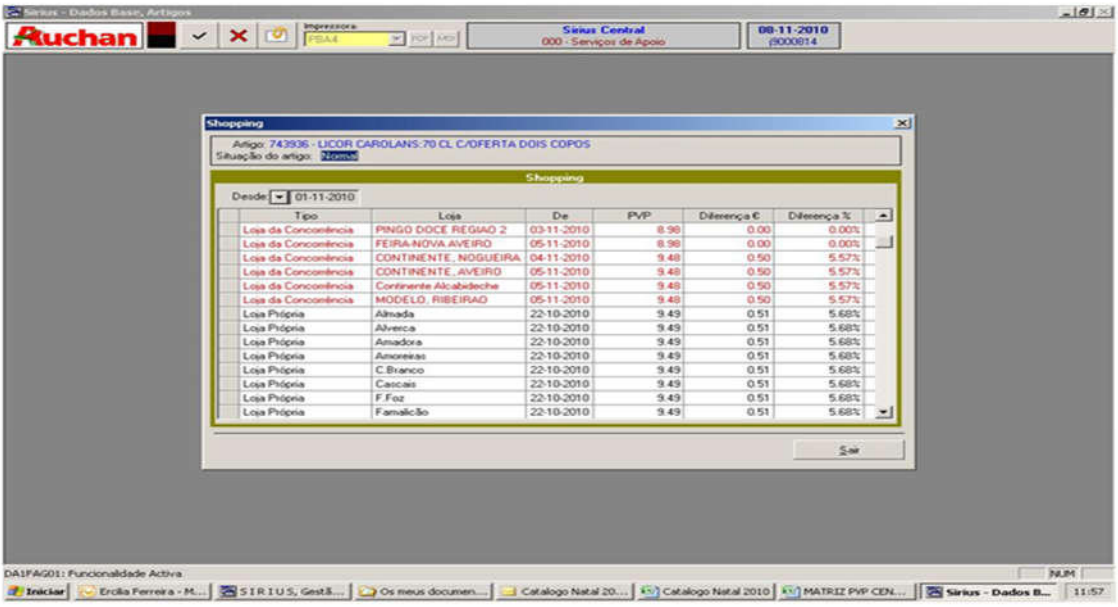
No Subject.EML

Para @auchan.pt>

08/11/2010

Respondeu a esta mensagem a 08/11/2010 12:24.

Estamos no inicio de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este preço



Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
Email: @auchan.pt

1560. Considera a Auchan, relativamente a este elemento de prova que «*as conclusões da AdC são uma vez mais manifestamente infundadas*»[813] uma vez que «[o] *que se verifica neste caso é que o colaborador Auchan apresenta o resultado do shopping à Active Brands para tentar negociar melhores condições comerciais junto do fornecedor, que permitam às lojas proporcionar um preço final mais baixo aos seus clientes*»[814].

1561. Ora, a literalidade e o contexto deste *e-mail* (bem como outros de natureza semelhante) são explícitos quanto baste para afastar a surpreendente proposta de interpretação (abrogante, diga-se) desta visada.

1562. Efetivamente, a indicação que a Auchan dirige ao fornecedor é inequívoca e permite dissipar quaisquer dúvidas relativamente ao que efetivamente pretende com a partilha dos resultados do seu *shopping* com a Active Brands. Ao detetar que a Pingo Doce «*já parte o preço ao Carolans*»[815], a Auchan determina que «*é urgente reposicionar este preço*»,

[813] Cf. §565 da PNI Auchan.

[814] Cf. §567 da PNI Auchan.

[815] Recorda-se que a expressão *partir preço*, utilizada no jargão comercial, designa um desvio ao preço pretendido, *in casu*, o PVP «*recomendado*» pela Active Brands.

ordenando à Active Brands que intervenha junto da insígnia desviante, promovendo o alinhamento pretendido.

1563. Destarte, é um tanto inusitado que a Auchan considere que «não existe qualquer documento que demonstre que a Auchan controlava e/ou monitorizava os PVP dos concorrentes com o intuito de comunicar quaisquer desvios ao fornecedor e/ou pressioná-lo para que atuasse junto da insígnia desviante com vista à sua correção»[816].

1564. No que respeita ao documento ActiveBrands153 infra, considera a Auchan que «[a] Auchan não conhece os motivos nem poderá ser responsabilizada pelas escolhas e comportamentos do seu fornecedor, nomeadamente, quando perante uma reclamação face a condições comerciais este opta por dizer que pressionou ou irá pressionar os concorrentes a aumentar os PVPs, em vez de descer o preço de venda à Auchan»[817]:

RE: Licor Beirão

Para

13/12/2010

Levo uma pistola ou uma granada?

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 19:11
Para:
Assunto: RE: Licor Beirão

Boa tarde
No caso CNT já pedi actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC o meu colaborador vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana).
Melhores cumprimentos,

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 17:56
Para:
Assunto: FW: Licor Beirão
Importância: Alta

Boa tarde

Não tenho condições para acompanhar o PVP do meu concorrente..
Aguardo os teus comentários.

Cumpts,

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

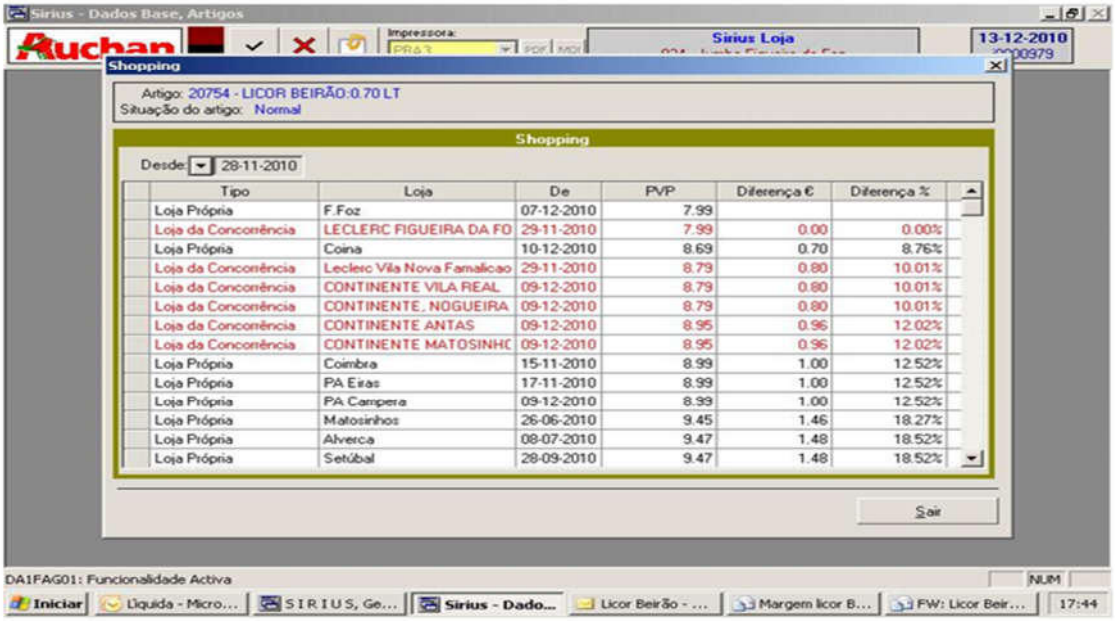
[816] Cf. §514 da PNI Auchan.

[817] Cf. §594 da PNI Auchan.

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 17:45
Para
Cc:
Assunto: FW: Licor Beirão

Boa tarde

A margem do licor Beirão da minha loja vai piorar... tenho o artigo com PVP de 7.99€, por acompanhamento do shopping do E'Leclerc do dia 29/11/2010. Foi feita nova recolha hoje e o PVP está nos 7.90€



Liquida Alcoólica e Não Alcoólica
mailto @auchan.pt
Jumbo Figueira da Foz

1565. Neste documento, a Auchan remete à Active Brands um *shopping* de «Licor Beirão» acompanhado da declaração de uma colaboradora desta insígnia que afirma que a sua margem neste produto vai piorar e que o tem marcado com o PVP de 7,99 euros «*por acompanhamento do shopping do E´Leclerc do dia 19/11/2010*» mas que, após nova recolha «*o PVP está a 7,90€*». O colaborador da central da Auchan transmite ao seu interlocutor na Active Brands que «*não te*[m] *condições para acompanhar o PVP do* [s]*eu concorrente. Aguardo os seus comentários*» e, o fornecedor, como é seu apanágio, promove a correção junto da insígnia desviante.

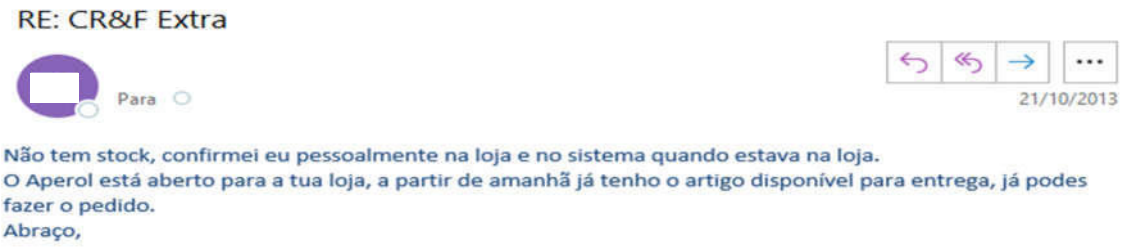
1566. Ora não consta deste elemento de prova - nem de qualquer outro constante dos autos - a oposição expressa (ou implícita) da Auchan à correção dos desvios reportados, mecanismo, aliás, que é espoletado e pretendido por esta insígnia com o envio do *shopping*. Pelo contrário, a análise da globalidade dos elementos de prova revela que a intervenção corretiva da Active Brands junto das insígnias concorrentes da Auchan após o reporte desta empresa de distribuição surge como natural e desejado, dispensando-se instruções explícitas para que esta tenha lugar.

1567. Trata-se, efetivamente, de um *modus operandi* pretendido por ambas as visadas, sendo surpreendente que a Auchan considere que está em causa «*responsabilizar as empresas de distribuição unicamente pela possível reação do fornecedor*»[818].

1568. Importa reiterar o referido no §1506 *supra,* especialmente no que respeita ao objetivo das insígnias nestes casos, que não é senão o de acompanhar os preços das insígnias concorrentes, ou seja, o de alinhar os seus PVP àqueles, sem perda de margem comercial – não estando em causa qualquer pretensão de competir, praticando preços mais baixos, ao contrário do que reiteradamente alega a Auchan na sua PNI. É, contudo, manifesto que esta opção de obtenção de condições junto do fornecedor para igualar o PVP dos concorrentes apenas é acionada aquando do insucesso da Active Brands na correção do desvio detetado e sinalizado, sendo esta última a opção sempre – e explicitamente – prioritária.

1569. Decorre dos elementos de prova *supra* que o reporte do resultado das diligências de monitorização feitas pela Auchan tem como finalidade a correção dos desvios por parte da Active Brands, por forma a evitar ficar «*descompetitiva*»[819], circunstância comum a todas as insígnias participantes do processo.

1570. Note-se que a Auchan recebe igualmente indicações de correção de PVP por parte do fornecedor comum, acatando-as, como demonstra, além da prova *supra* analisada, o documento ActiveBrands151 *infra*:


RE: CR&F Extra

Para

21/10/2013

Não tem stock, confirmei eu pessoalmente na loja e no sistema quando estava na loja.
O Aperol está aberto para a tua loja, a partir de amanhã já tenho o artigo disponível para entrega, já podes fazer o pedido.
Abraço,

[818] Cf. §622 da PNI Auchan.

[819] Veja-se, igualmente, relativamente à Auchan os documentos ActiveBrands923, ActiveBrands151, ActiveBrands153, ActiveBrands200, ActiveBrands710, ActiveBrands807, ActiveBrands883.

De: @auchan.pt]
Enviada: segunda-feira, 21 de Outubro de 2013 12:37
Para:
Assunto: RE: CR&F Extra

Eu sei, era só para ver se estavas atento 😉 mas cuidado que ainda têm stock...

De: @activebrands.pt]
Enviada: segunda-feira, 21 de Outubro de 2013 10:22
Para:
Assunto: RE: CR&F Extra

Boas
Essas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock ou achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?...
Abraço e obrigado,

De: @auchan.pt]
Enviada: sexta-feira, 18 de Outubro de 2013 10:08
Para:
Assunto: RE: CR&F Extra

Boas,

Correu bem, já ia outa vez...

Amanhã já está ok,mas há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas...

abraço

De: @activebrands.pt]
Enviada: quinta-feira, 17 de Outubro de 2013 23:05
Para:
Assunto: CR&F Extra

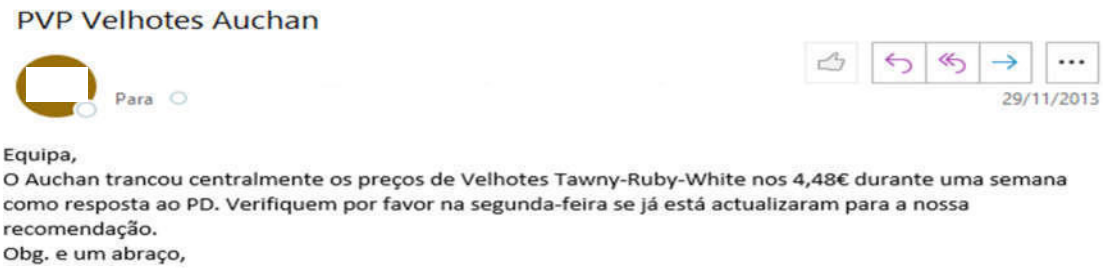
Boa noite
Espero que já tenhas voltado da lua de mel e que tenha corrido bem.
Podes me rectificar o PVP da CR&F Extra para 36,99€ preço recomendado pelo meu marketing ou estás a responder algum shopping?
Um abraço e obrigado,

| Gestor de Clientes | **Active Brands**

1571. Este documento revela que a Auchan acedeu imediatamente ao reposicionamento do PVP da «CR&F» para o valor da «recomendação» da Active Brands, mesmo quando outras lojas desta mesma insígnia se encontravam a praticar um preço mais baixo («[a]*manhã já está ok, mas há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas...*»), situação que provocou a pronta retaliação por parte da Active Brands, que decidiu, consequentemente, suspender a respetiva comercialização nas mencionadas lojas («[e]*ssas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock*»).

1572. Das declarações do *KA* da Active Brands é flagrante que estas «recomendações» de preço não apenas eram vinculativas (uma vez que a sua rejeição era premiada com a retirada de produtos de loja), como transversais à Auchan e não circunscrita a determinadas lojas («*ou achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?...*»).

1573. Ademais, o documento ActiveBrands965 revela mais uma situação em que a Auchan «*trancou centralmente os preços*» durante uma semana, em reação ao PVP praticado pela Pingo Doce:


PVP Velhotes Auchan

Para

29/11/2013

Equipa,
O Auchan trancou centralmente os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€ durante uma semana como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação.
Obg. e um abraço,

1574. Atendendo ao teor deste *e-mail,* designadamente ao pedido de verificação «*se já actualizaram para a nossa recomendação*», e considerando o habitual funcionamento da Active Brands perante as reações das insígnias (mesmo quando estas consistam em novos alinhamentos a um preço inferior), este fornecedor terá promovido o reposicionamento de PVP junto da Pingo Doce de forma a aliciar a Auchan a praticar novamente o PVP «*recomendado*».

1575. Recorde-se, a propósito, o teor do documento ActiveBrands119, do qual resulta patente o esquema de incentivos implementado entre as visadas (assente na troca, através do fornecedor, de talões de compra que comprovam os reposicionamentos sucessivos de PVP) e a complexidade inerente à tarefa do fornecedor comum, que gere a calendarização das alterações e o envio dos talões entre insígnias. Neste documento, e especificamente quanto à Auchan, [Diretor Off-Trade - Active Brands] refere que «[o] *PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide*. [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*» (sublinhados da AdC), o que revela que a política comercial da Auchan se encontra igualmente condicionada pelo PVP praticado pelas suas concorrentes na medida em que procede ao reposicionamento dos seus PVP na condição (e após confirmação através de talão de compra) de que aquelas igualmente o adotaram, evitando-se, assim, a mencionada «*bola de neve que a todos prejudica*».

1576. O documento ActiveBrands659 ilustra precisamente o envio à Auchan, por um *KA* da Active Brands, de um talão de compra de «Loios» a 2,98 euros na sua concorrente Dia/Minipreço:

Fwd: Message from KMBT_C224

Para
Cc

10/04/2013

SKMBT_C22413040808140.pdf
195 KB

ATT00001.htm
232 bytes

Boa tarde

Conforme combinado aquando tivesse comprovativo do MP sobre o PVP de Loios (2,98) segue o mesmo.

1577. Mais explicitamente, veja-se o documento ActiveBrands183:

Subida de Preços Concorrência

Para
Bcc

16/05/2011

Talão PD.pdf
194 KB

Na virtude da actualização de preços no Pingo Doce no passado dia 13/05, no Licor Beirão 70 cl e CR&F, segue em anexo o talão como comprovativo das mesmas alterações e uma vez que este artigos estão temporariamente suspensos na Soane. Agradeço a reavaliação dos vossos preços.

Obrigado,

| Gestor de Clientes | **Active Brands**

pingo doce

FORUM SINTRA

PINGO DOCE - Distribuição Alimentar, S.A.
Nr. Contribuinte: 500829993
Telefone: 219 184 500

23Z SACOS PLASTICO 0,02
23Z AGUAR.RES.CR& F70CL 12,98
23Z LICOR BEIRAO 70 CL 9,98
Total : 22,98
VOLUMES :3
UNIBANCO AUTOMATICO 22,98

Atendida(o) por :Joana Veloso
Talão de venda nº
0656010110405133 1/004609
BN2u-Processado por programa
certificado nº369/DGCI
Este talão não serve de factura.

005481 2011-05-13 12:29 0054 0010 0656
Este talão originou a Venda a dinheiro
Nº 06560101104051331/000157
PINGO DOCE
SINTRA
ALTO DO FORTE
2735-018 RIO MOURO
Número Fiscal de Contribuinte: 500829993
Terminal Pagamento Automático: 00142727
Data: 2011/05/13 Hora:12:28:19
Período:018 Transacção:029 Mensagem:798
Número Comerciante: 0001626381
* * *
COMPRA-CHIP 00/00

Cartão:00 **********3029/13 Op.:00224
A0000000041010
MASTERCARD
Conta/Autorização: AUT:199204
BANCO BPI
EUR: 22,98
MASTERCARD CR N
EM CASO DE DEVOLUCAO
GUARDE O SEU TALAO
* * *
***** OBRIGADO *****
005481 2011-05-13 12:30 0054 0010 0656

IVA INCLUIDO
Talão Indispensável para Troca no prazo de 15 dias
Não se efectuam trocas de MNSRM e artigos assinalados
Solicite factura no prazo de 5 dias

Apoio ao Cliente - 808 20 45 45
(Serviço disponível 24 horas)
www.pingodoce.pt

1578. Neste e-mail referente a uma «*Subida de Preços* [na] *Concorrência*», dirigido a vários colaboradores da Auchan, o KA da Active Brands refere que em «***virtude da actualização de preços no Pingo Doce*** *no passado dia 13/05, no Licor Beirão 70 cl e CR&F,* ***segue em anexo o talão como comprovativo das mesmas alterações*** *e uma vez que este artigos estão temporariamente suspensos na Soane****.*** *Agradeço a reavaliação dos vossos preços.* ***Obrigado***» (destaques da Autoridade)

1579. O envio deste talão à Auchan serve, evidentemente e como se tem demonstrado, como «*comprovativo das alterações*» na Pingo Doce para que aquela insígnia «*reavalie*» os seus preços em conformidade, isto é, alinhe. Salienta-se que a referência ao facto de estes artigos se encontrarem temporariamente suspensos na MCH não é despicienda ou inócua. Prevendo uma verificação do posicionamento de preço destes produtos na MCH pela Auchan, o fornecedor comum esclarece, antecipando-se, que não se encontra atualmente a abastecer esta insígnia destes produtos (como se demonstrou nos §§1571 e 1572 a Active Brands reage à resistência na adoção dos seus PVP com ações de retaliação, entre as quais se inclui a suspensão – temporária, *in casu* - de fornecimento).

1580. Verifica-se, portanto, e de forma evidente, que a atividade de controlo e monitorização de preços não servia apenas motivações lícitas e que as interações respeitantes a este tipo de condutas tinham o objetivo claro de manter um nível de cooperação e coordenação elevado entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor comum de forma a evitar a ocorrência de uma «*bola de neve que a todos prejudica*».

1581. Conforme já se referiu, a utilização lícita das ferramentas de *shopping* não causa alarme à Autoridade da Concorrência porque não consubstancia qualquer tipo de ilícito de natureza jusconcorrencial. Contudo, como a Auchan reconhece, «[s]*ituação completamente diferente é a utilização do shopping como forma de controlo e pressão do fornecedor e restantes insígnias para alinhamento de preços*»[820],e é precisamente esse o cenário para o qual a própria Auchan contribui, a par das demais empresas de distribuição visadas e do fornecedor comum, como se tem demonstrado.

1582. Refere, ainda, esta visada que «[n]*ão se ignora que no âmbito do tipo de infração configurado pela AdC possam existir desvios pontuais e esporádicos por parte de uma insígnia ou outra a um preço supostamente concertado* (…)»[821], mas existe um «*cenário geral em que a divergência relativamente às pretensões da Active Brands é a regra, que não se coaduna com a existência de qualquer plano comum ou convergência de vontades*»[822], pelo que conclui que «*perante a análise dos resultados de shopping, verificamos que as lojas Auchan marcam preços diversos entre si (e distintos dos seus concorrentes), diversos dos pretendidos pela Active Brands, e que mesmo os preços médios das várias insígnias divergem uns dos outros*»[823].

1583. A este respeito, importa recordar que a circunstância de os preços definidos não estarem, em dado momento, a ser praticados, transversalmente, por todas as empresas de distribuição não afasta o caráter ilícito de todos os esforços envidados para a sua implementação. Em bom rigor, como referido anteriormente, é natural que a estratégia conjunta funcione nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como falhas de comunicação, necessidade de escoar produto ou de cumprir objetivos de vendas. Aliás, refere a própria Auchan que «[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.*»[824], sendo importante realçar, contudo, que a alegação de que um «*cenário geral em que a divergência relativamente às pretensões da Active Brands é a regra*» é improcedente, não encontrando esteio na prova constante dos autos.

[820] Cf. §1028 da PNI Auchan.

[821] Cf. §542 da PNI Auchan.

[822] Cf. §543 da PNI Auchan.

[823] Cf. §544 da PNI Auchan.

[824] Cf. §1133 da PNI Auchan.

1584. O que decorre de forma cabal dos elementos de prova é que tais desvios ou são prontamente corrigidos (em virtude da intervenção do fornecedor *motu proprio* ou em resposta a solicitação das insígnias não desviantes) ou o mercado é realinhado pelo preço desviado a expensas do fornecedor, a quem são exigidas condições comerciais para acompanhamento (igualação) dos preços das concorrentes, sem perda de margem.

1585. É da maior importância assinalar que a existência de vicissitudes quanto à implementação transversal não descaracteriza a coordenação, o consenso, enquanto tal. Uma coordenação desta natureza é uma realidade dinâmica, em constante movimento, com ajustes e desajustes frequentes, reações e reposicionamentos em função da monitorização de preços inter-insígnias, assimetrias informativas e dilemas que apenas fazem sentido para as visadas pelos ganhos que todas visam alcançar com o sucesso do alinhamento a cada momento, pelo que se refuta a alegação de que «*dezenas de movimentações de preços ao ano*» pudessem, de alguma forma, inviabilizar a concretização do objetivo das visadas.

1586. Em todo o caso, sempre se dirá que serão escassos os elementos de prova concernentes a um alinhamento bem sucedido uma vez que este dispensa qualquer troca de comunicações entre as visadas pois o respetivo objetivo (ilícito) se revela alcançado, não se verificando a necessidade de reporte de desvios, correção ou exercício de pressão por parte de qualquer visada. Com efeito, a frequente e intensa comunicação entre as visadas objeto de análise na Nota de Ilicitude e nesta Decisão incide maioritariamente sobre as várias etapas e comportamentos do processo implementado entre as visadas com vista ao alinhamento, a implementação dos PVP «*recomendados*» pela Active Brands, o condicionamento das insígnias com vista à adoção desse PVP, as vicissitudes ocorridas e as reações das visadas.

1587. A incumbência da Active Brands, como decorre da análise *supra*, é da maior importância e complexidade no contexto desta concertação que tem como objetivo o alinhamento de PVP no mercado retalhista de base alimentar. Como se tem vindo a assinalar, pese embora este objetivo seja comum a todas, os interesses das visadas são, por vezes, conflituantes e, uma vez que não comunicam diretamente entre si, um desvio ao alinhamento pretendido pode motivar reações entre as concorrentes[825] quando a Active Brands não logra atempadamente corrigir os desvios que lhe são reportados (ou que deteta *motu proprio*) ou financiar prontamente condições para que as insígnias possam igualar os PVP desviados.

1588. Reitera-se que, como se referiu no §1498 *supra*, a AdC considera ser lícita e legítima a utilização de ferramentas de *shopping* por parte do fornecedor para os efeitos aí enumerados mas, como se tem demonstrado, o que está em causa nos presentes autos é a utilização deste expediente como meio de controlo de desvios à implementação transversal do PVP definido pela Active Brands.

[825] Descritas pela Active Brands como a «*bola de neve que a todos prejudica*», «*respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis*» ou «*guerras de preços indesejáveis para todos*».

1589. Na perspetiva da Active Brands «*é normal que um fornecedor, que* (…) *define e recomenda PVPRs, não se fique pela comunicação dos mesmos, mas tenha igualmente interesse em convencer os retalhistas das vantagens da recomendação* (…)»[826] e que «[n]*ão havendo nada de ilegal com a recomendação, não há também, por maioria de razão, com o levantamento de informação do mercado e com meras insistências e tentativas de correção*»[827].

1590. Ora, os capítulos III.3.1.3.1.2 e III.3.1.3.2.2 demonstram à saciedade que não se está, *in casu,* perante uma política de *mera recomendação* de PVP, podendo vislumbrar-se aí inúmeros exemplos de pressão e condicionamento da Active Brands sobre os retalhistas para que estes adotem e alterem («*verifiquem*») os PVP por referência aos PVP «*recomendados*».

1591. À «*recomendação*» transversal dos PVP pela Active Brands seguem-se, aquando da deteção de desvios – por este fornecedor ou após reporte das insígnias concorrentes – exercícios de verificação e reposicionamento de PVP junto das insígnias desviantes com vista ao alinhamento destes no mercado.

1592. Veja-se o documento ActiveBrands874, no qual, após envio de *shopping* pela MCH, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands indica à sua equipa de *KA* que é «*urgente reposicionar CR&F 12,99€ Auchan. Preciso deste PVP para o folheto de Páscoa da Sonae*». (sublinhado da AdC)

1593. Também no documento ActiveBrands836 se pode verificar que, após reporte de desvios ao PVP «recomendado» de «Licor Beirão», [Diretor Off-Trade - Active Brands] transmite à sua equipa de *KA* que é «[m]*uito urgente recomendar Beirão 9,48€ nas lojas Jumbo de Almada, Vila Real e Coimbra*». (sublinhado da AdC)

1594. No documento ActiveBrands828, [Diretor Off-Trade - Active Brands] assevera a sua interlocutora que «[o] preço mais frequente (PD, MP, ITM…) de Loios Tinto está em linha com a nossa recomendação (2,99€). As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias. No caso do Marquês de Borba Tinto recomendamos 5,89€ (PD, ITM, JMB…). Trata-se de um artigo não listado em MP (4,75€ decorre de preço mal marcado na sequência de sobras de acção sazonal…já pedi correcção)». (sublinhados da AdC)

1595. O documento ActiveBrands930 ilustra igualmente uma situação na qual [Diretor Off-Trade - Active Brands] pede à sua equipa «*o favor de verificarem e corrigirem as situações indicadas (urgente)*» após receção de reporte de desvios por parte da MCH. De igual modo, no documento ActiveBrands176, após reporte de desvios pela MCH, [Diretor Off-Trade - Active Brands] solicita à sua equipa que «*corrijam por favor as situações Velhotes < 4,99€ e Burmester DOC Auchan (PVP recomendado após promoção 4,49€)*». (sublinhado AdC)

[826] Cf. §432 da PNI Active Brands.

[827] Cf. §433 da PNI Active Brands.

1596. Apesar de nem sempre as referências à correção de PVP no mercado serem explícitas por parte das insígnias[828], no documento ActiveBrands576 as indicações da MCH permitem esclarecer quaisquer dúvidas de interpretação que possam ainda, nesta fase, subsistir: « [f]*ace aos preços praticados por algumas insígnias, verificamos que as nossas lojas ficam em situação de descompetitividade*.[829] *Agradecemos a vossa atenção para regularização desta situação no mercado*». [Diretor Off-Trade - Active Brands] compromete-se a acompanhar a situação reportada: «[o]*brigado pela informação. Vou verificar*». (sublinhados da AdC)

1597. Efetivamente, e pese embora recorra a linguagem, no mínimo, eufemística, o fornecedor reconhece que «[q]*uando detetava que os PVPR não estavam a ser observados, decidia por vezes*[830] *contactar as insígnias em questão, expressando a importância que, para si, a observância do PVPR tinha*»[831], como se pode verificar, a título de exemplo, no teor do documento ActiveBrands688, no qual transmite à sua interlocutora na MCH que verifique «*o PVP de Porto Velhotes Tawny-Ruby-White. Actualmente recomendamos 4,69€. 4,44€ não tem paralelo com o mercado (PD, MP, ITM…), destrói valor de marca e penaliza a sua MG. Não é compreensível…*» e, após ser confrontado com um shopping que identificava algumas lojas com PVP abaixo do recomendado, insiste que «[a]*tendendo ao carácter localizado e temporário dos PVP < 4,69 peço-lhe o favor de reconsiderar pois a sua resposta nacional vai gerar outras respostas nacionais que não conseguirei conter (e tão depressa não voltaremos a 4,69)*» e explica que «[q]*uase 100% do mercado segue a recomendação do meu marketing (4,69€) nomeadamente as cadeias que disputam a liderança com a Sonae. Não percebo a resposta nacional a uma situação pontual e temporária, mais ainda num artigo bloqueado onde (segundo refere) tem problemas de MG. Sugiro actualização do PVP de folheto (caso o artigo venha a ser aberto) ou em alternativa peço-lhe que retire o artigo do folheto ou que o substitua por outro*», concluindo que «[n]*ão me parece razoável que se tenha baseado no preço de uma loja para marcar 4,44 a nível nacional. Se não está em condições de corrigir a situação peço-lhe que retire o artigo de folheto ou que o substitua por outro (o que já sucedeu no passado). No caso de insistir lembro que : - estará a provocar uma erosão desnecessária da sua MG; - estará*

[828] Está em causa uma prática anticoncorrencial estabilizada, de natureza secreta que se concretiza igualmente por outros meios (telefónico – veja-se, por exemplo, o documento ActiveBrands936, no qual [Diretor Off-Trade - Active Brands] indica que «*já pedi alteração (por telefone) na Sonae*» - e presencial) de difícil deteção, pelo que o registo dos conteúdos é pautado por uma linguagem frequentemente sucinta e pouco detalhada, salvo nos casos de aparente «*conflito*» em que o *modus operandi* é substituído pela manifestação expressa das intenções das visadas, permitindo levantar-se, assim, o véu do entendimento tácito entre todas, tornando explícita a natureza restritiva da concorrência dos comportamentos em análise.

[829] Relembra-se que a «*situação de descompetitividade*» redunda apenas na verificação do desalinhamento de uma das insígnias e é entendida por todos como resolvida assim que o fornecedor corrige a insígnia desviante ou, alternativamente, concede condições às demais para (re)alinharem os preços pelo preço desviado (e não mais do que isso).

[830] Os elementos de prova constantes dos autos revelam que este contato com as insígnias desviantes acontecia sempre que era detetado um desvio e não, como alega a Active Brands, «*por vezes*».

[831] Cf. §436 da PNI Active Brands.

a destruir valor de marca (que não deve em circunstância alguma estar em paridade com Offley); - puxará a totalidade do mercado para 4,44 (perdendo a vantagem relativa que tem neste momento e inviabilizando a possibilidade de um reposicionamento rápido). Apelo ao seu bom senso (…)». Esta é, de facto, «*a importância que, para si, a observância do PVPR tinha*»[832]. (sublinhados da AdC)

1598. Também o documento ActiveBrands723 revela explicitamente a importância fulcral que a implementação transversal dos PVP assume para a Active Brands. Neste *e-mail* a Active Brands pede ao seu interlocutor na Auchan «*o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)* (…) *A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP…..*». (sublinhado da AdC)

1599. Recorde-se que a Active Brands utiliza a informação que recebe acerca do posicionamento futuro de PVP de cada insígnia, a par da relativa aos PVP que cada insígnia se encontra, em cada momento, a praticar (e que recolhe e transmite através de talões de compra), para efeitos de coordenação e condicionamento das respetivas concorrentes com o objetivo da implementação transversal do seu PVP recomendado.

1600. O documento ActiveBrands119, já analisado *supra*, *inter alia*, nos §1152 a 1155, é particularmente impressivo a este respeito. Este documento ilustra o complexo e fundamental papel mediador da Active Brands no contexto da concertação entre as insígnias com vista ao alinhamento transversal de PVP e transparece a dificuldade da sua tarefa de verificação, recolha de informação, transmissão e comprovação (através de talões de compra) do PVP que cada insígnia se encontra, a cada momento, a praticar, uma vez que, como se demonstrou *supra,* as insígnias fazem depender amiúde o seu (re)posicionamento de PVP da confirmação de que as suas concorrentes praticam aquele que é «recomendado» pela Active Brands[833]:

[832] Cf. §436 da PNI Active Brands.

[833] Vejam-se, por exemplo, os documentos ActiveBrands220, no qual a Pingo Doce afirma que «[p]*reciso de talões* [comprovativos que a MCH praticava o mesmo PVP] *para manter*» o PVP ou ActiveBrands659, no qual a Active Brands envia, em «*virtude da actualização de preços no Pingo Doce no passado dia 13/05, no Licor Beirão 70 cl e CR&F, segue em anexo o talão como comprovativo das mesmas alterações* (…). *Agradeço a reavaliação dos vossos preços. Obrigado*», à Auchan comprovativo de alteração de PVP na Pingo Doce para que aquela insígnia reposicione em conformidade com a «*recomendação*».

PVP - URGENTE

Para

13/09/2012

e

A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD. podes dar-me uma ajuda (uma vez que o vai estar no Porto)?
O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide. peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)...o fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica.
Obg. e um abraço,

1601. Neste documento é igualmente assumido, pelo Diretor *Off-Trade* da Active Brands, que «[e]*stas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*», preocupação que é também reconhecida por este fornecedor na sua PNI, ao afirmar que intervém junto das insígnias desviantes com o objetivo de «*evitar guerras de preços indesejáveis para todos*»[834]. (sublinhados da AdC)

1602. Note-se que é a própria Active Brands que considera legítimo «*convidar as insígnias a posicionarem corretamente*»[835] os preços, o que significa que qualquer PVP definido autonomamente pelas insígnias (sempre reputado como um desvio), seria, logicamente e da perspetiva deste fornecedor, um posicionamento errado, sujeito a correção.

1603. Salienta-se, ainda, que a «*mera insistência*» que a Active Brands reconhece exercer e parece desvalorizar, é, neste contexto e como comprovam os elementos de prova, em si mesma e sem mais, um ato de pressão junto de qualquer empresa de distribuição.

1604. O acervo provatório retrata cabalmente a rotina em vigor após a deteção de desvios aos PVP «recomendados», quer no seguimento da monitorização efetuada pela Active Brands, quer após reporte por parte de uma insígnia concorrente, uma vez que a reação deste fornecedor consiste na imediata tentativa de correção junto das insígnias desviantes, exercendo pressão e utilizando, *inclusive*, instrumentos de retaliação nos casos em que não é bem sucedida.

1605. Veja-se que, no documento ActiveBrands688 *supra*, a reação de [Diretor Off-Trade - Active Brands] perante a resistência da MCH à alteração de PVP e a indicação de que «[s]*e não está em condições de corrigir a situação peço-lhe que retire o artigo de folheto*»).

1606. Identicamente, recorde-se o teor do documento ActiveBrands151, analisado em maior detalhe nos §1570 a 1572, no qual, depois de ter sido informado pelo seu interlocutor na Auchan que «*há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas…*», o *KA* da Active Brands explica que «[e]*ssas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock ou*

[834] Cf. §196 da PNI Active Brands.

[835] Cf. §376 da PNI Active Brands.

achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?...», confirmando, ainda, que «[n]*ão tem stock, confirmei eu pessoalmente na loja e no sistema quando estava na loja*».

1607. Assim, o teor dos elementos probatórios supra analisados não oferece qualquer arrimo à alegação de que «*no seguimento da sua própria monitorização, eram as insígnias que chamavam a atenção da AB para o facto de os PVPRs não estarem a ser observados por algumas insígnias* (...) *a AB limitava-se a submeter pedidos de verificação às insígnias em causa, não indo para além disso*»[836], pelo que se refuta e repudia veementemente o entendimento de que «[a]*s insistências e pedidos de verificação da AB não eram acompanhadas por mecanismos de coação, pressão ou retaliação, sendo por isso simples extensões naturais de uma política de preços recomendados compatível com o direito da concorrência*»[837] sendo, por conseguinte, falsa a afirmação de que a Active Brands «*não dispunha de meios para pressionar ou coagir as insígnias a seguir a sua recomendação ou fazer fosse o que fosse, razão pela qual apenas se limitava a insistir na recomendação que havia comunicado anteriormente*»[838]. (sublinhados da AdC)

1608. Importa, todavia, realçar que esta visada admite que «*era de facto obrigada pelas insígnias, através de mecanismos de pressão, coação e retaliação, a insistir e a fazer pedidos de verificação do PVPR junto de insígnias "desviantes"*»[839], afirmação que dificilmente se coaduna com a contestação que oferece às conclusões da AdC neste mesmo sentido. A Active Brands pretendia, como reconhece na própria PNI, a implementação transversal dos seus PVP no mercado. Muitos elementos de prova revelam que essa «*insistência e pedidos de verificação*» surgem como naturalmente decorrentes dos alertas das insígnias que, amiúde, chegam desacompanhados de qualquer tipo de indicação.

1609. Curiosamente, considera que o faz «*sempre com o intuito de promover a observância do PVPR previamente comunicado, e assegurar o posicionamento estratégico dos seus produtos, nunca com o objetivo de contribuir para um alinhamento artificial de preços entre os supermercados*»[840], sendo que o seu intuito é precisamente a concretização do que indica não pretender.

1610. Quanto à interpretação da Active Brands, constante do §1460, relativamente ao documento ActiveBrands1055, reproduzido e analisado *supra* nos §§1442 a 1445, especialmente à conclusão de que «[s]*em mais, e ao contrário do que a AdC conclui, o email não "demonstra que os PVP comunicados pela AB não são recomendações, mas antes verdadeiras imposições de PVP*» importa lembrar (pois a análise desta visada olvida) e salientar que a reação imediata da Active Brands à manifestação de vontade da Pingo Doce para comercializar o

[836] Cf. §444 da PNI Active Brands.

[837] Cf. §438 da PNI Active Brands.

[838] Cf. §445 da PNI Active Brands.

[839] Cf. §459 da PNI Active Brands.

[840] Cf. §445 da PNI Active Brands.

vinho «Estremus» foi a enumeração dos motivos pelos quais «*partir preço não é de todo consonante com a estratégia desta marca*», obtendo o compromisso da Pingo Doce de que «[o] *estremus não é para partir preço*!». Ora, é consabido que um compromisso desta natureza é precisamente o oposto do que sucederia caso a Active Brands mantivesse uma verdadeira política de mera recomendação de preço.

1611. Acresce que, após negociação de condições comerciais com o fornecedor e depois de se ter vinculado com este a não «*partir preço*», a Pingo Doce deteta que «[a] *garrafeira nacional tem o Estremus tinto a 72,45€*» alertando desse facto a Active Brands, cujo Diretor *Off-Trade* reage informando que irá «*pedir ao meu colega responsável para verificar*» e indicando o nível de preço que deverá ser respeitado («*A nossa recomendação é 92,50€ (exemplo : Gourmet El Corte Inglés)*»).

1612. Revela-se, ainda, deveras intrigante, por referência à estratégia de defesa adotada pela Active Brands em sede de PNI, que a própria apelide de «*desviantes*» as insígnias que se afastam da «*recomendação*» de PVP que pretende ver transversalmente implementada no mercado. Com efeito, esta visada reconhece que «[n]*a sequência do alerta, a AB pede aos seus colaboradores para voltarem a fazer a recomendação às insígnias desviantes*»(sublinhado da AdC)[841].

1613. Cumpre referir que a interpretação proposta pela Active Brands, no §1459, para o documento ActiveBrands916, não difere significativamente daquela que a AdC expõe em sede de Nota de Ilicitude e aqui retoma. Efetivamente, o teor deste *email* revela que, após deteção em *shopping* de insígnias com PVP inferiores ao concertado, a MCH endereça ao fornecedor uma proposta de subsidiação para que pudesse igualar os mesmos, iniciando novos alinhamentos (num nível de preço inferior) a expensas do fornecedor. A Active Brands pretende desvalorizar tal reporte, indicando, em resposta, que «[a] *generalidade do mercado encontra-se dentro das recomendações do marketing (PD, MP…)*» e que há produtos descontinuados e não comercializados por si na lista enviada, propondo, em alternativa e como meio de compensação desta visada para praticar o seu PVP recomendado, «*uma acção de desconto imediato de 10%, financiada sobre sell-out pela AB, de 13 a 19 de Outubro, no conjunto das lojas*» relativamente a alguns artigos.

1614. Considera a Active Brands, contudo, não vislumbrar «*de que forma é que este tipo de interação pode constituir prova de um hub and spoke, dado que a informação partilhada (PVPs atuais) é pública*». Ora, a partilha de informação de carácter sensível não é senão um dos elementos constitutivos da prática em causa, que consiste na promoção do alinhamento de PVP entre insígnias com recurso ao fornecedor. A instrumentalização da relação bilateral de cada insígnia com o fornecedor materializa-se de diversas formas, como se tem demonstrado, sendo o expediente da subsidiação das empresas de distribuição como forma de as aliciar ou comprometer a adotar o PVP um ilícito, per se, como se referiu nos §§1273 e 1274.

[841] Cf. §447 da PNI Active Brands.

1615. O documento ActiveBrands818 revela mais que a interpretação sugerida pela Active Brands, constante do §1457, uma vez que, além de demonstrar que esta «*estava atenta aos preços praticados pelos distribuidores retalhistas aos consumidores dos seus produtos, compilando estes dados (informação pública, sobre PVPs atuais) e partilhando-os internamente*»[842], este *email* contém uma lista dos PVP que este fornecedor pretende ver implementados e a indicação expressa de [Diretor Off-Trade - Active Brands] de que «[o] *shopping em anexo começa a balizar os PVP para a Feira de Vinhos da Sonae pelo que peço o favor de alterarem as situações mais urgentes*». Atente-se à utilização do vocábulo «*alterar*», que realmente descreve o procedimento, junto das insígnias desviantes, que se segue a este tipo de comunicações internas, conforme abundantemente se demonstrou no capítulo III.3.1.4. (sublinhado da AdC)

1616. Na interpretação do documento ActiveBrands806 sugerida pela Active Brands, reproduzida no §1458, este fornecedor considera que «[Diretor Off-Trade - Active Brands]*, no seguimento da monitorização do mercado feita pela própria empresa, pede a uma colaboradora da Jerónimo Martins para verificar o preço de um produto*»[843]. Ora, [Diretor Off-Trade - Active Brands] refere apenas que «[r]*ecebi a indicação de que a loja de Chelas está a marcar actualmente o Duorum Tinto (artigo 696500) a 7,49€*», desconhecendo-se a fonte desta indicação e não apresentando a Active Brands qualquer prova de que esta informação tenha resultado «*da monitorização do mercado feita pela própria empresa*». A dinâmica comunicacional entre as visadas permite propor que tenha sido no resultado do reporte de uma insígnia concorrente à Pingo Doce que a Active Brands a contactou para reposicionamento de PVP.

1617. Ademais, contrariamente ao que afirma a Active Brands[844], é precisamente «*a prova nos autos*» que viabiliza a interpretação de que esta alteração de PVP (como as demais) têm «*outro motivo subjacente*» que não a mera decisão livre de acatar uma recomendação do fornecedor. A AdC reitera que é a análise holística, e não apenas granular, da prova que melhor permite apreender e, bem assim, demonstrar e provar a concertação vigente entre as visadas, reforçando, *in casu,* a sua convicção de que resta demonstrado não apenas o objetivo (desígnio), mas o efetivo contributo de todas para o alinhamento de preços no mercado.

1618. Por fim, refere a Active Brands que «*a prática de hub and spoke, a infração que é imputada às empresas visadas, pressupõe mais do que isso: pressupõe que informação sensível do ponto*

[842] Cf. §439 da PNI Active Brands.

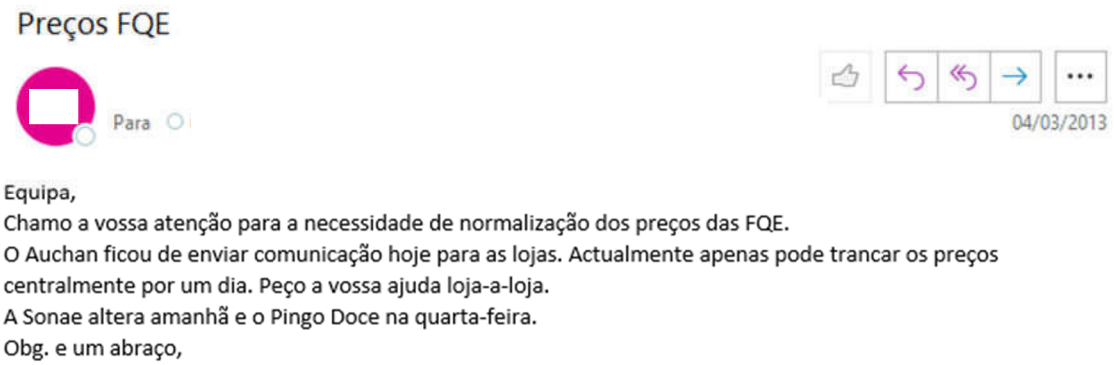
[843] Cf. §440 da PNI Active Brands.

[844] «*Em resposta, a referida colaboradora afirma que a Pingo Doce decidiu, livremente, alterar o preço, inexistindo prova nos autos que indicie que a alteração teve outro motivo subjacente*»·

de vista comercial seja transmitida a um parceiro comum e que esse parceiro comum, por sua vez, a transmita a concorrentes»[845].

1619. Alega esta visada que «*não obstante, por vezes, no âmbito da relação comercial de fornecimento, as insígnias lhe transmitirem, de forma espontânea (e não em resposta a pedidos da AB), informação sobre as suas intenções de preços, o que os documentos que se analisaram mostram é que a AB tinha o cuidado de não transmitir essa informação às respetivas concorrentes, não constando dos autos prova direta em contrário*»[846].

1620. Ora, além da partilha de informação relativa ao posicionamento de PVP (pretérito e atual) de insígnias concorrentes[847] enquanto meio de condicionamento para reposicionamento de preço – que, conforme se demonstrou, é utilizado frequentemente por este fornecedor como instrumento de estabilização dos seus PVP no mercado – a Active Brands tem acesso a informação de natureza sensível, acerca das intenções futuras das empresas de distribuição visadas em matéria de determinação de preços, usando-a para promover os diversos alinhamentos de que está incumbida. É o que decorre textualmente, por exemplo, do teor do documento ActiveBrands191:


Preços FQE

Para

04/03/2013

Equipa,
Chamo a vossa atenção para a necessidade de normalização dos preços das FQE.
O Auchan ficou de enviar comunicação hoje para as lojas. Actualmente apenas pode trancar os preços centralmente por um dia. Peço a vossa ajuda loja-a-loja.
A Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira.
Obg. e um abraço,

1621. O conhecimento antecipado de informação sensível referente às intenções de preços das visadas é indispensável numa concertação desta natureza e auxilia o fornecedor no processo de tomada de decisão e orquestração dos diversos movimentos de PVP que tem a responsabilidade de ordenar e monitorizar.

1622. Mas não é verdade que «*a AB tinha o cuidado de não transmitir essa informação às respetivas concorrentes, não constando dos autos prova direta em contrário*».

---

[845] Cf. §435 da PNI Active Brands.

[846] Cf. §409 da PNI Active Brands.

[847] Esta transmissão quase imediata por parte do fornecedor diminui os custos de pesquisa por parte das insígnias e permite-lhe condicionar e controlar em tempo real os vários (re)posicionamentos de PVP e verificar os vários momentos em que estes ocorrem e aqueles em que é necessária a sua intervenção corretiva. Verifica-se, efetivamente, com o envio dos talões de compra, «*uma tentativa de remover objeções das insígnias à aplicação dos preços recomendados*», como a própria Active Brands reconhece.

1623. Conforme já referido, há uma expetativa por parte das empresas de distribuição visadas de que a informação que lhes é transmitida em matéria de preço seja igualmente partilhada com as suas concorrentes e é nos momentos em que se verificam vicissitudes nos alinhamentos pretendidos que surge a necessidade de explicação/justificação por parte da Active Brands, enquanto garante do sucesso dos mesmos. Vejamos.

1624. No documento ActiveBrands831, que contém o resultado de um «*shopping* [da MCH]*para seu conhecimento e análise*», [Diretor Off-Trade - Active Brands] garante à sua interlocutora naquela insígnia que está «a *tentar PD 4,69. As situações pontuais JMB < 4,39 serão resolvidas directamente nas lojas nos próximos dias*», revelando que está a procurar alterar o PVP junto da Pingo Doce e que as situações pontuais da Auchan que se encontram desalinhadas serão resolvidas brevemente. Perante a insistência da MCH, que questiona «[q]*uando podemos ter o PVP recomendado de 4,69 euros? Ainda esta semana? Necessito de uma reposta rápida*», reage indicando que está «*a tentar reposicionar mas não está a ser fácil*». Insatisfeita perante o fracasso do fornecedor comum na tarefa pretendida, a MCH confronta-o indicando que «[s]*e no Natal marcamos aquele PVP é porque fomos confrontados com PVP na concorrência inferiores ao que recomendava. Qual o ponto de situação ao dia de hoje e previsões futuras?*», o que denuncia a regularidade deste tipo de comunicações. Efetivamente desconhece-se o seguimento desta comunicação por *e-mail* mas salienta-se que as visadas comunicam amiúde através de outros meios, designadamente o telefone, não se podendo excluir que tal informação tenha sido, efetivamente, prestada. (sublinhados da AdC)

1625. No documento ActiveBrands110, no qual consta o resultado de um *shopping* da MCH dirigido à Active Brands com a indicação expressa de que «*a concorrência tem o artigo em anexo com um PVP inferior à nossa loja. Solicito alinhamento para podermos acompanhar os mesmo*», [Diretor Off-Trade - Active Brands] tranquiliza a sua interlocutora com a garantia de que «[n]*o início da próxima semana a situação estará regularizada. A central do ITM já alterou. O meu vendedor verificará segunda-feira na loja*», transmitindo, assim, à MCH informação sobre o posicionamento futuro da Intermarché relativamente ao preço de «Licor Beirão» (sublinhados da AdC).

1626. Similarmente, o documento ActiveBrands828 retrata o envio de *shopping* por parte da MCH e [Diretor Off-Trade - Active Brands] assevera a sua interlocutora que «[a]*s situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias*», que relativamente a «*um artigo não listado em MP (4,75€ decorre de preço mal marcado na sequência de sobras de acção sazonal…já pedi correcção*» e indica que «[a]*manhã durante a manhã confirmo MP nacional 5,89 cuja recomendação emiti no dia 26 (e JMB nacional 5,89)*», partilhando com a MCH até a data em que transmitiu o PVP à sua concorrente Pingo Doce.

1627. Veja-se, ainda, a resposta de [Diretor Off-Trade - Active Brands] à questão que lhe é colocada pela sua interlocutora da MCH, no documento ActiveBrands772:

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:10
Para:
Assunto: RE: Lista de Preços SONAE Active Brands

Boa tarde
Em princípio já na próxima semana...logo que possível envio comprovativo.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: 6 de junho de 2014 15:00
Para:
Assunto: FW: Lista de Preços SONAE Active Brands

Boa tarde

Quando o mercado estará com estas condições ?

4277058	VT RIB CONDE VIMIOSO TINTO 2008 75CL	2,99€
4625612	VB TEJO CONDE DE VIMIOSO BRANCO 2010 75CL	2,99€
4473052	VR TEJO CONDE DE VIMIOSO ROSÉ 2010 75CL	2,99€

Obrigada

DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
Email
Ext: Telefone:

SONAE MC

1628. Por fim, recorde-se o documento ActiveBrands1019, no qual [Diretor Off-Trade - Active Brands] transmite a uma colaboradora da MCH que «[a] *actualização da CR&F para 12,99€* [na Pingo Doce] *está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã).*

1629. Estes são apenas alguns dos diversos elementos de prova direta de que «*informação sensível do ponto de vista comercial* [foi] *transmitida a um parceiro comum* [a Active Brands] *e que esse parceiro comum, por sua vez, a transmita a concorrentes*», sendo conscientemente eliminados por esta via os riscos e a incerteza inerentes a um ambiente concorrencial salutar.

1630. Resulta assim provado que as empresas de distribuição visadas têm acesso, com detalhe, rigor e atualidade, via fornecedor, à estratégia comercial futura das suas concorrentes, o que reduz a pressão concorrencial e elimina o risco e reduz o grau de incerteza estratégica normalmente associados ao comportamento de um concorrente.

1631. Decorre, destarte, dos elementos probatórios que a atividade de *shopping* da Active Brands e das empresas de distribuição visadas almeja, também e conforme se demonstrou, a aferição do cumprimento dos PVPR concertados no mercado e a subsequente intervenção (por vezes presencial), em caso de desvios, do fornecedor, a quem incumbe a supervisão e garantia da implementação e alinhamento dos preços no mercado, concretizando-se assim o objetivo comum das visadas.

1632. Conclui-se que as defesas apresentadas pelas visadas, pautadas por tergiversações com parca adesão à realidade, colidem frontalmente com o teor da prova descrita e constante dos autos, motivo pelo qual improcedem os argumentos apresentados nos termos acima expostos.

1633. A AdC, forma, assim, a sua convicção de que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP para confirmar a implementação dos PVP definidos nos termos descritos no capítulo precedente da presente Decisão, verificando se o mercado fez os reposicionamentos de PVP concertados nas datas combinadas e identificando eventuais desvios, com vista à respetiva correção.

1634. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo ao controlo, monitorização e correção dos PVP 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 Formas de pressão, coação ou retaliação

1635. Neste processo de alinhamento de PVP, e conforme decorre do capítulo anterior, verifica-se ainda a ocorrência de ações de pressão, coação ou retaliação no caso de alguma empresa de distribuição não proceder ao posicionamento de PVP nos termos concertados ou à correção dos desvios eventualmente identificados.

1636. Estas ações visam, igualmente, o objetivo comum de levar todas as insígnias a reposicionarem os PVP de acordo com o nível pretendido, de modo a assegurar um alinhamento horizontal no mercado.

1637. Com efeito, as empresas de distribuição visadas pressionam e coagem a Active Brands a atuar junto das insígnias concorrentes desviantes no sentido de corrigir os desvios e retaliam contra a Active Brands pelo seu insucesso na sua missão de promover e garantir o alinhamento horizontal de PVP no mercado.

1638. Como se ilustrará de seguida, neste contexto, as (re)ações das empresas de distribuição visadas consistem, regra geral, na (ameaça ou) descida súbita de PVP, na imposição ou exigência de novas comparticipações ou descontos, e/ou na (ameaça ou) suspensão de compras/retirada de produtos do *portfolio* da Active Brands; sempre tendo em vista o alinhamento de PVP.

1639. Particularmente explicativo deste tipo de conduta é o conteúdo do documento MCH1523, que consiste numa cadeia de *e-mails* trocados entre 25 e 28 de agosto de 2009, sobre o assunto «*RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES*», enviado por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, na qual é invocado o descontentamento da MCH relativamente aos preços praticados pelo Bolama e outras *«situações cujo shopping está abaixo do PVPR*» indicado pela Active Brands:

De: :mail @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: terça-feira, 25 de Agosto de 2009 11:59
Para: (ActiveBrands)
Cc:
Assunto: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

O Bolama de Guimarães vende o Porto velhotes a 3.75, [SEGREDO DE NEGÓCIO – PERCEPÇÃO QUANTO A RELEVÂNCIA LOCAL DE UM CONCORRENTE], a 3.75 a nossa [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] é [-80% - 90%] e [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] [-40% -30%], recordo que para o calculo da [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] vão uma serie de outros descontos do contrato, não é politica da Sonae vender mais caro que os nossos concorrentes tal como não é politica perder dinheiro.

Esta situação arrasta-se à várias semanas para não dizer meses, por um lado não conseguem subir o preço nos concorrentes nem evitar os vários folhetos a 3.99€ por outro não nos concedem condições para praticarmos os PVP's da nossa concorrência mantendo a rentabilidade dos artigos.

No caso especifico de Guimarães e Fafe, aguardo uma proposta da vossa parte, que não ponha em causa, claro, a nossa imagem de preço.

Quanto às restantes situações cujo shopping está abaixo do PVPR, conto com a vossa colaboração no sentido de as corrigirem ou nos darem condições para praticar o mesmo PVP.

MC

1640. Deste modo, no referido documento, a MCH destaca como possíveis soluções aos desvios, dois cenários: ou *(i)* a Active Brands consegue subir o preço nos concorrentes (assim corrigindo os folhetos desalinhados a 3,99 euros e as restantes *«situações cujo shopping está abaixo do PVPR»)*; ou *(ii)* a Active Brands concede condições para que a MCH possa alinhar preços com a concorrência, praticando idêntico PVP (sem colocar a respetiva rentabilidade e «*imagem de preço*» em causa).

1641. A mensagem é explícita a este propósito; «[e]*sta situação arrasta-se à várias semanas para não dizer meses, por um lado não conseguem subir o preço nos concorrentes nem evitar os vários folhetos a 3.99€ por outro lado não nos concedem condições para praticarmos os PVP's da nossa concorrência mantendo a rentabilidade dos artigos*».

1642. Note-se, aqui que, como tem vindo a demonstrar-se, o interesse principal das insígnias (no caso, da MCH) na manutenção do alinhamento passa por levar o fornecedor a corrigir os desvios detetados e, apenas na ausência de sucesso deste, na exigência de condições não para concorrer com os preços da concorrência, designadamente praticando preços mais reduzidos, mas para acompanharem esses preços (nas palavras da MCH, exigindo «*condições para praticarmos os PVP's da nossa concorrência*»)[848].

1643. Em resposta ao referido e-mail, o Diretor Off-Trade da Active Brands prontifica-se a corrigir os desvios em causa: «[j]*á pedi ao meu vendedor para verificar o PVP que refere (que me parece efectivamente baixo.* (…) *Relativamente a algumas situações de 3,99€ que ainda subsistem*

[848] Ou seja, as insígnias (MCH neste caso) pretendem sempre um alinhamento de preços no mercado retalhista. Não sendo possível o alinhamento de preços no nível superior, pretendem condições comerciais para os alinhar no nível inferior. Mas o alinhamento é sempre o objetivo.

(decorrentes de folheto Leclerc de 17 a 23 de Agosto) estamos a tentar resolvê-las directamente nas lojas (Intermarché e Jumbo)», propondo ainda uma ação promocional sujeita ao alinhamento de PVP «para minimizar a situação que aponta».

1644. No entanto, a MCH reitera a pressão sobre a Active Brands, invocando que «(o) *preço que nos recomenda para o artigo 4.49€ dá-nos uma MFO de -52.15% e net -13.73%, o que eu não acho razoável, qualquer preço abaixo disso é uma desgraça para a Margem da categoria, como tal, deve compreender, que os preços que a nossa concorrência pratica representam um problema grave*» e ainda que «[n]*este momento temos dois problemas com a venda das vossas duas marcas principais (Porto Velhotes e Licor Beirão), não conseguimos estar competitivos*».

1645. Mais, na sequência da análise dos produtos considerados problemáticos, a MCH transmite à Active Brands a seguinte mensagem:

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: sexta-feira, 28 de Agosto de 2009 10:22
Para
Cc
Assunto: RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

Envio o mapa resumo, tal como me pediu.

Tirei os dados de sistema hoje (penso que terá vendas até 27-Jul), e incluí também o mês de Junho, dado que o último ajuste que tínhamos feito era relativo à sua conta de exploração de Maio. A esta data ainda não tenho a conta de exploração de Junho, pois devia ter saído nos primeiros dias de Agosto, mas com as férias tudo atrasa. Penso que nos primeiros dias de Setembro, com alguma sorte já poderei tê-la actualizada a Julho, e depois aí faremos novo status (porque na altura não compensou todo o buraco!).

Com os PVP's médios, chego ao valor de 77,694€, considerando os 7 artigos que nos dão margem muito negativa. Ou seja, este é o valor que necessito mesmo que me compense para já relativamente a estes artigos, para que de Jun-Ago a situação fique saldada.

Temos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias – a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o Nuno não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços...

Hoje vamos ter novamente de baixar o preço para os 8,28 em todo o lado, pois todo o mercado se encontra a este preço ou abaixo do mesmo. A outra opção é criarmos uma acção em cartão. Colocamos em todo o lado a 8,98 mas com acção em cartão com um desconto que permita chegar aos 8,28. Sugiro que esta acção fique em vigor até ao próximo shopping. Assim, daqui para a frente compensa uma parte em acção em cartão, e outra de acordo com o simulador, tendo em conta o PVP de 8.98.

Para além disso, preciso também que me confirme que nos irá compensar pelas compras já feitas e pelas que continuamos a fazer, ao PVP que tivermos que praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD.

Fico a aguardar a sua resposta. A acção em cartão tem de ser estar gravada até às 12:00, pelo que aguardo a sua resposta urgente.
Vou entrar agora para reunião mas penso não demorar muito.

Obg

1646. Ora, do teor do e-mail transcrito resulta que: (i) a MCH fez shopping do PVP do produto «Licor Beirão» nas várias empresas de distribuição («[t]*emos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias*»); (ii) a MCH pressionou a Active Brands para que esta atuasse junto da Auchan, levando-a a corrigir/subir o PVP praticado, tendo em vista a subida de PVP também pela Pingo Doce («*a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços...*»); (iii) sem prejuízo, até o alinhamento de tal subida de PVP estar concertado, a MCH informou a Active Brands que acompanharia o mercado, baixando o preço do produto em causa, aceitando como única alternativa a realização de uma ação em cartão suportada pela Active Brands; e (iv) a MCH solicitou ainda confirmação de compensação da Active Brands pelo PVP já praticado e que venha a praticar como

reação aos preços praticados no mercado, numa tentativa adicional de pressionar a Active Brands a alinhar o mercado e, em particular, atuar junto da Pingo Doce para garantir o alinhamento («*será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD*»).

1647. Refira-se que a troca de *e-mails* em causa termina com a concessão pela Active Brands de apoio suplementar e com uma garantia de tentativa de reposicionamento do preço do produto em causa: «[r]*elativamente ao Licor Beirão peço-lhe (mais uma vez) alguma compreensão atendendo aos esforços de reposicionamento que estamos a desenvolver. Peço-lhe se possível o favor de manter o PVP actual pelo menos até à próxima terça-feira (muito em particular nas lojas MCH Colombo e MH Rio Tinto - pelos motivos que falámos ontem)*».

1648. No documento MCH1579, de 1 de setembro de 2009, uma colaboradora da MCH confronta o Diretor de *Off-Trade* da Active Brands com o PVP praticado pelo E.Leclerc num folheto para a venda dos produtos «Licor Beirão» (7,89 euros) e «Porto Velhotes» (3,65 euros), e propõe duas «*soluções possíveis*»: o alinhamento do preço com o E. Leclerc durante o período do folheto ou, alternativamente, a retirada do produto da prateleira durante o período do folheto (que aconteceria se a Active Brands não respondesse à solicitação de alinhamento de preço até às 16h30 do mesmo dia), conforme transcrito *infra*:

De: mail @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: terça-feira, 1 de Setembro de 2009 14:30
Para: (ActiveBrands)
Cc:
Assunto: FW: Licor Beirão (Folheto Abertura E.LECLERC Santarém)
Importância: Alta

Vamos ter de reagir a este folheto, tanto a Licor Beirão como Porto Velhotes.

Soluções possíveis:

1

- alinharmos o preço com o e.leclerc durante o período do folheto

- retirarmos o produto da prateleira durante o período do folheto

Agradeço resposta urgente, pois a reacção tem de ser feita até às 16:30. Se não nos responder até esta hora, irei pedir às lojas do cluster para retirar o produto de venda.

Obrigada

1649. Sob a ameaça da retirada do produto de venda, e na sequência de uma conversa telefónica, a Active Brands apresenta uma proposta de ação de cartão comparticipada pela Active Brands, de forma a permitir o alinhamento pela MCH do PVP a 7,89 euros («Licor Beirão») e 3,65 euros («Porto Velhotes»):

From: (ActiveBrands) [mailto: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 1 de Setembro de 2009 16:30
To:
Cc:
Subject: RE: Licor Beirão (Folheto Abertura E.LECLERC Santarém)

Boa tarde
Na sequência da nossa conversa telefónica de há pouco posso excepcionalmente propor-lhe uma acção de cartão nestes artigos de 3 a 13 de Setembro.
PVP Beirão 8,98 / com cartão [7,1-8,7] ([0,98-1,2] [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE DESCONTO]).
PVP Velhotes Tawny-Ruby-White 4,49 / com cartão [3,3-4] ([0,76-0,93) [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE DESCONTO]).
Lojas : MCH Santarém, MH Cartaxo, MH Salvaterra e MH Almeirim.
Obg. e melhores cumprimentos,

1650. No documento ActiveBrands871, datado de 13 de janeiro de 2010, a MCH envia à Active Brands um ficheiro contendo o PVP praticado por várias insígnias na venda do produto «Porto Velhotes» com o seguinte teor: «[n]*ão desprezando todas as situações graves de shopping identificadas em ficheiro anexo para as quais conto com a sua colaboração no sentido de regularizar, identifico uma situação flagrante no Cluster de Guimarães, Bolama e Jumbo mantêm o preço 3.95€, como sabe este é um preço muito abaixo do nosso preço de custo e totalmente impraticável, por outro lado não poderemos manter o produto à venda com esta diferença de PVP face aos nossos concorrentes, nesse sentido solicito a sua colaboração na correcção do mesmo ou a comparticipação de 0.54€ por garrafa vendida. Aguardo a sua resposta para que seja tomada uma posição relativamente à permanência do produto nas lojas de Guimarães e Fafe*».

1651. Veja-se também o documento ActiveBrands878, o qual consiste num documento interno (Active Brands), de 10 de fevereiro de 2010, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite ao seu Diretor Geral/Administrador a ameaça de corte de retirada de linha de produto «Marquês de Borba» pela Intermarché[849] como forma de pressionar a Active Brands a financiar o alinhamento de PVP com o praticado pelo Leclerc[850]:

[849] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[850] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

No Subject-35.EML

From:

To:

Date: Wed, 10 Feb 2010 10:31:16 +0000

ITM vai tirar de linha MB tinto caso não acompanhemos condições para PVP 4,59€ Leclerc.

Um abraço,

1652. O documento ActiveBrands807 consiste num *e-mail* de 11 de janeiro de 2011 com o assunto «RE*: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€*», em que a Active Brands solicita o reposicionamento do PVP da Auchan no produto «Licor Beirão» de acordo com o seu PVP «recomendado».

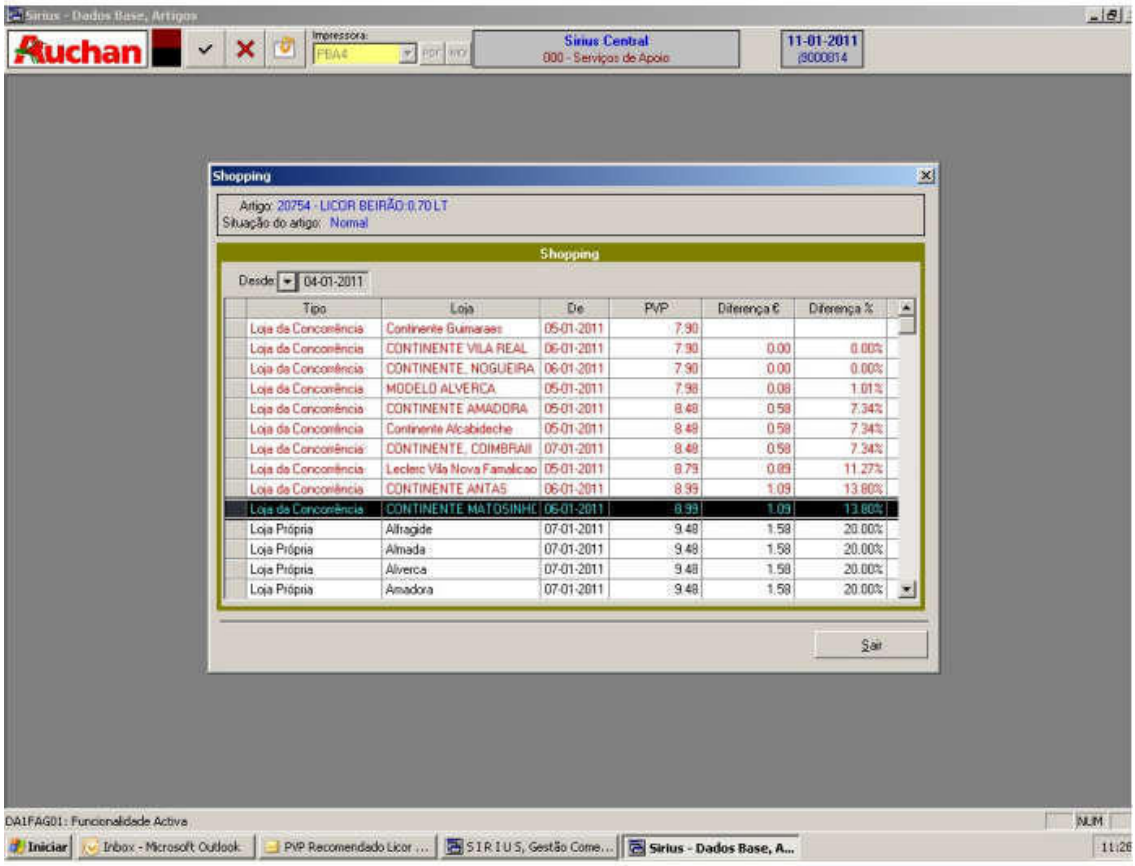
1653. Em resposta, um colaborador da Auchan envia o *shopping* dos PVP praticados pelos seus concorrentes MCH e Leclerc[851], com a seguinte ameaça de descida de PVP*:* «[t]*enho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua abaixo deste preço. Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*»:

[851] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

RE: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 11 Jan 2011 11:30:17 +0000

Tenho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço.
Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder.



De @activebrands.pt]
Enviada: terça-feira, 11 de Janeiro de 2011 10:48
Para
Assunto: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

Bom dia
Se possível peço o favor de verificares o PVP de Licor Beirão. Actualmente recomendamos 9,48€.
Obg. e melhores cumprimentos,

1654. O teor da mensagem que acaba de descrever-se é inequívoco no que respeita à prioridade que é dada pelas insígnias (no caso a Auchan) à necessidade de a Active Brands corrigir os desvios ao alinhamento no mercado e à pressão e ameaças de retaliação que fazem quando essa «correção» não é (rapidamente) promovida («*espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*»).

1655. Veja-se ainda o conteúdo do documento ActiveBrands936, que consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da Pingo Doce, datada de 26 de março de 2013, com o assunto «*FW: Shopping Sem 12*» e o seguimento interno (Active Brands) dado ao assunto:

Autoridade da Concorrência

FW: Shopping Sem 12

From:

To:

Date: Tue, 26 Mar 2013 17:17:06 +0000

Já pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby...envia-me por favor o talão.
No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)...verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão.
Obg. e um abraço,

Altera por favor amanhã e envia-me talão...
Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby.
Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto.
Obg. e um abraço,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: terça-feira, 26 de Março de 2013 16:23
Para:
Assunto: Shopping Sem 12

Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente:

			Preços						
			Prateleira		Com desconto		Index vs PD (100)		
Descrição Artigo	Insígnia	Loja	PVP	PVP Convertido	PVP c/ desconto	PVP c/desc convertido	PVP PD	Index	Index Desconto
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	2,95	2,95	2,95	2,95	2,98	99	99
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	2,78	2,78	2,78	2,78	2,98	93	93
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	MINIPREÇO	MP Ermesinde (Formiga)	2,79	2,79	2,79	2,79	2,98	94	94
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,99	4,99	4,99	4,99	5,49	91	91
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alfragide	5,29	5,29	5,29	5,29	5,49	96	96
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	4,97	4,97	4,97	4,97	5,49	91	91
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,49	4,49	4,49	4,49	5,49	82	82
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	JUMBO	Jumbo Alfragide	5,29	5,29	5,29	5,29	5,49	96	96
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	4,97	4,97	4,97	4,97	5,49	91	91
AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	JUMBO	Jumbo Alverca	13,47	13,47	13,47	13,47	14,99	90	90

1656. Do teor do documento que acaba de transcrever-se resulta que: *(i)* a Pingo Doce monitorizava os PVP praticados pelas restantes insígnias e reportou à Active Brands desvios em relação ao preço por esta definido; *(ii)* a Pingo Doce solicitou a intervenção da Active Brands junto das insígnias desviantes, mediante reposicionamento de PVP e envio de respetivo talão comprovativo, sob pena de reagir baixando o PVP em relação ao concertado; *(ii)* esta prática era recorrente entre a Active Brands e a Pingo Doce, daí a referência a baixar os PVP «*novamente*» (tal como também resulta do ActiveBrands778); e *(iv)* na sequência da referida solicitação, a Active Brands desencadeou um procedimento junto da Auchan, da Dia/Minipreço e da MCH, de forma a garantir o reposicionamento do PVP por parte destas insígnias e recolha de talão comprovativo do mesmo.

1657. O documento ActiveBrands965, com o assunto *«PVP Velhotes Auchan»*, de 29 de novembro de 2013, consiste num *e-mail* interno (Active Brands) com o seguinte teor:

PVP Velhotes Auchan

From:

To:

Date: Fri, 29 Nov 2013 11:55:29 +0000

Equipa,

O Auchan trancou centralmente os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€ durante uma semana como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação.

Obg. e um abraço,

1658. Atente-se também no teor do documento ActiveBrands910, de 8 de abril de 2014, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands comunica ao seu Diretor-Geral/Administrador que «*tenho de dizer algo ao PD que se está a preparar para fazer desconto imediato de 25% no Velhotes como resposta ao ITMP. Preciso da tua ajuda. Obrigado. Abraço.».*

1659. O documento transcrito, em linha com o suprarreferido documento ActiveBrands936, torna patente que quando a Pingo Doce detetava desvios no mercado contactava a Active Brands para determinar se deveria aguardar a correção do PVP em causa nas insígnias concorrentes, ameaçando baixar o PVP subitamente como forma de reação caso tal não acontecesse.

1660. O documento ActiveBrands989 consiste numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH, ocorrida entre 19 e 27 de novembro de 2013, com o assunto «*Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro*». No referido *e-mail*, a MCH envia à Active Brands o seu *shopping* do PVP praticado pela Pingo Doce nos produtos «*Porto Velhotes*» (4,49 euros) e «Douro Burmester» (3,39 euros), solicitando a realização da mesma ação comparticipada pela Active Brands em *sell-out*, de forma a poder praticar PVP idêntico ao da Pingo Doce («[s]*olicitamos a mesma ação com compensação em sell out de 1.00€ por unidades vendidas no mesmo período. PVP 5.49€ - 4.49€*» e «[s]*olicitamos a mesma ação com compensação* ***em sell out de 1.09€ por unidades vendidas*** *no mesmo período. PVP 4.48€ - 3.39€*»).

1661. Perante a recusa da Active Brands, a MCH envia o seguinte *e-mail,* deixando claro que vai alinhar o seu PVP com o do mercado e conta com a comparticipação da Active Brands em conformidade*:*

De:
Enviada: segunda-feira, 25 de Novembro de 2013 16:46

Para:
Cc:
Assunto: RE: Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro

Boa tarde

Não podemos fazer acções , por reacção ao mercado e ter essa resposta.
A marca é vossa e outra insígnia está a promover e a fazer acção com destaque em folheto, que infelizmente não nos propuseram.
Peço a vossa colaboração, dado que estivemos a incentivar as vossas vendas, embora não tenhamos divulgado em folheto.
Obrigada

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

1662. Resulta deste *e-mail* (bem como de outros que se transcrevem em seguida) que, ao solicitar ajustes no financiamento de ações pela Active Brands, a MCH não pretendia ter melhores condições comerciais para assim oferecer o PVP mais baixo possível aos seus clientes, mas sim alinhar o seu PVP em conformidade com o dos seus concorrentes, mantendo a respetiva margem, recorrendo ao fornecedor para esse efeito.

1663. Importa salientar que, ainda que os preços sejam por vezes alinhados para baixo (como parece ser o caso no *e-mail* que acaba de transcrever-se), caso não existisse permanente alinhamento de PVP pelas empresas de distribuição nos termos descritos na presente Decisão, uma ou várias destas empresas concorrentes poderiam baixar o preço a um nível inferior àquele que resulta do alinhamento (quer do alinhamento pelo preço «recomendado», quer do alinhamento pelo preço «desviado») e assim, efetivamente, concorrer com base nesse fator.

1664. O documento ActiveBrands144, de 24 de março de 2014, com o assunto «*Shopping*», consiste no envio por um *KA* da Active Brands a uma colaboradora da Auchan da seguinte questão: «[o] *PVP recomendado por o meu Marketing para o Porto Calem 10 anos é de 18,99€, o seu preço é de 18,39€, isto é resposta a algum shopping?*»:

Autoridade da Concorrência

Shopping

From:

To:
Bcc:
Date: Mon, 24 Mar 2014 15:56:41 +0000

Boa tarde Sra.

O PVP recomendado por o meu Marketing para o Porto Calem 10 anos é de 18,99€, o seu preço é de 18,39€, isto é resposta a algum shopping?

Cumprimentos

|Gestor de Clientes|**Active Brands**

1665. Do documento que acaba de transcrever-se (em conjunto com os *supra* citados documentos_ActiveBrands807 e ActiveBrands965) resulta que a Auchan monitorizava os PVP praticados pelas insígnias concorrentes e, quando a Active Brands se revelava incapaz de manter/corrigir o alinhamento de acordo com o nível do PVP Recomendado, reagia acompanhando o PVP das suas concorrentes (alinhamento pelo preço «desviado»).

1666. Os documentos MCH2914 e MCH2915, que integram a mesma conversação, consistem numa troca de *e-mails* interna da MCH, ocorrida entre 3 e 21 de abril de 2014, e detalham o processo de resposta interno da MCH na sequência da monitorização dos PVP praticados pelas empresas de distribuição concorrentes.

1667. Neste âmbito, são reportados por um colaborador de uma loja da MCH a um Diretor os PVP praticados pela Intermarché[852] em vários produtos (incluindo «*Loios branco e tinto*» distribuído/comercializado pela Active Brands, com o PVP na Intermarché de 2,89 euros *versus* o PVP de 2,98 euros praticado pela MCH, entre outros produtos de outros fornecedores), com a indicação de que «[n]*ecessitamos alinhar com urgência estes artigos*» (cf. documento MCH2915).

1668. O tema é discutido entre o referido Diretor e uma colaboradora da MCH, que refere que os PVP estão alinhados com os da Pingo Doce e assegura que foram enviados *e-mails* «*aos fornecedores para resolução da situação e sugestões de novas propostas*», e ainda que «[o]*s artigos Loios branco e tinto (4088290\4047481), estão suspensos do fornecedor ACTIVE BRANDS, não temos condições para praticar pvp de 2.89€ (DMP)*» (cf. documento MCH2914).

[852] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1669. Deste modo constata-se que, sendo detetado um PVP no mercado inferior ao praticado pela MCH (e, conforme resulta do acervo global da prova, desviante dos PVP Recomendados definidos ou concertados com o fornecedor), esta empresa de distribuição recorre ao fornecedor para obter ou a correção dos preços desviados ou o financiamento necessário para poder praticar idêntico PVP sem perda de margem.

1670. Uma vez que os artigos em causa, distribuídos/comercializados pela Active Brands, se encontravam suspensos (o que, em linha com os procedimentos já referidos no âmbito da relação comercial entre a MCH e a Active Brands, pode ter resultado da incapacidade desta última em impor os PVP Recomendados no mercado de forma transversal), a MCH determinou que não tinha forma de acompanhar o PVP mais baixo da Intermarché – o que demonstra que a MCH não pretendia tomar autonomamente as suas decisões comerciais, de modo a poder praticar preços mais competitivos para os seus clientes, mas antes utilizar a sua relação com os fornecedores como um mecanismo para garantir o permanente alinhamento de PVP com os seus concorrentes.

1671. O documento MCH918 consiste numa troca de *e-mails* interna (MCH), ocorrida entre 17 e 20 de junho de 2014, com o assunto «*FW: [DDC][Preço] - Artigos Cronicamente Descompetitivos vs Pingo Doce - Status Maio/2014*», e contém um elenco dos produtos que a MCH considera descompetitivos face à Pingo Doce «*há muitos meses*», incluindo o vinho «Marquês de Borba» distribuído/comercializado pela Active Brands, entre outros vinhos (incluindo o vinho «*VB Couteiro Mor*» distribuído pela Vinalda).

1672. Uma colaboradora da MCH reporta ao seu Diretor (Tomás Lince) que, «[r]*elativamente ao artigo 4495343 - VB COUTEIRO-MOR COLH REG ALENT 11 75CL , o fornecedor referiu que não é da exclusividade da distribuição da Vinalda, mas sim do produtor que fornece diretamente o PD. O fornecedor ficou de contatar o produtor novamente para resolução. Os restantes artigos do fornecedor Ative Brands estiveram suspensos, a situação ficou regularizada*».

1673. Conforme transcrito abaixo, quando o referido Diretor procura esclarecer as medidas de resolução tomadas («[n]*ão podemos ter artigos cronicamente descompetitivos. Peço que resolva de imediato a situação do VB Couteiro Mor, sem perda de margem. Nos artigos Active Brands (presumo que o VT Marquês de Borba e VT Loios), o que entende por estar regularizado?*»), a colaboradora da MCH refere que «[o] *fornecedor não comparticipa com qualquer verba extra para mantermos a mesma margem, já foi contatado (telefone e email). Suspendemos? Regularizado, estes dois artigos da Ative Brands já tínhamos falado com o fornecedor para igualar aos pvp´s do PD, após levantamento da suspensão. Pvp´s já difundidos para as lojas*»:

From:
Sent: quinta-feira, 19 de Junho de 2014 18:01
To:
Subject: RE: [Preço] – Artigos Cronicamente Descompetitivos vs Pingo Doce - Status Maio/2014

O fornecedor não comparticipa com qualquer verba extra para mantermos a mesma margem, já foi contatado (telefone e email). Suspendemos?

Regularizado, estes dois artigos da Ative Brands já tínhamos falado com o fornecedor para igualar aos pvp´s do PD, após levantamento da suspensão. Pvp´s já difundidos para as lojas.

DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
[CONFIDENCIAL – DADOS PESSOAIS]

From:
Sent: quinta-feira, 19 de Junho de 2014 17:42
To:
Subject: RE: [Preço] – Artigos Cronicamente Descompetitivos vs Pingo Doce - Status Maio/2014

Boa tarde

Não podemos ter artigos cronicamente descompetitivos. Peço que resolva de imediato a situação do VB Couteiro Mor, sem perda de margem.

Nos artigos Active Brands (presumo que o VT Marquês de Borba e VT Loios), o que entende por estar regularizado?

1674. De referir que, na sequência da conversa transcrita, o Diretor da MCH decide suspender o fornecedor do produto «Couteiro Mor» (cf. documento MCH922).

1675. Recorde-se que, conforme resulta do documento MCH1523 e de outros transcritos *supra* (ActiveBrands989, MCH2914 e MCH2915), a MCH reportava os PVP praticados pelas restantes empresas de distribuição ao fornecedor com o objetivo de pressioná-lo a corrigir os preços das empresas em causa ou, no mínimo, a conceder condições comerciais que permitam à MCH alinhar os seus PVP com tais empresas.

1676. O documento que acaba de transcrever-se vem, por um lado, confirmar que o objetivo da MCH é sempre alinhar o seu PVP com o dos concorrentes (no caso, garantiu junto da Active Brands que poderia igualar os PVP da Pingo Doce) e, por outro lado, é revelador do passo final, do culminar do *modus operandi* já referido em que, falhando a tentativa de alinhamento de PVP com recurso ao fornecedor, a MCH suspendia as compras ao fornecedor em causa.

1677. O documento ActiveBrands629, com o assunto «*Active Brands – RECOLHAS*», de 23 de setembro de 2014, demonstra um reporte de *shopping* pela MCH à Active Brands, onde

assinala os concorrentes que praticam PVP inferior ao da MCH (Jumbo/Auchan e Leclerc[853]) e solicita a realização de uma ação em *sell-out «para que consigamos estar competitivos até dia 13/10»* (leia-se, para igualar o PVP dos concorrentes durante o período em causa):

Active Brands - RECOLHAS

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 23 Sep 2014 16:19:25 +0100

Boa tarde,

Temos estas situações no mercado com valores inferiores aos nossos. Agradecemos a vossa colaboração e validação duma ação em Sell Out para que consigamos estar competitivos até dia 13/10.

Segue em anexo quadro

Artigo	Descrição	Jumbo	Sell out
4290913	Vinho do Alentejo Marquês de Borba Tinto DOC 2012 75cl	€ 4.39	0.60 €
4086544	Vinho do Alentejo Marquês de Borba Branco DOC 2013 75cl	€ 4.39	0.60 €
4512626	Vinho do Douro Tons de Duorum Tinto DOC 2012 75cl	€ 3.39	0.59 €

Artigo	Descrição	Leclerc	Sell Out
4088290	Vinho Regional Alentejano Loios Tinto 2012 75cl	€ 2.48	0.50 €
4047481	Vinho Regional Alentejano Loios Branco 2013 75cl	€ 2.48	0.50 €

DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
Email: @sonaemc.com
Ext: Telefone:

1678. Relativamente à importância do reporte à Active Brands do *shopping* realizado pelas empresas de distribuição aos concorrentes como instrumento para a renegociação de condições tendo como objetivo o alinhamento de PVP, atente-se no teor do documento ActiveBrands261, de 13 de outubro de 2014, em que uma colaboradora da MCH transmite ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands que «[n]*esta fase, os artigos deverão ser cadastrados com condições de preço de tabela e PVP recomendado que nos indicaram, no entanto, estas condições poderão ser ainda alteradas, no decorrer dos resultados de shopping de mercado, após a criação dos mesmos. Esta situação, a existir, será negociada com vocês*».

1679. No documento que acaba de transcrever-se, a MCH sinalizou que a sua observância relativamente aos PVP recomendados pela Active Brands estava condicionada à

[853] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

convergência do restante mercado quanto aos preços em causa e, sendo detetados desvios, a MCH esperava «negociar» com a Active Brands a melhor forma de repor o alinhamento de PVP.

1680. Quanto à imposição de novas comparticipações, veja-se o documento ActiveBrands1000, que consiste numa conversa de 3 de novembro de 2014, com o assunto «*RE: Proposta Acção Tons - S52 com folheto*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands propõe a uma colaboradora da MCH uma ação promocional com a indicação expressa de que «[e]*stou a fazê-lo excepcionalmente de 4 a 10 de Novembro para que não fique prejudicada (com uma acção da concorrência que não saiu conforme o acordado).».*

1681. O teor desta mensagem é impressivo na imagem que retrata do funcionamento do mercado e, em particular, dos esforços concertados dos agentes económicos envolvidos, fornecedor e empresas de distribuição, em, proactivamente, o manterem alinhado. Existindo um concorrente que não cumpriu «*o acordado*» – e a Active Brands di-lo expressamente à MCH –, avança com uma ação promocional junto desta para que a mesma «*não fique prejudicada*».

1682. O documento ActiveBrands1397 inclui uma troca de *e-mails* entre a Active Brands e a MCH, com data entre 9 e 19 de dezembro de 2014. No referido documento, uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands um *e-mail* com o assunto «*PD 09 a 15 Dezembro*» e com a mensagem «[p]*ara vosso conhecimento e analise, pretendemos fazer a mesma ação, validam comparticipação em sell-out?*», ação essa que vem a ser validada pelo referido Diretor (que aceita financiar o desconto ao consumidor final mediante o débito de 1,50 euros – diferença de PVP – por cada unidade vendida no período da ação).

1683. O documento ActiveBrands643 consiste no envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, em 20 de janeiro de 2015, de um *e-mail* com o assunto *«Artigos Active Brands _ Lidl»*, conforme o teor que se transcreve:

Autoridade da Concorrência

Artigos Active Brands _ Lidl

From:
To:
Cc:

Date: Tue, 20 Jan 2015 17:25:43 +0000

Boa tarde

Verificamos que nas recolhas de shopping o operador LIDL, mantem os pvps promocionais de Natal de 2014.

Esta situação está a gerar muito desconforto nas nossas lojas e somos fortemente pressionados a reagir.

Mantendo-se este posicionamento teremos de acompanhar o mercado.

Face a esta questão solicitamos envio de desconto em factura, até alteração das condições de mercado, ou sell out /un vendida (abaixo proposta de diferença de preço).

Sem estas condições extra, não teremos possibilidades de continuar a vender os vossos produtos, pelo que sua comercialização na SONAE, está a ser revista, até resolução da questão.

Aguardamos a vossa melhor sugestão de resolução, sem afetar a nossa competitividade.

Cat	Fornecedor	Artigo	PVP 2015l SONAE	PVP Conc.
305	16905 - ACTIVE BRANDS	4290913 - VT MARQUES DE BORBA DOC ALENT 11 75CL	4.99 €	3.99 €
307	16905 - ACTIVE BRANDS	3640159 - PORTO CALEM VELHOTES RESERVA 75 CL	9.99 €	8.49 €

1684. No *e-mail* transcrito a MCH reportou à Active Brands os PVP promocionais do Lidl[854] (i.e., os PVP desviados dos PVP regulares comunicados pela Active Brands às empresas de distribuição) e pressionou a Active Brands para corrigir os mesmos, sob pena de acompanhar tais preços («[m]*antendo-se este posicionamento teremos de acompanhar o mercado*»). Sem prejuízo, para efeitos do alinhamento com tal PVP, a MCH exigiu ainda o financiamento pela Active Brands «*até alteração das condições do mercado*», com a ameaça de deixar de vender os produtos em causa «*até resolução da questão*».

1685. O documento ActiveBrands38, de 20 de janeiro de 2015, inclui o envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands da seguinte mensagem: «[a]*s ref[a] apareceram na concorrência. Agradeço validação de ação de 25% e financiamento em função do sellout. Pedia validação ainda de manhã, para contemplarmos na QEV.*». Em resposta, o referido Diretor refere que «[a] *acção que refere (de 22 a 28 de Janeiro) não saiu exactamente conforme acordado. De qualquer forma, no sentido de não ficar prejudicada proponho se possível que realizemos uma acção de desconto imediato de 20% de 22 a 28 de Janeiro (com um investimento de 0,80€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out do artigo no período da acção)*».

[854] Sem prejuízo de a insígnia Lidl não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1686. No documento ActiveBrands775, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands faz referência a esta constante prática da MCH de exigir financiamento para alinhar os PVP com os dos concorrentes num *e-mail* enviado em 9 de fevereiro de 2015, conforme se transcreve *infra*:

From:
Sent: segunda-feira, 9 de Fevereiro de 2015 14:33
To:
Subject: Marquês de Borba Tinto FQE

Boa tarde
Relativamente ao Marquês de Borba Tinto na FQE...no futuro não me peça por favor reações a reações.
Obg. e melhores cumprimentos,

1687. No âmbito da troca de *e-mails* refletida no documento em causa, a Active Brands concretiza que o seu descontentamento se deve à realização de uma ação promocional não acordada («*20% um mês? Não foi isto que acertámos no dia 20 de Janeiro*»). Em resposta, refere a colaboradora da MCH que o desvio ao PVP concertado se prende com a reação a um folheto do Lidl[855], cujo PVP decidiu acompanhar, assumindo sempre o financiamento pela Active Brands:

De: @sonaemc.com]
Enviada: 10 de fevereiro de 2015 09:06
Para:
Cc
Assunto: RE: Marquês de Borba Tinto FQE

Bom dia,
Continuamos sem perceber a sua questão. O valor dos 20% na QEV aparece por causa do folheto do Lidl que estava com esse preço. Não podíamos sair mais caros.
É esse o sellout que vamos considerar.

Obrigada.

Cumprimentos.

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel: ext.
Mail: @sonaemc.com

1688. Os documentos ActiveBrands836 e MCH549, de 23 e 24 de fevereiro de 2015, incluem o envio por um colaborador da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do seguinte *e-mail*:

[855] Sem prejuízo de a insígnia Lidl não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

De: @sonae.pt]
Enviada: 23 de fevereiro de 2015 10:19
Para:
Cc:
Assunto: Tons Duorum

Bom dia

Estamos desprotegidos. Precisamos de condições sell-out para praticar 3.18 a partir de amanhã. Aguardo feedback.

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço Vinhos
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas

1689. Em resposta, o colaborador da Active Brands responde que «[o] c*oncorrente que refere* [Pingo Doce] *está desprotegido relativamente a Marquês de Borba Tint*o (CNT, 4 semanas, 3,99€). *Como fazemos?*». O colaborador da MCH reage, então, dizendo que «[c]*ada operador é livre de assumir as suas responsabilidades. Neste momento, o nosso problema é no Tons Duorum. Esperamos a vossa ajuda*».

1690. Estes documentos são demonstrativos da forma como a estratégia era conjunta, embora funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de responder (igualando) a preços praticados por eventuais insígnias desviantes da concertação, ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente. O que não impede o facto de o conteúdo dos mesmos refletir, uma vez mais, a constante promoção do alinhamento de PVP pela Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

1691. O documento ActiveBrands328, com o assunto «*RE: Active brands - Pouca Roupa e actividade promocional fim de semana e extra investimento*», consiste numa troca de *e-mails* entre a Active Brands e a MCH, ocorrida entre 27 de março e 27 de maio de 2015, relativa à

negociação de descontos promocionais, referindo uma colaboradora da MCH que esta insígnia baixou o seu PVP do produto «Marquês de Borba Tinto» em reação aos desvios constatados no mercado: «[p]*ara o extra investimento podemos debitar os 23k€? Temos a conta com prejuízo e ao contrário do que menciona, fomos obrigados a colocar o Marquês de Borba Tinto em promoção, dado que estávamos em feira e o mercado baixou o PVP*».

1692. Os documentos ActiveBrands395 e MCH2192 consistem numa troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH, ocorrida entre 15 e 18 de setembro de 2015, com o assunto «*RE: Gama Active Brands*». Nestes documentos, a colaboradora da MCH transmite ao referido Diretor da Active Brands o resultado do *shopping* efetuado na Intermarché[856], relativo a produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands (vinhos «Loios», «Marquês de Borba» e «Tons de Duorum»), e exige uma comparticipação da Active Brands que permita a prática de idêntico PVP pela MCH («[t]*entei contactá-lo, mas sem sucesso. Como compreenderá não podemos estar em feira, com comunicação de preços, superiores aos concorrentes. Aguardo um contacto vosso até amanhã, à primeira hora, para podermos oferecer aos nossos clientes as melhores condições de mercado*»).

1693. Perante a recusa da Active Brands em comparticipar mediante «*débito, por diferença de PVP*», a MCH avisa que «[c]*om estas alterações que pretende agora, Com estas alterações que pretende agora,* [SEGREDO DE NEGÓCIO – GESTÃO DA RELAÇÃO COMERCIAL COM O FORNECEDOR, NOMEADAMENTE QUANTO A CAMPANHAS]» e ainda que vai «[SEGREDO DE NEGÓCIO – GESTÃO DA RELAÇÃO COMERCIAL COM O FORNECEDOR, NOMEADAMENTE QUANTO A CAMPANHAS]», acabando por informar:

Saliento a saída destas refª de brancos que já tínhamos partilhado a falta de enquadramento das mesmas.

4047481	Vb Loios Reg Alent 75Cl
4853766	Vb Tons Duorum Doc Dou 75Cl

1694. Particularmente ilustrativo é ainda o conteúdo do documento ActiveBrands939, relativo a uma troca de *e-mails* entre o Diretor *Off-Trade* da Active Brands e uma colaboradora da MCH, entre 22 e 24 de setembro de 2015, com o assunto «*RE: Urgente: Preços de Gin*». A colaboradora da MCH transmite ao referido Diretor da Active Brands o resultado do *shopping* efetuado na Jumbo (Auchan), relativo a produtos comercializados pela Active Brands (gin «Larios» e «Blackwoods»), com a mensagem «[a]*gradeço que analise a informação que lhe envio abaixo com os PVPs dos Gins no mercado.*».

1695. Na falta de resposta pelo referido Diretor, a colaboradora da MCH insiste, referindo que «[é] *politica da Sonae estar competitiva com os seus players. Neste sentido agradecemos a vossa ajuda para poder praticar as ações que indico abaixo.*». O PVP promocional das ações

[856] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

enviadas pela MCH é idêntico ao praticado pelo Jumbo, de acordo com o shopping anteriormente reportado, o que revela a intenção de alinhar os PVP.

1696. Tendo o Diretor *Off-Trade* da Active Brands proposto uma ação promocional para um dos produtos em causa (gin «Larios»), a MCH insiste que não pode aceitar o atual PVP do Jumbo relativamente ao outro produto (gin «Blackwoods»), o que leva o referido Diretor a comprometer-se a corrigir a situação em causa, dando em seguida instruções aos seus *KA* para intervirem junto das lojas dessa insígnia:

FW: Urgente: Preços de Gin

From:
To:
Date: Thu, 24 Sep 2015 20:51:51 +0100

Equipa,
Efectuem por favor as recomendações de marketing nas lojas Jumbo para Larios e Blackwood's.
Obg. e um abraço,

De:
Enviada: 24 de setembro de 2015 20:50
Para:
Assunto: RE: Urgente: Preços de Gin

Boa tarde
No Blackwood's não consigo...vou verificar as situações que indica...
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: 24 de setembro de 2015 20:05
Para: @activebrands.pt>
Assunto: RE: Urgente: Preços de Gin

Boa tarde

Parece-me que seria bastante interessante avançar com a ação em Larios,

No entanto, não deixaríamos de ter um problema grave de descompetitividade em Blackwoods com Jumbo a praticar um PVP médio de 35.75 face ao nosso 37.99 e Garrafeira Nacional a 36.95.

Obrigada,

1697. O documento ActiveBrands726, de 25 de novembro de 2015, consiste no envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands de uma mensagem com o assunto *«PVPs de Mercado»*, contendo o *shopping* realizado relativamente aos PVP de vários produtos representados pela Active Brands praticados pela Intermarché[857], pela Jumbo/Auchan, pela Leclerc[858] e pela Dia/Minipreço[859], bem como um pedido de *«ajuda para praticar os PVPs que indico a amarelo»* (*i.e.* para acompanhar os PVP dos concorrentes em determinados produtos) conforme transcrito *infra*:

[857] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[858] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[859] Sem prejuízo de a insígnia Dia/Minipreço não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

PVPs de Mercado

From:
To:
Date: Wed, 25 Nov 2015 20:22:34 +0000

Envio PVPs mais atualizados da concorrência:

Descrição Artigo	Fornecedor	Preço Inter	Preço Jumbo	Pcreço Leclerc	Preço MP	Preço PD
1920 CR&F 70CL	ACTIVE BRANDS			7.98		
AGUARD. VELHA CR&F RESERVA 70CL OF BALAO	ACTIVE BRANDS		14.49	12.99	13.49	
AGUARDENTE VELHA CR&F RSERVA 70CL	ACTIVE BRANDS		14.49	14.39	13.49	
AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	ACTIVE BRANDS		32.99	35.99		
COGNAC COURVOISIER VS 70CL	ACTIVE BRANDS	24.9	22.99			
GIN BLACKWOODS VINTAGE 70CL	ACTIVE BRANDS		30.99			
GIN LARIOS 12 BOTÂNICAS 70CL	ACTIVE BRANDS		13.29	13.85		
LICOR AVELA FRANGELICO 70CL OF 2COPOS	ACTIVE BRANDS			13.48		
WHISKY BOURBON JIM BEAM 70CL	ACTIVE BRANDS					
WHISKY IRLANDÊS KILBEGGAN 70CL	ACTIVE BRANDS		11.05			

Gostaria de pedir a vossa ajuda para praticar os PVPs que indico a amarelo.

Aguardo feedback até segunda-feira.

Obrigada,

Analista de Preço – Vinhos e Espirituosas
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas

SONAE MC

1698. O documento ActiveBrands940, de 23 de novembro de 2015, inclui o envio por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands do seguinte *e-mail*, com o assunto «*FW: URGENT: PVPs - Artigos para Feira*», o qual inclui um «*panorama do mercado*» (reporte dos PVP praticados pela Jumbo/Auchan e pela Leclerc[860] e a comparação com os PVP da MCH) e um pedido de «*ajuda*» para que a MCH possa alinhar os seus PVP com os praticados pela Auchan/Jumbo:

[860] Sem prejuízo de a insígnia E.Leclerc não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

De: @sonaemc.com]
Enviada: 23 de novembro de 2015 18:12
Para: @activebrands.pt>
Assunto: FW: URGENT: PVPs - Artigos para Feira
Importância: Alta

Boa tarde

Irei entrar em destaque nestes artigos, no entanto o panorama de mercado é estes.

Gostaria de pedir a vossa ajuda para poder praticar os preços que indico a amarelo.

	JUMBO		LECLERC	
Row Labels	Min of PVP Recolhido	Max of PVP SONAE	Min of PVP Recolhido	Max of PVP SON
ACTIVE BRANDS				
AGUARDENTE VELHA CR&F RESERVA EXTRA 70CL	32.99	39.99	35.89	39.99
WHISKY BOURBON JIM BEAM 70CL	12.49	13.99	13.97	13.99
WHISKY IRLANDÊS KILBEGGAN 70CL	11.99	13.99		

Aguardo resposta até ao final do dia de hoje uma vez que terei de marcar os PVPs para feira até ao dia de amanhã.

Obrigada,

Analista de Preço – Vinhos e Espirituosas
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas

SONAE MC

1699. Em resposta, o Diretor Off-Trade da Active Brands refere que «[r]*elativamente a Jim Beam JMB…trata-se de uma acção promocional temporária. A Sonae também terá uma neste artigo de 11 a 24 de Dezembro. No caso da CR&F Extra JMB e Kilbeggan JMB peço se possível o favor de enviar a loja para que possa verificar.*». A referida colaboradora da MCH envia então o ficheiro Excel de shopping completo ao Diretor Off-Trade da Active Brands, que agradece indicando que vai «*verificar a situação que refere*».

1700. O documento ActiveBrands1591 inclui o envio por uma colaboradora da MCH, em 18 de fevereiro de 2016, ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands de um *e-mail* com o assunto «*Folheto PD "Vinhos & Sabores de Portugal" - 18/02 A 9/03*» e com a mensagem «[s]*aiu um folheto da concorrência em que verificamos melhores preços que os temos em Vigor em loja. Solicitamos a vossa colaboração no sentido de efetuar ação no mesmo período nas nossas lojas.».* Em resposta, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands propõe uma ação promocional para o produto em causa (vinho Vila Santa), de forma a ir ao encontro do PVP promocional exigido pela MCH e que terá sido verificado no folheto da Pingo Doce (8,99 euros).

1701. Particularmente ilustrativos são os documentos ActiveBrands548 e MCH2094, de 9 de maio de 2016, com o assunto «*Marques de Borba e Tons do Duorum*», em que uma colaboradora da MCH informa o Diretor *Off-Trade* da Active Brands que «[o] *shopping que tenho recebido destes artigos mantem se sem alterações. Face a esta situação que já dura a 1 mês pelo menos, precisamos de rever condições de preço de compra para acompanhar o mercado. Aguardamos a vossa melhor proposta que garanta competividade e sem degradação da margem.».*

1702. O referido Diretor responde que «*o reposicionamento está a demorar um pouco mais do que o previsto*», levando a colaboradora da MCH a referir que a prioridade é tentar resolver a questão «*pela via do pvp*» (isto é, pela correção dos PVP dos concorrentes) e, apenas se tal não for possível, renegociar os preços de compra, mantendo a pressão para a Active Brands resolver o problema («[a]*guardamos uma solução para o dia de amanhã, pois não consigo manter este preço por mais tempo*»), conforme transcrito *infra*:

RE: Marques de Borba e Tons do Duorum

From:
To:
Date: Mon, 09 May 2016 19:02:46 +0100

Entendemos o que nos diz, mas precisamos apesar de não termos um degradação de margem temos um problema cronico de margem nestes artigos que temos de resolver.

Se não conseguimos pela via do pvp , devemos tentar uma solução de rebaixa de preço de compra.

Aguardamos uma solução para o dia de amanhã, pois não consigo manter este preço por mais tempo.

Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcçao Comercial Alimentar
UN. Bebidas

1703. Veja-se, também, o documento ActiveBrands571, em que uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o *shopping* de um folheto da Pingo Doce, em 27 de maio de 2016, e pede financiamento para alinhar o PVP em conformidade:

De: @sonaemc.com]
Enviada: 27 de maio de 2016 16:39
Para: @activebrands.pt>
Cc: @sonaemc.com>

Assunto: FW: 25% em alentejo de 28 a 30 maio

Boa tarde

O PD saiu com 25% na região do Alentejo no seu folheto de fds.

Pedimos a sua ajuda para gravarmos a mesma ação as referencias abaixo, financiamento sell out sobre a diferença de pvp,
Podemos contar convosco?

ARTIGO	Nosso PVP	sp 25% PD	SELL OUT
VB MARQUES DE BORBA DOC ALENT 75CL	5.49	4.11	1.38 €
VT LOIOS REG ALENT 75CL	2.98	2.23	0.75 €
VT MARQUES DE BORBA DOC ALENT 11 75CL	5.49	4.11	1.38 €
VT QUINTA VIÇOSA DOC ALENT 75CL	22.5	16.87	5.63 €

1704. O documento ActiveBrands488 consiste no reporte por uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, em 19 de setembro de 2016, da ação realizada em folheto da Pingo Doce e solicitando «*proposta de Ação semelhante paras nossas lojas não perderem vendas durante o período do folheto. Financiamento em sell out, sobre a diferença de pvp.*». Em resposta, a Active Brands propõe uma ação promocional[861].

1705. No documento ActiveBrands1208, que consiste numa troca de mensagens entre 21 de setembro e 24 de novembro de 2016, com o assunto «*RE: Feira de Vinhos de Setembro - urgente > Resultados e Débitos*», consta uma troca de *e-mails* em que a MCH envia *shopping* dos PVP da Auchan, da Lidl[862], da Makro[863] e da Pingo Doce, à Active Brands:

[861] Também dos documentos ActiveBrands607 de 5 de dezembro de 2016, ActiveBrands522 de 9 de dezembro de 2016, ActiveBrands610 de 30 de janeiro de 2017, ActiveBrands30 de 27 de fevereiro de 2017, ActiveBrands1561 de 23 de março de 2017, ActiveBrands621 de 7 de abril de 2017, ActiveBrands558 de 30 de janeiro de 2017, ActiveBrands1057 de 15 de maio de 2017 e ActiveBrands1060 de 22 de maio de 2017 consta um envio de *shopping* de folheto da Pingo Doce com um pedido idêntico de uma colaboradora da MCH ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands. Já os documentos ActiveBrands138 de 9 de fevereiro de 2017 e ActiveBrands554 de 7 de abril de 2017 incluem o mesmo pedido, mas relativamente a um *shopping* da MCH realizado ao PVP dos folhetos do Jumbo/Auchan.

[862] Sem prejuízo de a insígnia Lidl não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

[863] Sem prejuízo de a insígnia Makro não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

De: @sonaemc.com]
Enviada: 21 de setembro de 2016 13:10
Para: @activebrands.pt>
Cc: sonaemc.com>
Assunto: Feira de Vinhos de Setembro - urgente

Boa tarde

Face as ações comunicadas nos folhetos do Jumbo de 21 a 6 de Outubro, e da Makro , de 1 a 30 de Setembro, verificamos que nos encontramos descompetivos, e precisamos de rever a Feira de vinhos, ou efetuar ação loja.
Aguardámos o vosso feedback com urgência

tipo	CÓDIGO	Descrição de Artigo Retek	Min of PVP IS	Min of min	Min of PD	Min of Jumbo	Min of Lidl	Min of Makro
feira de vinhos	4086544	VB MARQUES DE BORBA DOC ALENT 75CL	5.49 €	4.28 €		4.65 €		4.28 €
feira de vinhos	4512626	VT DOC DOURO TONS DUORUM 75 CL	4.49 €	3.69 €		3.69 €		
folheto vinhos	4290913	VT REG.ALENT. MARQUES DE BORBA 2011 75CL	5.49 €	4.28 €		4.65 €		4.28 €
folheto vinhos	4393282	GG VT DUORUM DOC DOU 75CL	9.99 €	6.32 €				6.32 €
linear	4510743	VT CONDE VIMIOSO RES REG TEJO 75CL	13.98 €	11.24 €	11.24 €			

Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcçao Comercial Alimentar
UN. Bebidas

1706. Em resposta, a Active Brands refere que o *shopping* enviado da Auchan não se encontra correto (o que demonstra, em linha do que se tem vindo a referir, que a Active Brands faz o seu próprio controlo dos PVP praticados pelas insígnias) e propõe uma ação promocional comparticipada (nota de débito sobre *sell-out*).

1707. Na sequência destes *e-mails,* a MCH envia novo *shopping*, desta feita do PVP praticado pelo ECI:

De: @sonaemc.com]
Enviada: 27 de setembro de 2016 14:14
Para: @activebrands.pt>
Cc: @sonaemc.com>
Assunto: RE: Feira de Vinhos de Setembro - urgente

Boa tarde

Face as ações comunicadas no folheto El Corte Inglês 23/09 a 20/10, verificamos que nos encontramos descompetivos, e precisamos de rever a Feira de vinhos, ou efetuar ação loja.

Aguardámos o vosso feedback com urgência

Os melhores cumprimentos.

1708. Em resultado, a Active Brands propõe uma ação promocional com comparticipação condicionada ao alinhamento de PVP, a qual é aceite pela MCH, que mantém a pressão para obtenção de condições que a permitam alinhar com o PVP do ECI.

Enviada: 27 de setembro de 2016 16:30
Para: @activebrands.pt>
Assunto: RE: Feira de Vinhos de Setembro - urgente

Aceitamos o valor de 1€ em Tons do Duorum.

Obrigada pela colaboração, mas não entendemos o porquê de não ter proposto de inicio estas ações para a feira.

A Sonae acaba por colocar artigos em folheto sem promoção, enquanto todos os outros concorrentes acabam por dar visibilidade a estes preços.

No caso do Marquês de Borba, o Jumbo saiu a 4,65 no entanto o ECI, consegui ir abaixo a 4.49.

Face a esta situação estamos novamente descompetivos, pelo pedimos revisão do sell out de 0.84 para 1€ em Marques de Borba

Obrigada

Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcçao Comercial Alimentar
UN. Bebidas

1709. Perante a recusa da Active Brands, a MCH envia novo *shopping* relativo ao PVP praticado pela Intermarché[864] e manifestando o seu desagrado por a Active Brands não comunicar proactivamente à MCH os PVP que concerta com as restantes insígnias (mediante concessão de comparticipações), de forma a obter as condições necessárias para alinhar o seu PVP em conformidade:

De: @sonaemc.com]
Enviada: 3 de outubro de 2016 10:33
Para @activebrands.pt>
Cc: @sonaemc.com>
Assunto: RE: Feira de Vinhos de Setembro - urgente

Bom dia

O ITM saiu no seu folheto semanal (4 a 10 de Outubro) com Marques de Borba com preço de 4.39€.
Face a este 3 folhetos com preços que não foram propostos a Sonae, constamos mais uma vez que a AB não age de forma pro activa com a Sonae
Neste momento não tivemos varias ações em loja que não foram comunicadas em folheto, e não potencializamos as vendas.
Face a esta situação solicitamos novamente compartição integral da ação a decorrer em loja para um pvp de 4.49 em Marques de Borba.

Os melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcçao Comercial Alimentar
UN. Bebidas

SONAEMC

[864] Sem prejuízo de a insígnia Intermarché não ser visada no presente processo pelas razões explicitadas na presente Decisão (cf. §§864 a 872), o elemento de prova acabado de descrever permite aferir do caráter transversal da atuação entre a Active Brands e insígnias e melhor enquadrar a presente prática.

1710. Dos documentos MCH1523, ActiveBrands576 e ActiveBrands871, suprarreferidos, bem como de todos os exemplos de constante correção de desvios referidos no capítulo precedente (III.3.1.4), resulta que, quando identificado um desvio de PVP pelas insígnias, a via preferencial para a sua resolução é a garantia do alinhamento, promovendo, através do fornecedor, a correção do mesmo por parte da(s) insígnia(s) desviante(s). Quando tal não se afigura possível, as insígnias alinhadas optam por solicitar ao fornecedor condições para acompanhar o PVP desviado, isto é, para alinhar o seu PVP no mesmo nível da insígnia desviante e não para competir com este, porventura praticando um PVP inferior[865]. Como alternativa, surge ainda a possibilidade de suspensão/bloqueio de compras, tendo em vista forçar a Active Brands a garantir o alinhamento nos termos antes referidos.

1711. Tais documentos ilustram também, de forma bastante evidente, o papel preponderante que estes comportamentos de pressão e retaliação levados a cabo pelas empresas de distribuição visadas (em particular a MCH, mas também a Pingo Doce e a Auchan), contra a Active Brands, têm no alcance do objetivo comum, que é a adesão de todos ao nível de preços alinhados pretendido.

1712. Outros elementos de prova constantes do processo que demonstram a existência do comportamento acabado de descrever-se encontram-se integralmente descritos no Anexo 1 à presente Decisão.

III.3.1.5.1 Pronúncias das visadas

1713. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo precedente, relativa a 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.

1714. A Active Brands refere que a sua pronúncia «*tem, precisamente, o propósito de reforçar a constatação de que a AB foi sempre o alvo das referidas ações, e nunca a autora das mesmas (...)*»[866].

1715. Considera esta visada que a prova revela que «*a não observância dos PVPRs da AB por algumas insígnias provocava reações dos concorrentes que os seguiam*»[867], que «*sempre que, em resposta às ações de pressão, coação e retaliação, a AB decidia comunicar com as insígnias desviantes, demonstrando a sua insatisfação por os preços dos produtos praticados no mercado retalhista não corresponderem às recomendações, não fazia mais do que reforçar a sua*

[865] Não se exclui que existam situações que que as condições comerciais exigidas sejam para a prática de eventuais preços inferiores, mas a maioria esmagadora da prova constante dos autos a este respeito demonstra que as condições reclamadas são sempre para acompanhar, alinhando por eles, os preços desviados, assim mantendo o *statu quo* de posicionamento relativo no mercado.

[866] Cf. §453 da PNI Active Brands.

[867] Cf. §456 da PNI Active Brands.

recomendação, o que, uma vez mais, nada tem de ilícito»[868] e que «*resulta dos emails que, em algumas circunstâncias, a AB era de facto obrigada pelas insígnias, através de mecanismos de pressão, coação e retaliação, a insistir e a fazer pedidos de verificação do PVPR junto de insígnias "desviantes"*»[869].

1716. Conclui a Active Brands que os elementos de prova «*prejudicam* (…) *a tese de que a AB esteve envolvida numa prática concertada de hub and spoke, uma vez que esta prática exige que o parceiro comum participe e contribua, voluntariamente, para o alinhamento horizontal, o que não ocorreu. Não tendo a AB contribuído, voluntariamente, para o suposto alinhamento, não poderá ser coautora da suposta infração*»[870].

1717. A Pingo Doce questiona se «os retalhistas não podem baixar os seus preços para não ficarem descompetitivos face ao mercado, sem que isso seja uma "*resposta a eventuais insígnias desviantes" ou constitua uma forma de pressão/coação sobre o fornecedor?*»[871].

1718. Relativamente à suspensão de compra de produtos e ao alinhamento do respetivo PVP para um nível mais baixo praticado por um concorrente, alega a MCH que «[**q**]***ualquer uma das reacções é uma resposta racional, perfeitamente normal e legal nesta actividade***»[872] e considera que «**[a]** ***AdC, incompreensivelmente, toma a reacção competitiva como uma retaliação sobre concorrentes!***»[873] (destaques originais)

1719. No entendimento da MCH, as reações supra revelam a sua opção por «*alocar o seu espaço de prateleira à comercialização de outros produtos ou outras SKU's mais rentáveis*»[874] e/ou evitar que os consumidores «*percepcionem que aquele produto se encontra ali mais caro do que em insígnias concorrentes, generalizando esse juízo para outros produtos e para a loja ou insígnia no seu todo*»[875].

1720. Para esta insígnia, «[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 teoria de pressão ilícita entre retalhistas, por via do seu fornecedor comum*»[876], considerando que este tipo de interações se inserem «*obviamente no âmbito do*

[868] Cf. §458 da PNI Active Brands.

[869] Cf. §459 da PNI Active Brands.

[870] Cf. §460 da PNI Active Brands.

[871] Cf. §612 da PNI Pingo Doce.

[872] Cf. §635 da PNI MCH.

[873] Cf. §642 da PNI MCH.

[874] Cf. §636 da PNI MCH.

[875] Cf. §637 da PNI MCH.

[876] Cf. §656 da PNI MCH.

jogo comercial normal, são comuns a qualquer relação vertical de fornecimento e não traduzem qualquer processo retaliatório no âmbito de um acordo de cartel»[877].

1721. Já a Auchan alega, em síntese, que: «[a] *prova demonstra que não existe convergência de vontade da Auchan, expressa ou tácita, em manter um alinhamento de PVP dos produtos da Active Brands no mercado*»[878], observando-se, pelo contrário, que «*(…) a Auchan está permanentemente a praticar preços mais baixos face aos seus principais concorrentes e, mais importante, que não partilha qualquer plano ou objetivos comuns com a Active Brands e as outras insígnias, antes prosseguindo uma política comercial autónoma*»[879].

1722. Esta visada considera, ainda, que «[n]*ão existem documentos em que a Auchan efetivamente exerça alguma forma de pressão, coação ou retaliação sobre as visadas ou outros operadores no mercado. Pelo contrário, foi possível identificar documentos que mostram que a Auchan era sujeita a pressão e ameaçada de corte de fornecimento em virtude da sua posição autónoma e imprevisível*»[880].

1723. Esclarece, por fim, a Auchan que «[n]*ada fazia transparecer que tal pressão fosse justificada por um pretenso esquema de cartelização de preços, envolvendo outras insígnias*»[881], e que «[n]*ão existem documentos em que se demonstre que as pressões exercidas tivessem impacto na política de preços das várias lojas*»[882].

[877] Cf. §660 da PNI MCH.

[878] Cf. §920 da PNI Auchan.

[879] Cf. §921 da PNI Auchan.

[880] Cf. §922 da PNI Auchan.

[881] Cf. §923 da PNI Auchan.

[882] Cf. §924 da PNI Auchan.

III.3.1.5.2 Apreciação da Autoridade

1724. Analisadas as Pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para caracterizar os comportamentos investigados, a AdC conclui pela improcedência da maioria da argumentação expendida pelas visadas quanto à matéria de facto descrita no capítulo relativo às formas de pressão, coação ou retaliação.

1725. Como ponto de partida, a AdC salienta que as empresas de distribuição visadas não impugnam (pelo contrário, a defesa é consentânea com) o facto de adotarem (como se verá adiante a propósito da participação individual de cada visada) os comportamentos descritos neste capítulo, nomeadamente os que consubstanciam suspensão de abastecimento ou compra de produtos, cancelamento de ações promocionais, imposição de notas de crédito ou revisão do posicionamento do PVP em baixa.

1726. No entanto, invocam estas visadas, mais uma vez, um substrato legítimo e lícito para a adoção de tais comportamentos, alegando existir uma justificação racional que advém da reação competitiva ao posicionamento do mercado e uma justificação económica que advém da necessidade de recuperar a margem perdida.

1727. Cumpre, então, averiguar se os comportamentos descritos no capítulo anterior correspondem, de facto, a reações economicamente justificadas e a reações normais, racionais e competitivas no contexto da atividade retalhista, ou se, pelo contrário, constituem ações de pressão, coação ou retaliação, tendo em vista o cumprimento de um determinado posicionamento de PVP, concertado e de natureza anticoncorrencial, tal como resulta da Nota de Ilicitude.

1728. Recorde-se o documento ActiveBrands871:

FW: Active Brands 11012010.xls

From:

To:
Date: Wed, 13 Jan 2010 12:13:25 +0000
Attachments: Active Brands 11012010.ZIP (160,29 kB)

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: terça-feira, 12 de janeiro de 2010 16:47
Para:
Cc
Assunto: FW: Active Brands 11012010.xls

Boa tarde

Não desprezando todas as situações graves de shopping identificadas em ficheiro anexo para as quais conto com a sua colaboração no sentido de regularizar, identifico uma situação flagrante no Cluster de Guimarães, Bolama e Jumbo mantêm o preço 3.95€, como sabe este é um preço muito abaixo do nosso preço de custo e totalmente impraticável, por outro lado não poderemos manter o produto à venda com esta diferença de PVP face aos nossos concorrentes, nesse sentido solicito a sua colaboração na correcção do mesmo ou a comparticipação de 0.54€ por garrafa vendida.

Aguardo a sua resposta para que seja tomada uma posição relativamente à permanência do produto nas lojas de Guimarães e Fafe.

2050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	2509	SUP.BOLAMA-GUIMARÃES	2010.01.11	3.95
2050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	3081	JUMBO GUIMARAES	2010.01.11	3.95

MC

1729. Decorre deste *e-mail* precisamente o que se concluiu no capítulo anterior, i.e., que aquando da deteção de desvios de PVP pelas insígnias, a via preferencial para a sua resolução é a garantia do alinhamento, promovido através do fornecedor comum que procede à correção dos PVP junto da(s) insígnia(s) desviante(s), sendo que, quando tal não é possível, as insígnias alinhadas optam por solicitar/exigir condições para acompanhar o PVP desviado (para [re]alinhar o PVP no patamar da insígnia desviante e não para competir com esta através de um PVP inferior), surgindo, ainda, a ameaça de suspensão de venda/bloqueio de compras com o objetivo de pressionar, coagir, a Active Brands a garantir o pretendido alinhamento.

1730. A literalidade deste documento inviabiliza qualquer tentativa de distorção do respetivo teor: as palavras têm o seu significado natural. Com efeito, a MCH reporta um desvio (no PVP de insígnias concorrentes) ao fornecedor comum, informando-o que «*não poderemos manter o produto à venda com esta diferença de PVP face aos nossos concorrentes*», motivo pelo qual solicita que opte por prestar «*a sua colaboração na correcção do mesmo ou a comparticipação de 0.54€ por garrafa vendida*», tudo sob a ameaça de suspensão de comercialização deste produto em duas lojas caso o (re)alinhamento não se verifique («[a]*guardo a sua resposta para que seja tomada uma posição relativamente à permanência do produto nas lojas de Guimarães e Fafe*»).

1731. Importa salientar que a colaboradora da MCH assume explicitamente que «[n]*ão desprezando todas as situações graves de shopping identificadas em ficheiro anexo para as quais conto com a sua colaboração no sentido de regularizar*», o que revela que se trata de um procedimento habitual no âmbito do qual esta insígnia confiava à Active Brands o papel fundamental da regularização (correção) do nível pretendido de PVP no mercado.

1732. Similarmente, veja-se o documento MCH1523:

Autoridade da Concorrência

From: @activebrands.pt>
Sent: 28 de agosto de 2009 11:53
To: @sonaedistribuicao.pt>
Cc: @sonaedistribuicao.pt>
Subject: RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES
Importance: High

Bom dia
Na sequência da nossa reunião de ontem confirmo a possibilidade de apoio suplementar no valor de [40.000-50.000]€ (se possível com contrapartida de topos mistos Licor Carolans e Aguardente Reserva CR&F na C22 - altura em que teremos o Licor Carolans em folheto MCH e MH).
Relativamente ao Licor Beirão peço-lhe (mais uma vez) alguma compreensão atendendo aos esforços de reposicionamento que estamos a desenvolver. Peço-lhe se possível o favor de manter o PVP actual pelo menos até à próxima terça-feira (muito em particular nas lojas MCH Colombo e MH Rio Tinto - pelos motivos que falámos ontem).
Lembro ainda a necessidade de resolvermos com alguma urgência a situação das PL 2008.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: sexta-feira, 28 de Agosto de 2009 10:22
Para: (ActiveBrands)
Cc:
Assunto: RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

Envio o mapa resumo, tal como me pediu.

Tirei os dados de sistema hoje (penso que terá vendas até 27-Jul), e incluí também o mês de Junho, dado que o último ajuste que tínhamos feito era relativo à sua conta de exploração de Maio. A esta data ainda não tenho a conta de exploração de Junho, pois devia ter saído nos primeiros dias de Agosto, mas com as férias tudo atrasa. Penso que nos primeiros dias de Setembro, com alguma sorte já poderei tê-la actualizada a Julho, e depois aí faremos novo status (porque na altura não compensou todo o buraco!).

Com os PVP's médios, chego ao valor de [70.000-80.000]€, considerando os 7 artigos que nos dão margem muito negativa. Ou seja, este é o valor que necessito mesmo que me compense para já relativamente a estes artigos, para que de Jun-Ago a situação fique saldada.

Temos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias – a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços...

Hoje vamos ter novamente de baixar o preço para os 8,28 em todo o lado, pois todo o mercado se encontra a este preço ou abaixo do mesmo. A outra opção é criarmos uma acção em cartão. Colocamos em todo o lado a 8,98 mas com

acção em cartão com um desconto que permita chegar aos 8,28. Sugiro que esta acção fique em vigor até ao próximo shopping. Assim, daqui para a frente compensa uma parte em acção em cartão, e outra de acordo com o simulador, tendo em conta o PVP de 8.98.

Para além disso, preciso também que me confirme que nos irá compensar pelas compras já feitas e pelas que continuamos a fazer, ao PVP que tivermos que praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD.

Fico a aguardar a sua resposta. A acção em cartão tem de ser estar gravada até às 12:00, pelo que aguardo a sua resposta urgente.
Vou entrar agora para reunião mas penso não demorar muito.

Obg

Autoridade da Concorrência

From: [ActiveBrands) [mailto: @activebrands.pt]
Sent: quinta-feira, 27 de Agosto de 2009 16:32
To:
Subject: FW: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

Boa tarde
Seria possível enviar-me esta análise para Julho e Agosto...é que nos dados que me indicou hoje está implícito um PVP médio LB de 8,28€ (quando pela análise da IMF referente exclusivamente ao mês de Agosto se regista um PVP médio de 8,90€)...
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: quarta-feira, 26 de Agosto de 2009 12:17
Para: ActiveBrands)
Cc:
Assunto: RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

Bom dia

Efectivamente o texto abaixo não está correcto, para o calculo da [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] vai apenas vai apenas os descontos factura, para PVP legal (IGAE) podemos considerar [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM], para o calculo da nossa [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] são consideradas ainda outras rubricas do contrato, não todas.

O preço que nos recomenda para o artigo [0-10]€ dá-nos uma [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] de [-50% - 60%] % e net [-10% - 20%], o que eu não acho razoável, qualquer preço abaixo disso é uma desgraça para a Margem da categoria, como tal, deve compreender, que os preços que a nossa concorrência pratica representam um problema grave.

Neste momento temos dois problemas com a venda das vossas duas marcas principais (Porto Velhotes e Licor Beirão), não conseguimos estar competitivos, os produtos nos dão rentabilidade e é também onde estão centradas grande parte das vossas vendas, para ter uma ideia, acumulado a Agosto o Licor beirão em VB fez [70.000-80.000]€ contra [40.000-50.000]€ € em toda a restante gama dos vossos produtos, no caso do Licor beirão a situação ainda é mais gritante VB [240.000-260.000]€ contra [80.000-90.000] na restante gama sendo que o Carolans e a Aguardente CR&F também têm problemas graves de preço e margem.

Autoridade da Concorrência

VELHOTES

Row Labels		Marca	TipoShopping	VB	Qt Venda	SEGREDO DE NEGÓCIO: MÉTRICA DE NEGÓCIO	SEGREDO DE NEGÓCIO: MÉTRICA DE NEGÓCIO	SEGREDO DE NEGÓCIO: MÉTRICA DE NEGÓCIO
2050281	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	CALEM	DESCONHECIDO	58,017	13,228	-26,957	-52.15	-13.73
	PORTO CALEM VELHOTES FINE TAWNY 75CL	CALEM	DESCONHECIDO				-72.95	-27.97
							-82.18	-36.16
2051787	- PORTO CALEM VELHOTES FINE WHITE 75CL	CALEM	NAO SHOPPING	9,126	2,052	-4,180	-55.75	-16.31
							-72.95	-27.97
							-82.18	-36.16
2972353	- PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	CALEM	REACTIVO	4,368	973	-1,901	-55.75	-16.31
							-72.95	-27.97
							-82.18	-36.16

LICOR BEIRÃO

2050175	- LICOR BEIRAO 70CL	BEIRAO	DESCONHECIDO	251,536	28,255	-110,727	-52.81	-15.72
2050175	- LICOR BEIRAO 70CL	BEIRAO	DESCONHECIDO				-70.30	-30.06

Em relação à sua proposta de reacção a Guimarães e Fafe, [0-5]€ é insuficiente, a diferença é [0-5]€ e não [0-5]€, para ficar igual à concorrência teria de ter um talão de [10-20% e não [10-20]%.

From: @activebrands.pt]
Sent: quarta-feira, 26 de Agosto de 2009 10:37
To:
Subject: FW: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

De: (ActiveBrands)
Enviada: terça-feira, 25 de Agosto de 2009 15:25
Para:
Cc:
Assunto: RE: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

Boa tarde
Já pedi ao meu vendedor para verificar o PVP que refere (que me parece efectivamente baixo). Não há razão para este preço. De qualquer forma, se considerar o financeiro ([0-5]%+ [0-5]%) e o rappel ([5-10]%) chega a uma [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] é [-70% - 80%] (que não sendo boa é diferente de **[-80% - 90%]**).

Relativamente a algumas situações de 3,99€ que ainda subsistem (decorrentes de folheto Leclerc de 17 a 23 de Agosto) estamos a tentar resolvê-las directamente nas lojas (Intermarché e Jumbo).
Excepcionalmente e para tentar minimizar a situação que aponta posso propor-lhe o seguinte :
Acção de Cartão Cliente 15% de no Porto Velhotes Tawny (artigo 2050281) nas lojas de Guimarães e Fafe.
Período da acção de 26/8 a 8/9.
PVP 4,49€ (investimento [CONFIDENCIAL – TIPO DE INVESTIMENTO] de [0-5]€ por garrafa a pagar em [CONFIDENCIAL – TIPO DE DESCONTO] deste artigo no período e lojas referidos).
Peço-lhe o favor de avaliar.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: terça-feira, 25 de Agosto de 2009 11:59
Para: (ActiveBrands)
Cc:
Assunto: VELHOES / BOLAMA GUIMARÃES

O Bolama de Guimarães vende o Porto velhotes a 3.75, [SEGREDO DE NEGÓCIO – PERCEPÇÃO QUANTO A RELEVÂNCIA LOCAL DE UM CONCORRENTE], a 3.75 a nossa [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] é [-80% - 90%] e [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] [-40% -30%], recordo que para o calculo da [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE MARGEM] vão uma serie de outros descontos do contrato, não é politica da Sonae vender mais caro que os nossos concorrentes tal como não é politica perder dinheiro.

Esta situação arrasta-se à várias semanas para não dizer meses, por um lado não conseguem subir o preço nos concorrentes nem evitar os vários folhetos a 3.99€ por outro não nos concedem condições para praticarmos os PVP´s da nossa concorrência mantendo a rentabilidade dos artigos.

No caso especifico de Guimarães e Fafe, aguardo uma proposta da vossa parte, que não ponha em causa, claro, a nossa imagem de preço.

Quanto às restantes situações cujo shopping está abaixo do PVPR, conto com a vossa colaboração no sentido de as corrigirem ou nos darem condições para praticar o mesmo PVP.

MC

1733. Neste documento, no seguimento do reporte de desvios aos PVP «*recomendados*», a MCH sinaliza à Active Brands a sua insatisfação com o insucesso deste fornecedor enquanto garante do alinhamento pretendido, informando-o que «[e]*sta situação arrasta-se à várias semanas para não dizer meses, por um lado não conseguem subir o preço nos concorrentes nem evitar os vários folhetos a 3.99€ por outro não nos concedem condições para praticarmos os PVP´s da nossa concorrência mantendo a rentabilidade dos artigos* (…) *Quanto às restantes situações cujo shopping está abaixo do PVPR, conto com a vossa colaboração no sentido de as corrigirem ou nos darem condições para praticar o mesmo PVP*». (sublinhados da AdC)

1734. As indicações da MCH são claras e expõem a sua intenção de que o fornecedor comum intervenha nas insígnias desviantes, promovendo, assim, o alinhamento transversal de PVP.

1735. Note-se, contudo, que a Active Brands não apresenta uma postura subserviente perante tal indicação, dando conhecimento à sua interlocutora na MCH de que «[j]*á pedi ao meu vendedor para verificar o PVP que refere (que me parece efectivamente baixo). Não há razão para este preço*», procedendo, de seguida, à apresentação de meios de compensação para

«*tentar minimizar a situação que aponta*», o que revela que tem interesses próprios relevantes na manutenção do PVP que recomenda, caso contrário permitiria um ajuste espontâneo dos preços dos seus produtos no mercado.

1736. Neste mesmo documento, explica, ainda, a interlocutora da MCH à Active Brands que «[t]*emos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias – a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços…*», transmitindo ao fornecedor que precisa «*também que me confirme que nos irá compensar pelas compras já feitas e pelas que continuamos a fazer, ao PVP que tivermos que praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD*». (sublinhados da AdC)

1737. O teor destas declarações é cristalino e permite dissipar quaisquer dúvidas acerca do carácter iminentemente horizontal da prática *sub judice* que se concretiza através da relação vertical entre cada uma das insígnias com o fornecedor. Com efeito, a MCH assume, sem reservas, que *i)* o PVP «*que tivermos de praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD*», colocando o ónus da organização do alinhamento com as concorrentes (no caso, a Pingo Doce) sobre a Active Brands, e que ii) «*a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços…*», incitando a Active Brands a corrigir os desvios junto da Auchan para que a Pingo Doce possa subir os PVP em conformidade.

1738. Recorda-se que a MCH entende que «[q]***ualquer uma das reacções é uma resposta racional, perfeitamente normal e legal nesta actividade***»(destaque original)[883], o que revela a visão distorcida desta visada no que respeita ao contexto jurídico-económico em que atua, em absoluta contravenção às normas de direito da concorrência. Com efeito, o que os elementos de prova retratam consiste na comissão de um ilícito contraordenacional, cujos contornos nada têm de normal e, muito menos, de legal.

1739. Considerando os elementos de prova constantes dos autos e, especialmente, os *supra* reproduzidos, e, bem assim, a alegação da MCH de que «[a] ***AdC, incompreensivelmente, toma a reacção competitiva como uma retaliação sobre concorrentes!***»(destaque original)[884], salienta-se que a conclusão da AdC apenas se revela incompreensível para quem favorece, defende e contribui para um funcionamento nefasto e condicionado do mercado no qual os agentes utilizam mecanismos de pressão, coação e retaliação como meio para atingir o alinhamento transversal dos preços, em detrimento e prejuízo dos consumidores.

1740. Em bom rigor, não se vislumbram vestígios de qualquer «*reacção competitiva*» por parte da MCH, já que esta visada apresenta uma política comercial que se encontra acoplada à das

[883] Cf. §635 da PNI MCH.

[884] Cf. §642 da PNI MCH.

suas concorrentes, intervém, através da Active Brands, no posicionamento de preço das insígnias concorrentes e é retaliativa face ao fornecedor quando este não corrige os desvios de PVP que lhe são reportados por si.

1741. O documento MCH1579 ilustra situação semelhante, na qual a MCH informa o fornecedor que «[v]*amos ter de reagir a este folheto*» apresentando-lhe como soluções possíveis a hipótese de «*alinharmos o preço com o e.leclerc durante o período do folheto*» ou «*retirarmos o produto da prateleira durante o período do folheto*», informando que «*a reacção tem de ser feita té às 16:30*» e que, «[s]*e não nos responder até esta hora, irei pedir às lojas do cluster para retirar o produto de venda*»:

From: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 1 de Setembro de 2009 16:30
To:
Cc:
Subject: RE: Licor Beirão (Folheto Abertura E.LECLERC Santarém)

Boa tarde
Na sequência da nossa conversa telefónica de há pouco posso excepcionalmente propor-lhe uma acção de cartão nestes artigos de 3 a 13 de Setembro.
PVP Beirão 8,98 / com cartão [7,1-8,7] ([0,98-1,2] [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE DESCONTO]).
PVP Velhotes Tawny-Ruby-White 4,49 / com cartão [3,3-4] ([0,76-0,93) [SEGREDO DE NEGÓCIO: TIPO DE DESCONTO]).
Lojas : MCH Santarém, MH Cartaxo, MH Salvaterra e MH Almeirim.
Obg. e melhores cumprimentos,

De @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: terça-feira, 1 de Setembro de 2009 14:30
Para:
Cc:
Assunto: FW: Licor Beirão (Folheto Abertura E.LECLERC Santarém)
Importância: Alta

Vamos ter de reagir a este folheto, tanto a Licor Beirão como Porto Velhotes.

Soluções possíveis:

- alinharmos o preço com o e.leclerc durante o período do folheto

- retirarmos o produto da prateleira durante o período do folheto

Agradeço resposta urgente, pois a reacção tem de ser feita até às 16:30. Se não nos responder até esta hora, irei pedir às lojas do cluster para retirar o produto de venda.

Obrigada

1742. Recorde-se, ainda, o teor do documento ActiveBrands836, no qual, após partilha com o fornecedor de um folheto promocional da Pingo Doce, que mantinha uma ação promocional de 20% no vinho «Tons de Duorum», a MCH exige condições para igualar o PVP de 3,18 euros alegando que «*estamos desprotegidos*». Em resposta, [Diretor Off-Trade - Active Brands] confronta o seu interlocutor com a informação de que «[o] *concorrente que*

refere está desprotegido relativamente a Marquês de Borba Tinto (CNT, 4 semanas, 3,99€). Como fazemos?», aproveitando para alertar esta insígnia acerca do seu próprio desvio ao PVP recomendado para aquele produto, utilizando a eventual compensação à MCH para condicionar este reposicionamento de PVP.

1743. A menção à circunstância de «*estarmos desprotegidos*» não é despicienda, sendo elucidativa quanto baste acerca do conforto e proteção que o alinhamento de preços confere a todas as visadas, que, assim, mantém as respetivas rentabilidades elevadas em resultado do sacrifício da salutar concorrência no mercado.

1744. Esta conclusão é igualmente suportada pelo teor do documento MCH918, no qual, após deteção de «***artigos sinalizados como descompetitivos vs Pingo Doce***» e da indicação de uma colaboradora da MCH de que «[o] *fornecedor ficou de contatar o produtor novamente para resolução. Os restantes artigos do fornecedor Ative Brands estiveram suspensos, a situação ficou regularizada*», TLF, diretor da MCH, lhe pede que «*resolva de imediato a situação do VB Couteiro Mor, sem perda de margem*», perguntando-lhe, ainda, acerca dos produtos Active Brands, «*o que entende por estar regularizado?*», respondendo a mencionada colaboradora, relativamente ao produto VB Couteiro Mor que «[o] *fornecedor não comparticipa com qualquer verba extra para mantermos a mesma margem, já foi contatado (telefone e email). Suspendemos?*» – denunciando o *modus operandi* desta insígnia no mercado a montante, suspendendo a comercialização de produtos como meio de chantagear fornecedores a conceder verbas extraordinárias para manutenção de margem – e, esclarecendo que «*regularizado, estes dois artigos da Ative Brands já tínhamos falado com o fornecedor para igualar aos pvp´s do PD, após levantamento da suspensão. Pvp´s já difundidos para as lojas*», o que revela que a estratégia da suspensão dos produtos para obtenção de condições para alinhamento de PVP com a Pingo Doce terá efetivamente funcionado junto da Active Brands, que terá acedido à pretensão desta visada. (destaque original e sublinhados da AdC)

1745. Os documentos MCH2914 e MCH2915 revelam outras situações em que MCH decidiu suspender a comercialização de dois produtos da Active Brands («[o]*s artigos Loios branco e tinto (4088290\4047481),* ***estão suspensos do fornecedor ACTIVE BRANDS****, não temos condições para praticar pvp de 2.89€*» (destaque da AdC), indicando, contudo, que «[e]*stamos alinhados com PD, nos artigos comuns*» e que «*para todas as refª mencionadas estamos alinhados com o Pingo Doce*».

1746. Ademais, resulta claro destes e dos demais elementos probatórios constantes dos autos que as ações exercidas pelas insígnias ocorrem na sequência da deteção de desvios ao posicionamento de PVP concertado, revelando o descontentamento com o fornecedor pela sua incapacidade de garantir o alinhamento de PVP, e sempre com o intuito de o pressionar ou coagir a garantir o (re)posicionamento do mercado e o cumprimento dos PVP concertados.

1747. Face ao exposto, contata-se que o reporte à Active Brands de desvios aos PVP «*recomendados*» e a exigência de pronta correção junto das concorrentes desviantes ou de

compensação que permita (re)alinhar os preços ao nível do desvio detetado, sob a ameaça, séria e credível, de suspensão da comercialização dos produtos da Active Brands constitui o *modus operandi* da MCH, não estando em causa meramente «[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* (…)»[885], sendo flagrante que esta insígnia pressiona, através do fornecedor comum, as suas concorrentes para efeitos de manutenção do alinhamento pretendido a cada momento.

1748. É, aliás, por demais evidente que, à luz das regras da experiência, as comunicações descritas não se inserem «*obviamente no âmbito do jogo comercial normal, são comuns a qualquer relação vertical de fornecimento*»[886] e traduzem efetivamente um *modus operandi* estabilizado no âmbito de um «*processo retaliatório no âmbito de um acordo de cartel*»[887], pelo que não está manifestamente em causa qualquer opção por «*alocar o seu espaço de prateleira à comercialização de outros produtos ou outras SKU's mais rentáveis*»[888] e/ou evitar que os consumidores «*percepcionem que aquele produto se encontra ali mais caro do que em insígnias concorrentes, generalizando esse juízo para outros produtos e para a loja ou insígnia no seu todo*»[889].

1749. Destarte, as interações que precedem e as constantes dos demais elementos de prova constantes dos autos não revelam qualquer «*jogo comercial normal*» que a MCH pretenda ver reconhecido nos comportamentos adotados, mas a sua antítese: a pressão, a coação e a retaliação da MCH face ao fornecedor para que este corrija posicionamentos de preço desviantes nas insígnias concorrentes.

1750. Relativamente à Pingo Doce veja-se o documento ActiveBrands936, que ilustra a transmissão, ao fornecedor, do resultado de um *shopping* aos vinhos «Loios», «Porto Calem Velhotes Tawny» e «Porto Calem Velhotes Ruby» com a indicação explícita de que precisa de «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*»:

[885] Cf. §656 da PNI MCH.

[886] Cf. §660 da PNI MCH.

[887] Cf. §660 da PNI MCH.

[888] Cf. §636 da PNI MCH.

[889] Cf. §637 da PNI MCH.

FW: Shopping Sem 12

From:

To:

Date: Tue, 26 Mar 2013 17:17:06 +0000

Já pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby...envia-me por favor o talão.
No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)...verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão.
Obg. e um abraço,

Altera por favor amanhã e envia-me talão...
Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby.
Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto.
Obg. e um abraço,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: terça-feira, 26 de Março de 2013 16:23
Para:
Assunto: Shopping Sem 12

Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente:

			Preços						
			Prateleira		Com desconto		Index vs PD (100)		
Descrição Artigo	Insígnia	Loja	PVP	PVP Conver tid	PVP c/ de	PVP c/desc con	PVP PD	Index	Index De
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	2,95	2,95	2,95	2,95	2,98	99	99
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	2,78	2,78	2,78	2,78	2,98	93	93
V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	MINIPREÇO	MP Ermesinde (Formiga)	2,79	2,79	2,79	2,79	2,98	94	94
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,99	4,99	4,99	4,99	5,49	91	91
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alfragide	5,29	5,29	5,29	5,29	5,49	96	96
V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	JUMBO	Jumbo Alverca	4,97	4,97	4,97	4,97	5,49	91	91
V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	CNT BOM DIA	CNT BOMDIA Ramalde	4,49	4,49	4,49	4,49	5,49	82	82

1751. Conforme se descreveu *supra*, a utilização de talões de compra é um expediente utilizado pelas visadas enquanto meio comprovativo de alterações de PVP efetuados junto de concorrentes, garantindo-lhes, assim, que o fornecedor comum procedeu às correções dos desvios reportados e confortando-as quanto à alteração/manutenção do PVP em «*segurança*».

1752. Neste caso, a Pingo Doce exige, com urgência, que lhes sejam remetidos talões comprovativos de alteração de preço nas insígnias assinaladas, garantindo a correção dos PVP indicados, ameaçando o fornecedor comum com a indicação de que «*caso contrário, é para baixar novamente*».

1753. Esta insígnia confia à Active Brands o papel central na concertação com vista ao alinhamento de preços no mercado e o fornecedor age em conformidade, como demonstram as indicações de [Diretor Off-Trade - Active Brands] à equipa de *KA* para que procedessem à correção dos desvios junto da MCH e da Auchan, solicitando o envio de talões para efeitos de comprovação, junto da Pingo Doce, do sucesso da sua tarefa.

1754. No documento ActiveBrands220, a Pingo Doce pressiona a Active Brands para alterar o preço de «CR&F» e «Velhotes» nas insígnias indicadas na tabela de *shopping*, exigindo prova dessa alteração como *conditio sine qua non* para a manutenção da «*recomendação*» do fornecedor («[Diretor Off-Trade - Active Brands], [a]*tenção a CR&F e Velhotes que*

recentemente alterámos. Preciso de talões para manter»), reagindo a Active Brands com a confirmação de que «*CR&F CNT Colombo está (e sempre esteve) ok. Tons Tinto JMB Alfragide já mandei verificar (e corrigir). Velhotes Tawny MOD Póvoa já mandei verificar (e corrigir)*».

1755. A Pingo Doce revela que a sua política comercial está, efetivamente, condicionada pela apresentação de talões comprovativos dos PVP dos seus concorrentes. No documento ActiveBrands778 *infra*, após um pedido de correção de PVP por parte do fornecedor, esta insígnia explica que o preço constitui uma reação à Auchan e exige que lhe seja apresentado um talão após alteração de preço nesta insígnia para que proceda à alteração solicitada:

Re: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

@jeronimo-martins.pt

Para

12/10/2012

Reencaminhou esta mensagem a 12/10/2012 12:32.

Bom dia

Está como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos.

Cumprimentos,

Tel.

@jeronimo-martins.pt

From: @activebrands.pt>

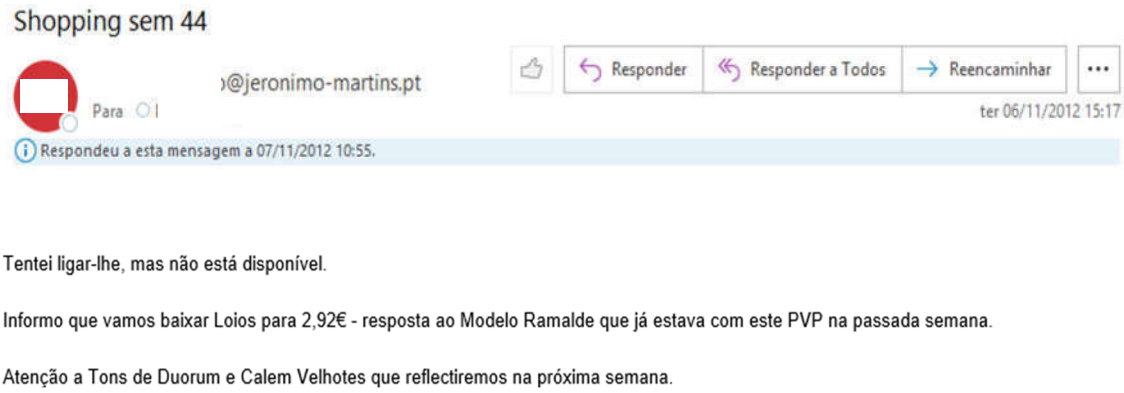
To: @jeronimo-martins.pt>

Date: 12-10-2012 10:50

Subject: Marquês de Borta Tinto PD Guimarães

Bom dia
Se possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar Guimarães.
Obg. e melhores cumprimentos,

1756. Veja-se, ainda, o documento ActiveBrands857 infra, no qual a Pingo Doce transmite à Active Brands que «[t]*entei ligar-lhe, mas não está disponível. Informo que vamos baixar Loios para 2,92€ - resposta ao Modelo Ramalde que já estava com este PVP na passada semana. Atenção a Tons de Duorum e Calem Velhotes que reflectiremos na próxima semana*»:



Shopping sem 44

@jeronimo-martins.pt

Para

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar

ter 06/11/2012 15:17

Respondeu a esta mensagem a 07/11/2012 10:55.

Tentei ligar-lhe, mas não está disponível.

Informo que vamos baixar Loios para 2,92€ - resposta ao Modelo Ramalde que já estava com este PVP na passada semana.

Atenção a Tons de Duorum e Calem Velhotes que reflectiremos na próxima semana.

			CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Mafra		Jumbo Alfragide		PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
SAP	Descrição do Artigo	UMV	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	2,92	2,92	2,98		2,98	2,98	2,89		2,98	2,98	2,98
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	3,90	3,90			3,98	3,98	3,99	3,99	3,98	3,98	3,98
67110	AGUARDENTE CR&F RESERVA 70CL	UN	13,49	13,49	13,99	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49
41165	LICOR DE WHISKY CAROLANS 70CL	UN			9.99	9.99	9.99	9.99	9.99	9.99	9.99	9.99	9.99
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	4,89	4,89	4,49		4,99	4,99	4,99	4,99	4,98	4,98	4,99
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75	UN	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99	4,99

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1757. Neste documento é patente a postura retaliatória e ameaçadora da Pingo Doce face ao fornecedor comum, por este não ter atempadamente corrigido os desvios aos PVP reportados (note-se que os PVP dos demais produtos se encontram alinhados, pelo que dispensam qualquer nota ou reação por parte da Pingo Doce).

1758. A utilização da Active Brands como intermediário, através dos reportes dos preços, a exigência de comprovativos de correção junto das insígnias desviantes e a linguagem transcrita *supra* demonstram claramente que a Pingo Doce não era alheia ao objetivo comum do alinhamento que fomentava e promovia através do fornecedor comum não se coibindo de o ameaçar ou pressionar para alcançar a concertação de preços almejada a cada momento.

1759. O documento ActiveBrands855 é elucidativo da posição da Pingo Doce perante os desvios que deteta, transmitindo-os ao fornecedor comum, pressionando-o a corrigir o preço mais baixo detetado ou ameaçando igualar o preço («[o] *que fazemos? Falas com eles, ou acompanho o PVP deles com desconto imediato?*»):

shopping Brandimport

@jeronimo-martins.pt
Para
Cc @jeronimo-martins.pt
25/11/2011
Respondeu a esta mensagem a 25/11/2011 17:08.

boa tarde.

Não sei se sabes, mas a Brandimport tem uma loja de venda ao publico na nova loja do DeBorla (onde antes ficava o IZI).

Fui lá esta manhã, e eles estão a vender Carolans a 8,06Euros, já com o IVA...

O meu PVP é 9,69Euros...

O que fazemos? Falas com eles, ou acompanho o PVP deles com desconto imediato?

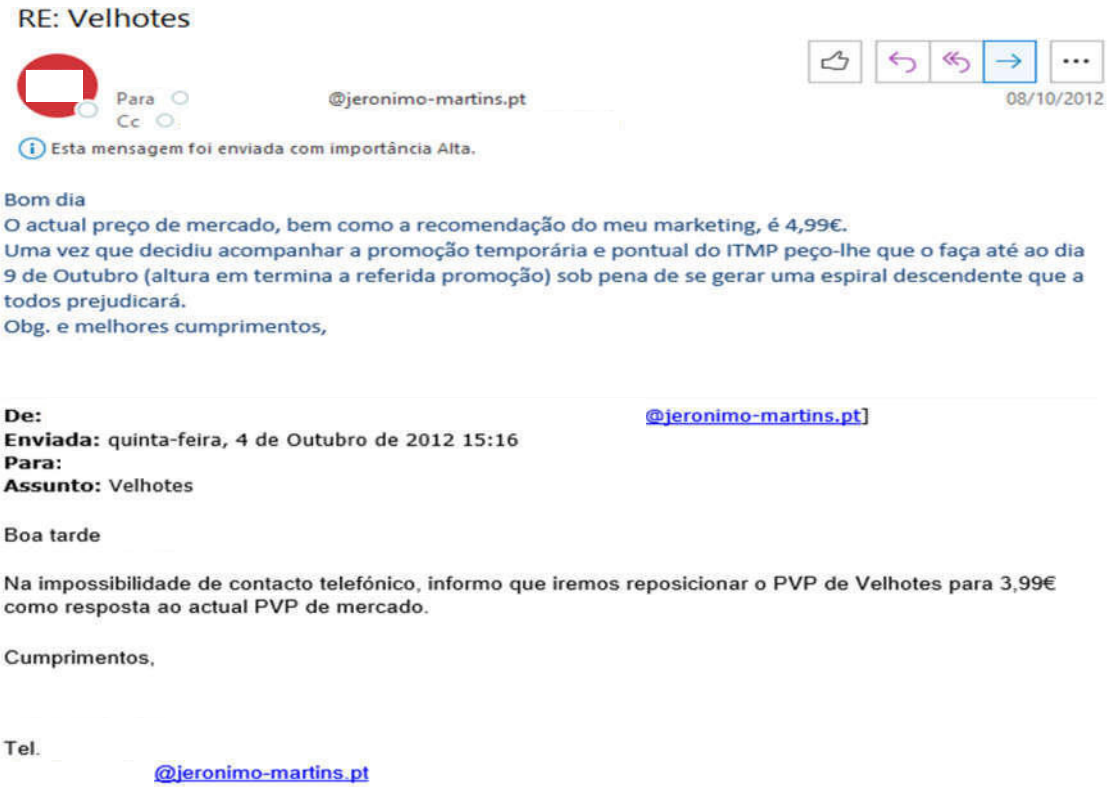
Atentamente,

JERÓNIMO MARTINS

Coordenadora Comercial Não Perecíveis – JM Pingo Doce Madeira
Phone: (+351) Mobil: (+351) / Fax: (+351)
Email: @jeronimo-martins.pt

1760. A Pingo Doce ameaça frequentemente a Active Brands com reações aos PVP que esta não consegue manter no mercado ao nível «recomendado» (reposicionando os seus preços

para o nível do desvio detetado), conforme revela também o documento ActiveBrands1111:



RE: Velhotes

Para @jeronimo-martins.pt 08/10/2012
Cc
Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

Bom dia
O actual preço de mercado, bem como a recomendação do meu marketing, é 4,99€.
Uma vez que decidiu acompanhar a promoção temporária e pontual do ITMP peço-lhe que o faça até ao dia 9 de Outubro (altura em termina a referida promoção) sob pena de se gerar uma espiral descendente que a todos prejudicará.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: quinta-feira, 4 de Outubro de 2012 15:16
Para:
Assunto: Velhotes

Boa tarde

Na impossibilidade de contacto telefónico, informo que iremos reposicionar o PVP de Velhotes para 3,99€ como resposta ao actual PVP de mercado.

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1761. A preocupação da Active Brands é, sempre, que este tipo de reações sejam limitadas no tempo «*sob pena de se gerar uma espiral descendente que a todos prejudicará*», isto é, tal como se demonstrou a propósito de outros elementos de prova, o fornecedor pretende evitar a todo o custo a ocorrência de uma «*guerra de preços*», com impacto nas margens grossistas e retalhistas e transferência efetiva de valor para o consumidor. Já a Pingo Doce pretende a rápida correção dos desvios detetados e partilhados com o fornecedor comum, sob ameaça de reposicionamento de preço.

1762. Não está, por conseguinte, em causa, uma resposta autónoma, independente e pró-concorrencial por parte da Pingo Doce, que, face aos elementos de prova constantes dos autos, entre os quais se encontram os *supra* reproduzidos, questiona se «*os retalhistas não podem baixar os seus preços para não ficarem descompetitivos face ao mercado, sem que isso seja uma "resposta a eventuais insígnias desviantes" ou constitua uma forma de pressão/coação sobre o fornecedor?*»[890] sem que isso seja o «*result*[ado] *da sua "impossibilidade* (...) *em poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente"*»[891].

1763. A resposta a tal questão é, evidentemente, afirmativa, desde que ocorra por via de condutas autónomas e orientadas ao legítimo objetivo de competir pelo preço, o que,

[890] Cf. §612 da PNI Pingo Doce.

[891] Cf. §613 da PNI Pingo Doce.

manifestamente e com base na prova produzida e acima, ilustrativamente, reproduzida não é o caso, nem para a Pingo Doce, nem para as demais empresas de distribuição visadas no âmbito deste processo.

1764. A prova constante dos autos, designadamente os documentos analisados nos §§ anteriores, revelam que aquilo de que se trata efetivamente é de, sempre em contacto com o fornecedor, «*reposicionar* (…) *como resposta ao PVP de mercado*» (documento ActiveBrands1111), «*baixar* (…) [como] *resposta ao Modelo Ramalde que já estava com este PVP na passada semana*» (documento ActiveBrands857), mudar o preço «*como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos*» (documento ActiveBrands778), ao que acrescem as ameaças de reposicionamento em baixa caso a Active Brands não lhe remeta talões comprovativos da correção por si requerida «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*» (documento ActiveBrands936), «[a]*tenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter*» (documento ActiveBrands220).

1765. Nenhuma destas reações retrata uma competição pelo preço mas apenas o acompanhamento dos desvios detetados e/ou a formação de um novo alinhamento (posteriormente imputando os custos ao fornecedor).

1766. Os elementos de prova sustentam solidamente que a reação da Pingo Doce tinha lugar precisamente em resultado da *«"resposta a eventuais insígnias desviantes"* [enquanto] *forma de pressão/coação sobre o fornecedor*» e em «*result*[ado] *da sua "impossibilidade* (…) *em poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente"*».

1767. A tratar-se efetivamente de uma situação em que a Pingo Doce decidisse *baixar os seus preços* [em reação aos preços mais baixos detetados no mercado] *para não ficar descompetitiva* (caso a competitividade pelo PVP fosse o seu verdadeiro objetivo) de que forma se enquadraria o facto de tal ação ser invariavelmente precedida de avisos, pressão e ações intimidatórias ao fornecedor para correção dos preços desviados?

1768. Nem sempre, todavia, a Pingo Doce utiliza linguagem tão descritiva como a constante dos documentos *supra*. Cumpre recordar que está em causa uma prática habitual – e mormente porque se trata um ilícito jusconcorrencial do qual as visadas têm consciência – pelo que é desnecessária e desmotivada a utilização de comandos explícitos para a cabal compreensão da pretensão que motiva o contacto e imediato acionamento dos mecanismos aptos à sua satisfação.

1769. Veja-se o lacónico documento ActiveBrands156:

RE: Shopping sem 47 - URGENTE

Para

29/11/2012

De:
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 19:25
Para:
Assunto: FW: Shopping sem 47 - URGENTE
Importância: Alta

e
Peço o favor de corrigirem e de me enviarem talão na segunda-feira.
Jumbo Alfragide : Loios Tinto e Tons de Duorum Tinto.
Jumbo Alverca : Loios Tinto e Velhotes Tawny.
Intermarché Mafra : Carolans.
Obg. e um abraço,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: quarta-feira, 28 de Novembro de 2012 19:10
Para:
Assunto: Shopping sem 47

SAP	Descrição do Artigo	ITM Mafra		Jumbo Alfragide		Jumbo Alverca		PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
		2012 46	2012 47	2012 46	2012 47	2012 46	2012 47	
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	2,98	2,98	2,91	2,75		2,75	2,59
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	3,99	3,99	3,69	3,69			3,98
41165	LICOR DE WHISKY CAROLANS 70CL	9,49	9,49	9,99	9,99	9,99		9,99
66305	V. PORTO CALEM VELHOTES TAWNY 75CL	4,99	4,99	4,99	4,99	4,81	4,81	4,99

Tel
@jeronimo-martins.pt

1770. Ou o documento ActiveBrands117:

FW: Shopping sem43

Para

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar

qua 31/10/2012 12:44

Esta mensagem foi enviada com importância Alta.

envia-me por favor talão Loios Tinto ITMP Mafra 2,98€ até à próxima terça-feira (de manhã).
envia-me por favor talão Velhotes Ruby MCH Colombo 4,99€ até à próxima terça-feira (de manhã)...de certeza que se tratou de recolha incorrecta pois o online confirma o nosso preço.
envia-me por favor talão com os três artigos referidos BD Ramalde (Loios Tinto 2,98€, Tons de Duorum Tinto 3,98€ e Velhotes Ruby 4,99€) até à próxima terça-feira (de manhã)...já pedi à central para verificar.
Obg. e um abraço,

De: jeronimo-martins.pt]
Enviada: quarta-feira, 31 de Outubro de 2012 11:36
Para:
Assunto: Shopping sem43

Cod. Artigo	Descrição do Artigo	U	Nome do Fornecedor	CNT BOMDIA Ramalde		Continente Colombo		Continente Maia (Jardim)		ITM Mafra		Jumbo Alfragide		PVP PD (Mínimo Ult.Semana)
				2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	2012	
409109	V.ALENTEJO LOIOS TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	2,92	2,92	2,98	2,98	2,98	2,98	2,89	2,89	2,89	2,98	2,98
654988	V.DOURO TONS DE DUORUM TTO 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.COM. DE M.	3,98				3,98	3,98	3,99	3,99	3,85	3,98	3,98
172111	V.PORTO CALEM VELHOTES RUBY 75CL	UN	ACTIVE BRANDS-DIST.C	4,89	4,89	4,99	4,49	4,99	4,99	4,99	4,99	4,98	4,98	4,99

Tel.
@jeronimo-martins.pt

1771. Recorde-se, ainda, o documento ActiveBrands102:

FW: Ficheiro URGENTE

Para

Activebrands Sem 10 2011.xls
75 KB

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

sex 18/03/2011 12:02

Equipa verifiquem por favor o PVP dos vinhos nas lojas JMB referidas. Urgente reposicionar.
Obg. e um abraço,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: quinta-feira, 17 de Março de 2011 18:56
Para:
Cc: @jeronimo-martins.pt
Assunto: Ficheiro URGENTE

Category Manager
Tel: +

1772. Todos estes *emails*, que têm em comum a inexistência de indicações textuais explícitas, contando apenas com a indicação «*URGENTE*» no assunto, partilham o objetivo de pressionar a Active Brands a corrigir/reposicionar PVP junto das insígnias desviantes identificadas nas tabelas ou anexos referentes ao *shopping* levado a cabo pela Pingo Doce, como decorre de forma evidente da reação do fornecedor, que rapidamente aciona os mecanismos de verificação, correção e recolha de talões comprovativos, tudo com o objectivo de manter ou repor o alinhamento dos PVP no mercado.

1773. Face ao exposto, considera a Pingo Doce que é «*extraordinário que das centenas de shoppings e talões constantes dos autos, em nenhuma situação a AdC aplique a sua própria doutrina: "[p]ela sua natureza, e por não se configurar suscetível de consubstanciar uma violação das regras de concorrência, a mera recolha deste tipo de informação e a respetiva utilização de forma independente pelas empresas de distribuição para efeito de ajustamento da posição concorrencial encontra-se excluída do âmbito da presente Decisão de Inquérito" (§728 da NI, nosso sublinhado)*»[892].

1774. Ora, os elementos de prova constantes dos autos, *maxime* os transcritos e analisados *supra* são axiomáticos na demonstração de que não está em causa, por parte de nenhuma visada e, especificamente da Pingo Doce, «*a mera recolha deste tipo de informação e a respetiva utilização de forma independente pelas empresas de distribuição para efeito de ajustamento da posição concorrencial*». O que resulta patente do acervo probatório é a utilização do *shopping* como meio de deteção de desvios ao alinhamento concertado, sendo estes comunicados ao fornecedor comum com a indicação (expressa ou tácita) de que este deve providenciar pela correção dos mesmos junto das insígnias desviantes, amiúde sob ameaça de retaliação. (sublinhados da AdC)

1775. Decorre igualmente dos elementos de prova *supra* analisados que não estão apenas em causa «[r]*elações puramente bilaterais, verticais e legítimas entre o PINGO DOCE e um dado fornecedor*»[893], sendo evidente o elemento horizontal que se materializa nas intervenções

[892] Cf. §621 da PNI Pingo Doce.

[893] Cf. §479 da PNI Pingo Doce.

da Pingo Doce, através do fornecedor, na política comercial das insígnias concorrentes. Salienta-se que não está em causa qualquer «*pretensa suposição de que, paralelamente, o fornecedor estará a interagir em termos similares com os concorrentes de PINGO DOCE*»[894], mas sim a verificação e demonstração de que tal efetivamente ocorre, amiúde na sequência de indicação da própria Pingo Doce, que, contrariamente ao que alega, não revela «*estabelece*[r] *a sua política de pricing de forma independente*»[895], revelando-se esta emparelhada com a das suas concorrentes.

1776. Também a Auchan contribuía ativamente para a simetria transversal de preços, utilizando, à semelhança das demais empresas de distribuição visadas, o *shopping* para detetar preços «desviados» face ao alinhamento pretendido a cada momento, transmitindo-os ao fornecedor para que este, junto das insígnias identificadas, procedesse à respetiva correção. A prova revela que esta visada integrava a concertação e alertava a Active Brands para desvios ao alinhamento pretendido, pressionando-a a intervir junto das suas concorrentes desviantes com o objetivo de (re)posicionar os preços ao nível concertado.

1777. Todavia, alega esta visada que «[n]*ão existem documentos em que a Auchan efetivamente exerça alguma forma de pressão, coação ou retaliação sobre as visadas ou outros operadores no mercado*»[896].

1778. Ora, os factos concretos e a prova documental junta aos autos refutam explicitamente a alegação da Auchan.

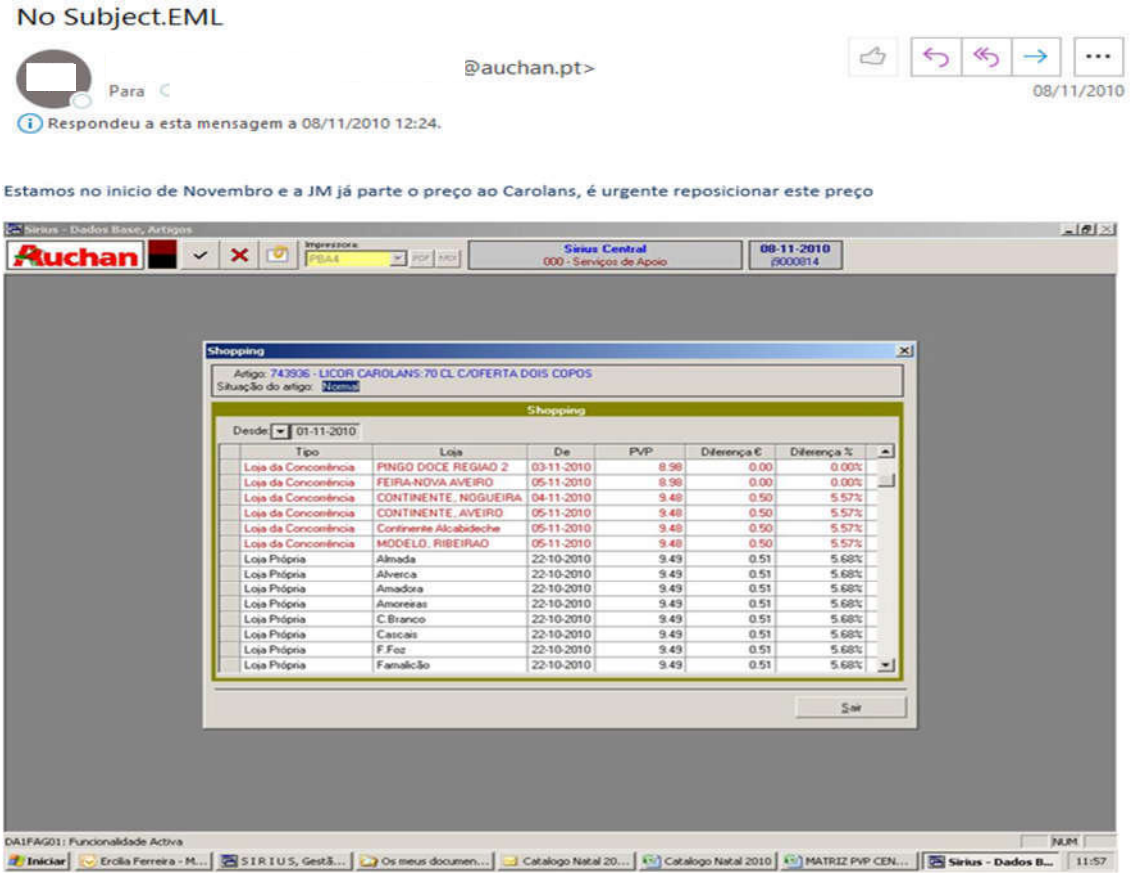
1779. Recorde-se, a título exemplificativo, o teor do documento ActiveBrands710:

[894] Cf. §479 da PNI Pingo Doce.

[895] Cf. §626 da PNI Pingo Doce.

[896] Cf. §922 da PNI Auchan.

1780.



1781. Este documento revela que todas as lojas Auchan (constantes do *print* remetido à Active Brands) se encontravam a praticar o PVP «recomendado» pela Active Brands (retrato que contraria, desde logo, a afirmação de que a Auchan tem uma «*posição* [descentralizada] *autónoma e imprevisível*» no mercado) e que, perante a deteção de um PVP significativamente mais baixo nas lojas da sua concorrente Pingo Doce, a Auchan confronta o fornecedor comum com esta informação, acusando a insígnia desviante de «*partir preço*», e pressiona-o, lembrando-lhe a importância da disciplina do alinhamento ao indicar que é «*urgente reposicionar este preço*»[897] junto da insígnia desviante.

1782. No documento ActiveBrands807 *infra*, e em resposta a um pedido de «*verificação de PVP*», o interlocutor da Auchan confirma a [Diretor Off-Trade - Active Brands] que tem «*todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9,48€*» e que as insígnias concorrentes se posicionam «*a baixo deste preço*», lembrando que «[h]*á 4 dias que estou descompetitivo*», situação que deriva da *performance* insuficiente do fornecedor na implementação transversal da respetiva «*recomendação*» de PVP. A Auchan implementa o PVP indicado pela Active Brands na

[897] Contrariamente ao que alega esta visada nos §§564 a 570 da PNI Auchan, não está em causa neste *email* a tentativa de «*negociar melhores condições comerciais junto do fornecedor, que permitam às lojas proporcionar um preço final mais baixo aos seus clientes*» nem a sua indicação à Active Brands de que é «*urgente reposicionar*» se refere à Auchan «*reposicionar o seu preço por forma a torná-lo mais competitivo*», muito menos depois da indicação de que a Pingo Doce estaria a «*partir preço»,* desviando-se do alinhamento.

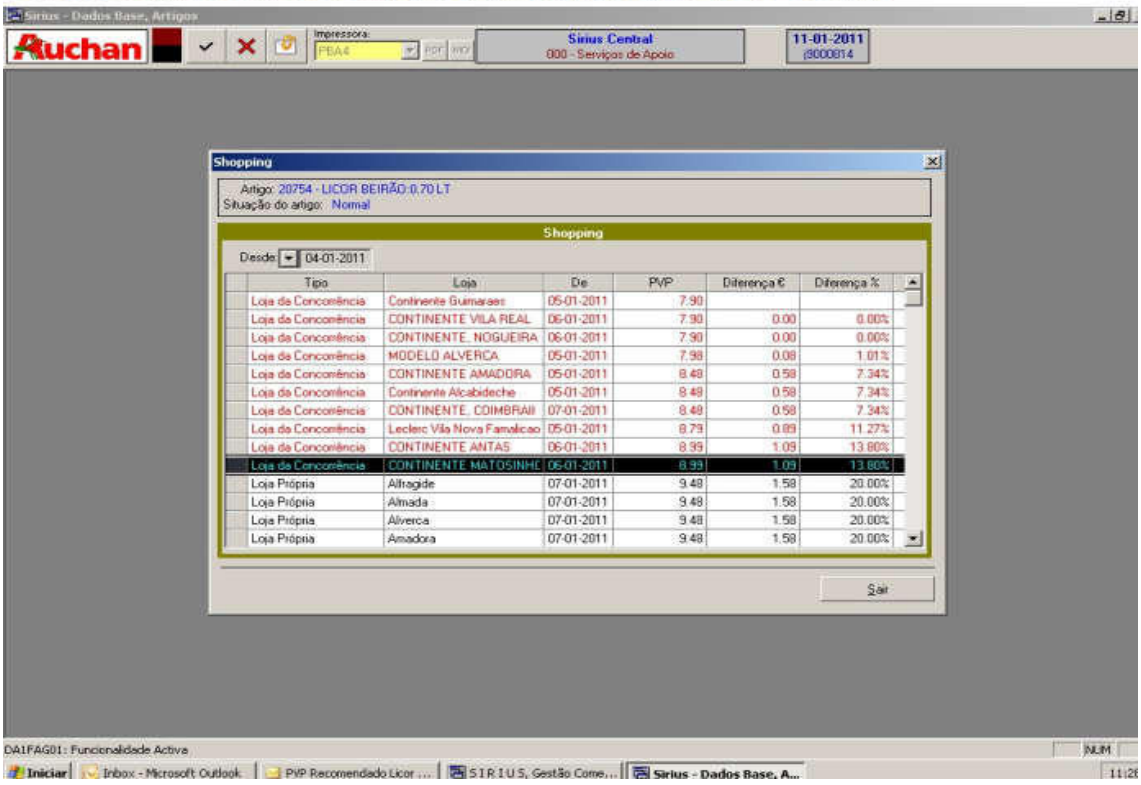
expectativa que as demais insígnias adotem comportamento semelhante pelo que, quando tal não sucede atempadamente, surgem os reportes e as denúncias de desvios ao fornecedor comum, acompanhadas amiúde por elementos de pressão ou coação, mesmo que subtis.

1783. Note-se que o interlocutor da Auchan expõe a questão num tom intimidatório e ameaçador, transmitindo a [Diretor Off-Trade - Active Brands] que espera «*que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder*»:

RE: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

From:
To:
Cc:
Date: Tue, 11 Jan 2011 11:30:17 +0000

Tenho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço.
Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder.



1784. Ora, é consabido que, quando a Auchan (e, aliás, as empresas de distribuição visadas) se referem a «responder» ou «reagir», o que está em causa é a criação de um novo alinhamento a um nível inferior, frequentemente a expensas do fornecedor, e é precisamente esse cenário que a Auchan utiliza para pressionar a Active Brands a orquestrar rapidamente o alinhamento das demais insígnias ao PVP «recomendado».

1785. Efetivamente, conforme assume a Auchan, neste documento «*o colaborador responde afirmando que está a praticar o preço recomendado e que se verá forçado a descer os preços*

para acompanhar os preços mais baixos da concorrência»[898] mas não há qualquer intenção de «*manter a competitividade através do preço mais baixo*»[899] *quando se pretende «o acompanhamento dos preços dos concorrente*»[900], tratando-se de uma contradição insanável uma vez que ora se pratica o preço mais baixo, ora se iguala o preço praticado por um concorrente, contribuindo, assim, para o alinhamento de PVP.

1786. Contrariamente ao que a Auchan conclui[901], este documento revela axiomaticamente que as recomendações de PVP da Active Brands eram vinculativas para as lojas Auchan («[t]*enho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço*»), mantendo-se esta insígnia centralmente «*descompetitiva*» para aceder ao cumprimento desta «recomendação» de preço e pressionando o fornecedor para que este proceda ao reposicionamento de preço das insígnias suas concorrentes.

1787. Não há, portanto, qualquer imprevisibilidade na política comercial da Auchan, que se revela em tudo semelhante à das suas concorrentes visadas neste processo. O objetivo do alinhamento de PVP é, evidentemente, comum a todas, sendo manifesta a convergência de interesses entre as visadas e a parca autonomia da política comercial da Auchan face a esse objetivo.

1788. O acervo probatório revela (e a própria reconhece) que a Auchan efetuava o «acompanhamento» dos desvios detetados em sede de *shopping* (frequentemente a expensas do fornecedor comum) perante a impossibilidade de a Active Brands assegurar a correção dos mesmos em tempo útil. Note-se que este fornecedor conhece o posicionamento futuro da Auchan ao nível do PVP uma vez que esta insígnia o informa das reações que perspetiva adotar em reação ao desnivelamento de preços. Veja-se o documento ActiveBrands965, no qual [Diretor Off-Trade - Active Brands] informa a sua equipa que a «*Auchan trancou centralmente os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€ durante uma semana como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação*», o que ilustra igualmente a expetativa do fornecedor comum quanto à habitual «atualização» de preços desta insígnia em cumprimento da sua «recomendação»:

[898] Cf. §865 da PNI Auchan.

[899] Cf. §866 da PNI Auchan.

[900] Cf. §866 da PNI Auchan.

[901] Cf. §867 da NI Auchan («[r]*evela-se, por isso, que as recomendações de preço do fornecedor não eram vinculativas para as lojas Auchan, sendo que tanto podia seguir a recomendação como alterar o preço de acordo com a sua própria política comercial e observação do mercado*»).

PVP Velhotes Auchan

Para

29/11/2013

Equipa,
O Auchan trancou centralmente os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€ durante uma semana como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação.
Obg. e um abraço,

1789. Com efeito, os pedidos de «compensação» frequentemente dirigidos ao fornecedor comum como meio de ressarcir a Auchan pela diferença entre o PVP «recomendado» que esta se compromete, a cada momento, a adotar e o preço «desviado» que esta insígnia detete no contexto das suas ações de monitorização, são a prova cabal de que não prossegue, de modo algum, «*uma política comercial autónoma*»[902]. Pressionar ou exigir ao fornecedor que financie um risco próprio e inerente à atividade comercial (flutuação de preços entre concorrentes) sempre que lhe denuncia desvios ao alinhamento de PVP para o qual contribui ativamente é precisamente o oposto de uma política comercial independente, autónoma e, verdadeiramente, concorrencial, revelando a «*convergência de vontade da Auchan, expressa ou tácita, em manter um alinhamento de PVP dos produtos da Active Brands no mercado*»[903].

1790. O documento ActiveBrands707, de 26 de janeiro de 2011, com o assunto «*Marquês de Borba*» ilustra paradigmaticamente o que se descreve *supra*:

[902] Cf. §921 da PNI Auchan.

[903] Cf. §920 da PNI Auchan.

Marquês de borba

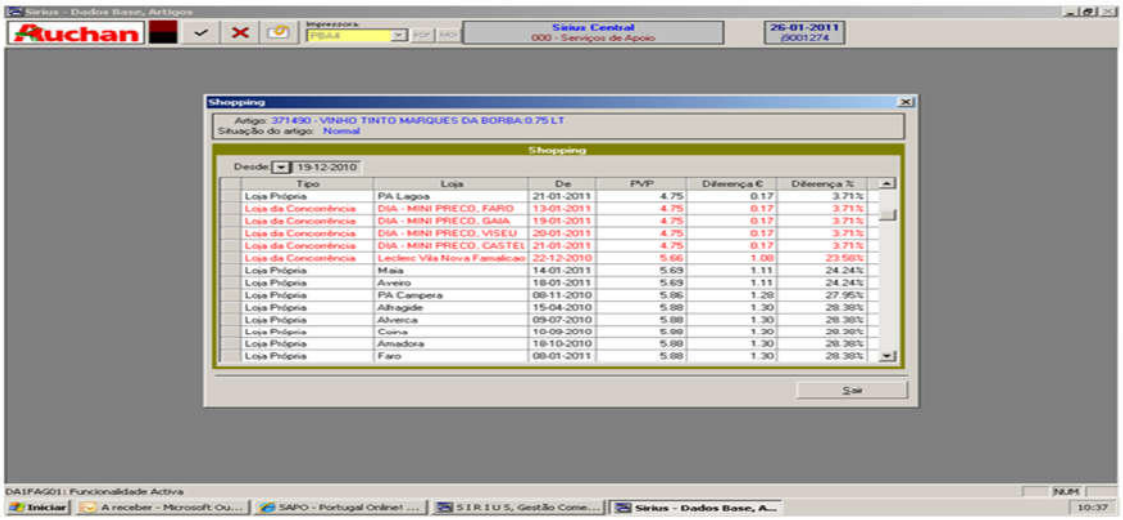
Para @auchan.pt>

26/01/2011

Respondeu a esta mensagem a 26/01/2011 12:49.

Bom dia

Estou com um grave problema de shopping. Tenho as lojas do dia mini preço a 4.75 fico com -15.5%, estamos com a FQE À porta estou mesmo a ver o que vai acontecer. Preciso que me dês condições para acompanhar este PVP.



Cumpts,

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa

1791. Similarmente, recorde-se o documento ActiveBrands677, que indicia que este tipo de compensação reveste um carácter transversal e habitual, sendo apenas incerto o tipo de contrapartida em causa («[f]*ala por favor com os fornecedores sobre estes preços e ver de que forma poderão ser compensados visto serem acções locais*»):

FW: Preços no Feira Nova de Aveiro em Destaque

From:
To:
Date: Mon, 09 Aug 2010 16:13:35 +0100

Boa tarde

Preciso de condições para acompanhar estes preços.

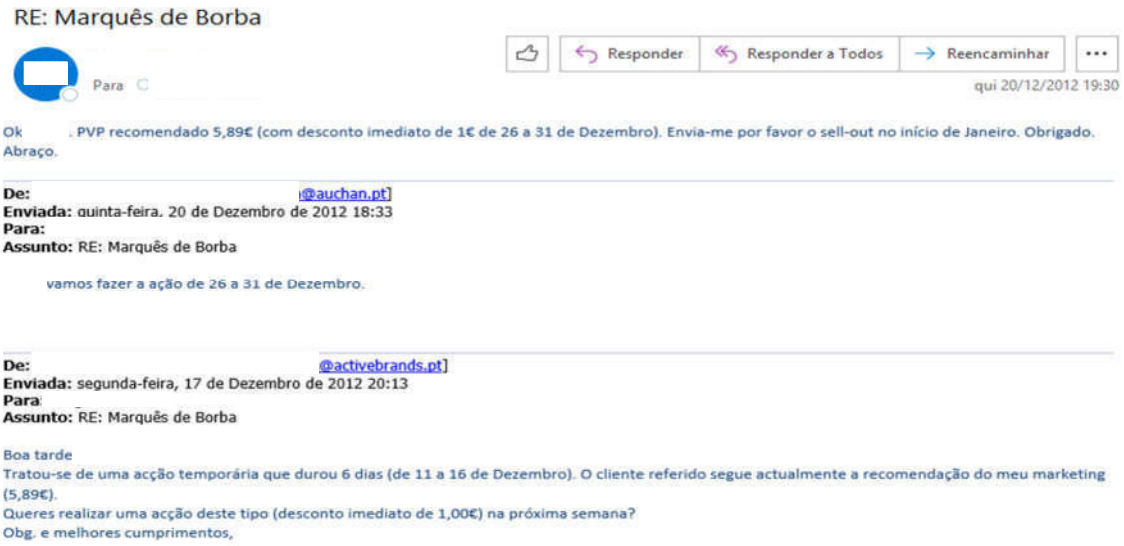
Cumpts,

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

De
Enviada: segunda-feira, 9 de Agosto de 2010 15:58
Para:
Cc:
Assunto: Preços no Feira Nova de Aveiro em Destaque

Para teu conhecimento a loja irá acompanhar estes preços.
Fala por favor com os fornecedores sobre estes preços e ver de que forma poderão ser compensados visto serem acções locais.

1792. Veja-se também o caso do documento ActiveBrands200, no qual a Active Brands, depois de confrontada, pela Auchan, com os PVP praticados pela Pingo Doce, justifica que se tratou de uma «*ação temporária que durou 6 dias*» e assegura que esta insígnia «*segue actualmente a recomendação do meu marketing (5,89€)*», para que a Auchan não pondere reagir e se mantenha alinhada com as demais insígnias. Em resposta à indicação da Auchan de que não tem «*condições para praticar este PVP*», e como forma de a compensar pelo cumprimento rigoroso do PVP «recomendado» em todas as lojas (como mostra o *print infra*), propõe «*realizar uma acção deste tipo (desconto imediato de 1,00€)*» e solicita que lhe envie «*por favor o sell-out no início de Janeiro*»:


RE: Marquês de Borba

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para:

qui 20/12/2012 19:30

Ok . PVP recomendado 5,89€ (com desconto imediato de 1€ de 26 a 31 de Dezembro). Envia-me por favor o sell-out no início de Janeiro. Obrigado.
Abraço.

De: @auchan.pt]
Enviada: quinta-feira, 20 de Dezembro de 2012 18:33
Para:
Assunto: RE: Marquês de Borba

vamos fazer a ação de 26 a 31 de Dezembro.

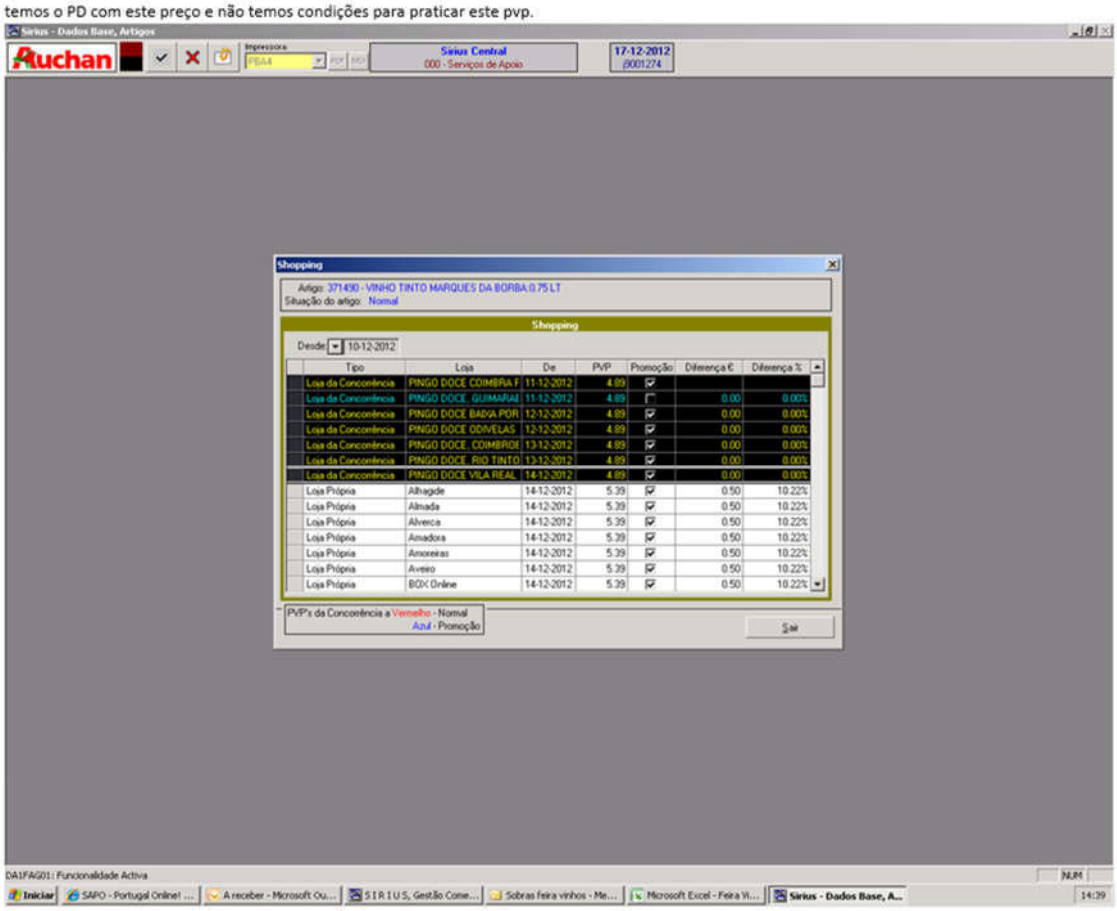
De: @activebrands.pt]
Enviada: segunda-feira, 17 de Dezembro de 2012 20:13
Para:
Assunto: RE: Marquês de Borba

Boa tarde
Tratou-se de uma acção temporária que durou 6 dias (de 11 a 16 de Dezembro). O cliente referido segue actualmente a recomendação do meu marketing (5,89€).
Queres realizar uma acção deste tipo (desconto imediato de 1,00€) na próxima semana?
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @auchan.pt]
Enviada: segunda-feira, 17 de Dezembro de 2012 14:40
Para:
Assunto: Marquês de Borba

Boa tarde

temos o PD com este preço e não temos condições para praticar este pvp.



Cumpts.

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

1793. Ora, esta articulação entre a Auchan e a Active Brands, visando frequentemente a estabilidade dos preços praticados no mercado, revela que a relação comercial em causa não tem um impacto estritamente vertical, repercutindo-se nas insígnias concorrentes da Auchan, tendo esta visada conhecimento (e intenção) desse efeito, como revela, por exemplo, o documento ActiveBrands153, no qual a Auchan indica, como habitualmente, não ter «*condições para acompanhar o PVP do meu concorrente*» e recebe, da parte do fornecedor comum, a garantia de que «[n]*o caso CNT* [MCH] *já pedi actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC* [E.Leclerc] *o meu colaborador* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana*), passando a ter conhecimento, através daquele, do posicionamento futuro destas insígnias em matéria de determinação de preços:

RE: Licor Beirão

Para

13/12/2010

Levo uma pistola ou uma granada?

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 19:11
Para:
Assunto: RE: Licor Beirão

Boa tarde
No caso CNT já pedi actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC o meu colaborador vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana).
Melhores cumprimentos,

De: @auchan.pt]
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 17:56
Para:
Assunto: FW: Licor Beirão
Importância: Alta

Boa tarde

Não tenho condições para acompanhar o PVP do meu concorrente..
Aguardo os teus comentários.

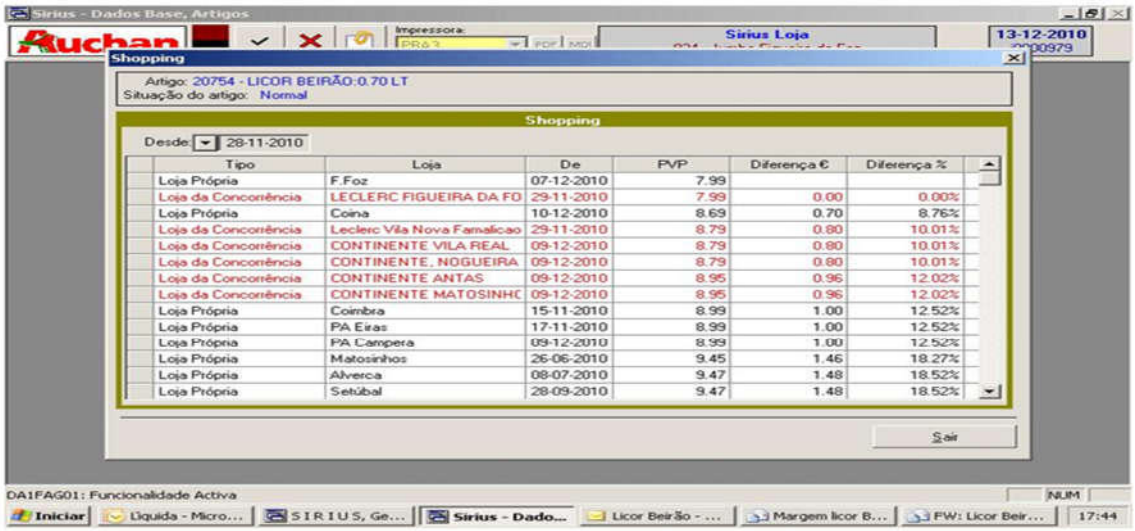
Cumpts,

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

De:
Enviada: segunda-feira, 13 de Dezembro de 2010 17:45
Para:
Cc:
Assunto: FW: Licor Beirão

Boa tarde

A margem do licor Beirão da minha loja vai piorar... tenho o artigo com PVP de 7.99€, por acompanhamento do shopping do E'Leclerc do dia 29/11/2010. Foi feita nova recolha hoje e o PVP está nos 7.90€



Liquida Alcoólica e Não Alcoólica
mailto: @auchan.pt
Jumbo Figueira da Foz

1794. Destarte, não é minimamente credível que a Auchan declare que «[n]*ada fazia transparecer que tal pressão fosse justificada por um pretenso esquema de cartelização de preços,*

envolvendo outras insígnias»[904], e que «[n]*ão existem documentos em que se demonstre que as pressões exercidas tivessem impacto na política de preços das várias lojas*»[905], até porque a Auchan solicitava, tal como as suas concorrentes visadas neste processo, talões comprovativos de determinados PVP nas outras insígnias como condição para o reposicionamento dos seus preços (como revelam, entre outros, os documentos ActiveBrands659 e ActiveBrands183).

1795. Face ao exposto, refuta-se veementemente, a alegação de que «*a AdC tenta fazer parecer que uma empresa que não cumpre o nível de preço indicado, definindo autonomamente a sua política comercial, está ainda assim a cometer uma infração porque isso pode ser considerado uma forma de retaliação*»[906].

1796. O que se demonstrou exaustivamente *supra*, e resulta claro dos elementos probatórios, é que a política comercial das insígnias visadas se encontra profundamente condicionada pela monitorização e intervenção cruzadas, através do fornecedor, e que as reações ao nível de preço indicado são resultado da pressão exercida, de modo geral, sobre a Active Brands em resultado da sua incapacidade de alinhar, a cada momento, os incentivos de todas as empresas de distribuição com vista ao alinhamento pretendido por todas.

1797. Reitera-se que a propalada reação das empresas de distribuição visadas surge sempre na sequência de deteção de desvios a PVP concertados (recorda-se, que consiste no alinhamento com o preço desviado e nunca na prática de um preço mais baixo que esse) e enquanto fruto do descontentamento com o fornecedor por não cumprir cabalmente as funções que lhe são confiadas enquanto garante do alinhamento entre as visadas.

1798. A opção por intervenções do fornecedor junto das insígnias desviantes (sinalizada como prioritária) ou, caso essa via não seja possível, a opção por solicitação de condições para acompanhar (não para concorrer com, mas apenas para igualar) o PVP desviado constituem, como se demonstrou, prova de que o objetivo das visadas passava não pela competição pelo preço, mas pela manutenção de um *statu quo* e pela garantia/expetativa de que em qualquer momento teriam os PVP alinhados.

1799. Resulta, nestes termos, provado que as insígnias visadas confiavam ao fornecedor comum um papel mediador e de importância fulcral no âmbito do alinhamento dos PVP, pressionando-o e coagindo-o para a adoção das medidas necessárias à resolução dos desvios reportados e retaliando em caso de insucesso (ou resolução não atempada).

1800. A Active Brands corrobora as conclusões vertidas pela AdC na Nota de Ilicitude (e na presente Decisão), explicando que «*as insígnias detêm um elevado poder de mercado (ocupando uma posição de autênticos gatekeepers a jusante), que exercem, em particular, vis-*

[904] Cf. §923 da PNI Auchan.

[905] Cf. §924 da PNI Auchan.

[906] Cf. §825 da PNI Auchan.

à-vis os seus fornecedores, incluindo a AB»[907] e asseverando que «*de todos os* [emails] *referidos neste capítulo da NI, é possível retirar-se, em primeiro lugar, que a não observância dos PVPRs da AB por algumas insígnias provocava reações dos concorrentes que os seguiam*»[908] e, ainda, que «*resulta dos emails que, em algumas circunstâncias, a AB era de facto obrigada pelas insígnias, através de mecanismos de pressão, coação e retaliação, a insistir e a fazer pedidos de verificação do PVPR junto de insígnias "desviantes"*»[909].

1801. Alega, ainda, o fornecedor que «*sempre que, em resposta às ações de pressão, coação e retaliação, decidia comunicar com as insígnias desviantes, demonstrando a sua insatisfação por os preços dos produtos praticados no mercado retalhista não corresponderem às recomendações, não fazia mais do que reforçar a sua recomendação, o que, uma vez mais, nada tem de ilícito*»[910]. (sublinhados da AdC)

1802. Ora, os elementos de prova constantes dos autos revelam que a Active Brands pretendia o objetivo comum e contribuía ativamente para a sua verificação a cada momento, constituindo-se como o interface de contacto entre as insígnias visadas e como central de recolha e transmissão de informação (pretérita, atual e futura) acerca do posicionamento de preço de cada uma, para efeitos de alinhamento dos PVP dos seus produtos no mercado retalhista de base alimentar em Portugal.

1803. Efetivamente, ao decidir «*comunicar com as insígnias desviantes, demonstrando a sua insatisfação por os preços dos produtos praticados no mercado retalhista», a Active Brands contribui voluntariamente para o statu quo que se vem descrevendo e que resulta do acervo probatório, que não oferece arrimo à alegação de que esta visada «não fazia mais do que reforçar a sua recomendação*».

1804. Conforme se demonstrou nos capítulos III.3.1.3.2 e III.3.1.4, a Active Brands orquestrava os diversos alinhamentos de PVP entre as insígnias visadas, recorrendo à partilha de talões de compra e de informação sensível acerca do posicionamento (pretérito, atual e futuro) de PVP das concorrentes enquanto meios de condicionamento das diversas visadas para a prática transversal da sua «recomendação» de PVP. E fazia-o recorrentemente, insistindo, pressionando, coagindo e retaliando quando as suas «recomendações» não eram implementadas.

1805. Decorre do *supra* exposto que, sem prejuízo da influência que as insígnias têm sobre a Active Brands, esta não se encontra refém daquelas, encontrando-se todas de acordo no que respeita à deteção de desvios ao alinhamento e à necessidade de correção dos mesmos. Veja-se, a título de exemplo, o documento ActiveBrands916, no qual, no seguimento do reporte da MCH de «[p]*reços de Mercado para vosso conhecimento e análise*»

[907] Cf. §454 da PNI Active Brands.

[908] Cf. §456 da PNI Active Brands.

[909] Cf. §459 da PNI Active Brands.

[910] Cf. §458 da PNI Active Brands.

e da solicitação do valor da diferença entre os preços mais baixos detetados e o PVP «recomendado» que se encontrava a praticar, a Active Brands agradece a informação recebida, que lhe permite identificar novos posicionamentos que carecem de verificação («*Bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais] *e obrigado por esta informação. A generalidade do mercado encontra-se dentro das recomendações do marketing (PD, MP…)*». (sublinhados da AdC)

1806. Similarmente, recorde-se também o documento MCH1523, no qual, após reporte de desvios da MCH, a Active Brands responde que «[j]*á pedi ao meu vendedor para verificar o PVP que refere (que me parece efectivamente baixo). Não há razão para este preço*», pedindo à MCH «*(mais uma vez) alguma compreensão atendendo aos esforços de reposicionamento que estamos a desenvolver. Peço-lhe se possível o favor de manter o PVP actual pelo menos até à próxima terça-feira (muito em particular nas lojas MCH Colombo e MH Rio Tinto - pelos motivos que falámos ontem)*».

1807. Por conseguinte, e sem prejuízo do mesmo, a Active Brands não se encontra cativa do «*elevado poder de mercado* [das empresas de distribuição visadas] *(ocupando uma posição de autênticos gatekeepers a jusante)*», partilhando com estas um claro objetivo de alinhamento, agradecendo-lhes a «*contribuição*» na deteção e reporte de desvios e decidindo (no seguimento das ações de pressão e coação das insígnias e, também, *motu proprio*) intervir junto das insígnias que se encontram, a cada momento, desviadas da simetria de preços pretendida.

1808. Com efeito e pese embora a Active Brands seja alvo de ações de pressão, coação e retaliação das empresas de distribuição visadas, a prova revela também que este fornecedor não se encontrava, como se concluiu *supra*, refém da vontade destas. É o que revela, por exemplo, o teor do documento ActiveBrands610, parcialmente transcrito *infra*, que retrata a reação da Active Brands a uma solicitação de financiamento por parte da MCH (relativo à diferença de preços entre esta visada e a sua concorrente Pingo Doce), após perceber que o artigo havia sido bloqueado para compras:

RE: CRF a 13.94 de 31/01 a 6/02

Para
Bcc

03/02/2017

Boa tarde
À data da validação não tinha sido informado do bloqueio, aliás à data de hoje ainda não fui.
Sem compras não há €€€ para investir.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: 3 de fevereiro de 2017 16:14
Para: ictivebrands.pt>
Cc: sonaemc.com>
Assunto: RE: CRF a 13.94 de 31/01 a 6/02

Boa tarde

A ação foi previamente validada por si, assim sendo não poderemos aceitar que quase no final da ação se recusem a comparticipar.

Ao dispor para qualquer esclarecimento adicional
Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Analista de Vinhos Correntes / Espirituosas / Espumantes / Fortificados

SONAEMC

SONAE
Estrada da Outurela, nº 118 Edifício Imopolis - Bloco C/D
2790-114 Carnaxide - Portugal
Telef: . - Ext.
e_mail: @sonaemc.com

From: @activebrands.pt]
Sent: sexta-feira, 3 de fevereiro de 2017 16:10
To: @sonaemc.com>
Subject: RE: CRF a 13.94 de 31/01 a 6/02

Boa tarde
Não financio, por razões óbvias, acções em artigos bloqueados.
Obg. e melhores cumprimentos,

1809.

1810.

1811.

1812. No mesmo sentido, recorde-se o teor do documento ActiveBrands784, parcialmente reproduzido *infra*:

RE: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional...

Para 18/04/2011

Mantem a Posição. Que vão à m.....

De:
Enviada: segunda-feira, 18 de Abril de 2011 10:23
Para:
Assunto: FW: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede
Importância: Alta

Estão com 25% em cartão até hoje...mantenho a minha posição? Proponho 3,89€ no próximo fim-de-semana (0,50€ em sell-out)?
Obg. e um abraço,

De: @sonaemc.com]
Enviada: sexta-feira, 15 de Abril de 2011 11:32
Para:
Assunto: RE: Porto Calem Velhotes Fine Tawny 75cl € 3,89 Folheto Nacional 13 a 24 Abril - ITM Cantanhede

Temos mesmo de reagir ao preço do Velhotes Tawny.
Agradeço que nos dê debito em sell out da diferença do PVP.

Este debito ficará de fora da negociação que está a fazer com a

Aguardo resposta urgente pois tenho que validar este assunto com a Drª .

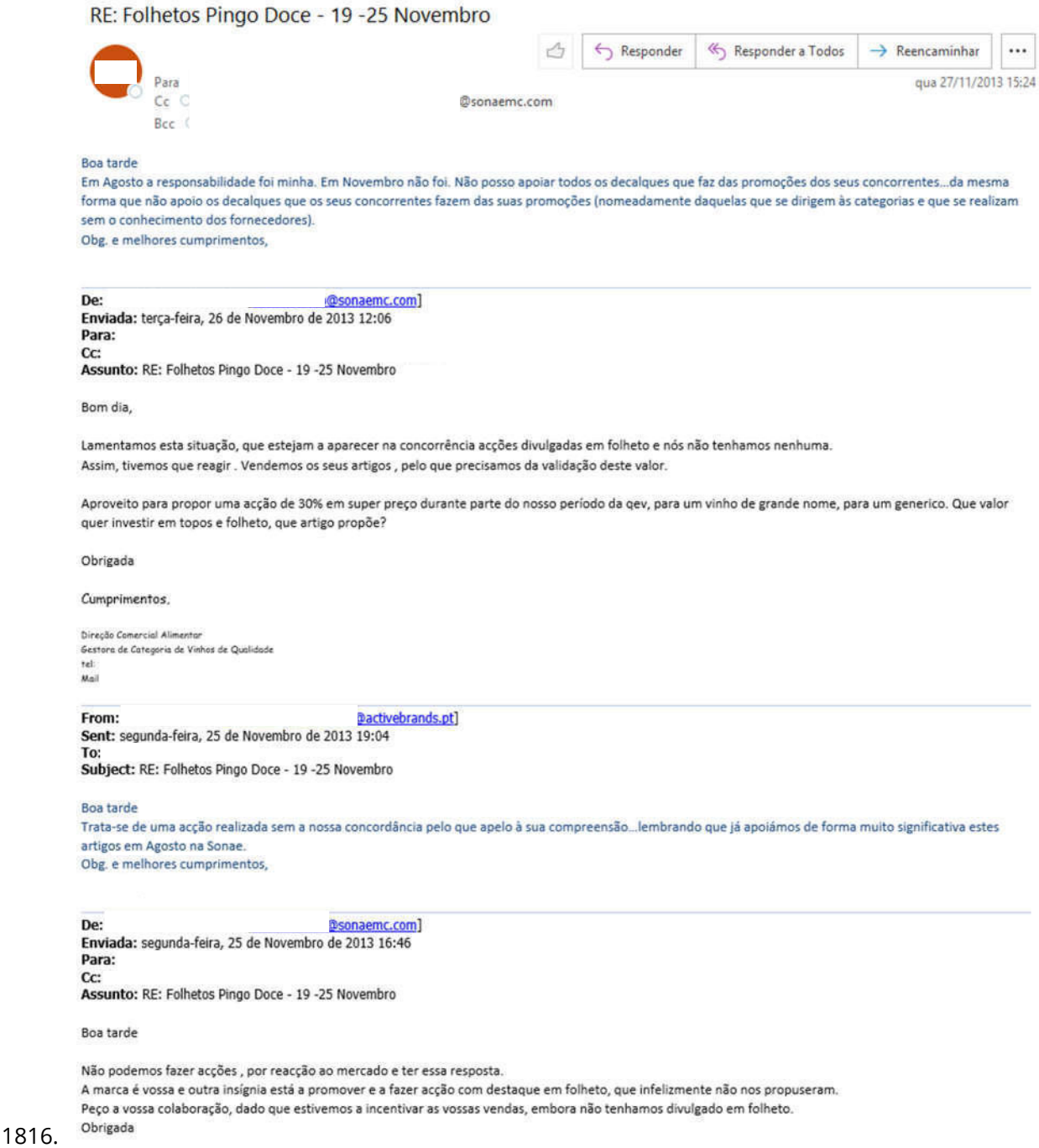
Obrigada,

Gestor Categoria Vinhos Sul, Norte e Fortificados
Clube de Vinhos
Gourmet
Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Alimentar
Tel:

1813.

1814. E, ainda, o documento ActiveBrands989, no qual este fornecedor recusa o financiamento de uma ação proposta pela MCH para igualar os preços praticados pela Pingo Doce:

1815.



RE: Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro

Responder | Responder a Todos | Reencaminhar | ...

Para
Cc
Bcc

@sonaemc.com

qua 27/11/2013 15:24

Boa tarde
Em Agosto a responsabilidade foi minha. Em Novembro não foi. Não posso apoiar todos os decalques que faz das promoções dos seus concorrentes...da mesma forma que não apoio os decalques que os seus concorrentes fazem das suas promoções (nomeadamente daquelas que se dirigem às categorias e que se realizam sem o conhecimento dos fornecedores).
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: terça-feira, 26 de Novembro de 2013 12:06
Para:
Cc:
Assunto: RE: Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro

Bom dia,

Lamentamos esta situação, que estejam a aparecer na concorrência acções divulgadas em folheto e nós não tenhamos nenhuma.
Assim, tivemos que reagir . Vendemos os seus artigos , pelo que precisamos da validação deste valor.

Aproveito para propor uma acção de 30% em super preço durante parte do nosso período da qev, para um vinho de grande nome, para um generico. Que valor quer investir em topos e folheto, que artigo propõe?

Obrigada

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From: @activebrands.pt]
Sent: segunda-feira, 25 de Novembro de 2013 19:04
To:
Subject: RE: Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro

Boa tarde
Trata-se de uma acção realizada sem a nossa concordância pelo que apelo à sua compreensão...lembrando que já apoiámos de forma muito significativa estes artigos em Agosto na Sonae.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: segunda-feira, 25 de Novembro de 2013 16:46
Para:
Cc:
Assunto: RE: Folhetos Pingo Doce - 19 -25 Novembro

Boa tarde

Não podemos fazer acções , por reacção ao mercado e ter essa resposta.
A marca é vossa e outra insígnia está a promover e a fazer acção com destaque em folheto, que infelizmente não nos propuseram.
Peço a vossa colaboração, dado que estivemos a incentivar as vossas vendas, embora não tenhamos divulgado em folheto.
Obrigada

1816.

1817. Ademais, ainda que a Active Brands pretenda escudar-se na alegação de que «*foi sempre o alvo das referidas ações* [de pressão, coação e retaliação]*, e nunca a autora das mesmas* (...)»[911], a matéria de facto não oferece suporte a esta posição, permitindo concluir, ao invés que cada «pedido de verificação», «ajuste», «reposicionamento» de PVP dirigido reiteradamente às visadas consiste numa forma de pressão para a implementação da «recomendação» de PVP da Active Brands, com vista ao respetivo alinhamento no mercado,

[911] Cf. §453 da PNI Active Brands.

vislumbrando-se igualmente evidências de comportamentos retaliatórios quando tal não sucede. Revisite-se, a este propósito, o teor elucidativo do documento ActiveBrands688, parcialmente reproduzido *infra*:

From: @activebrands.pt]
Sent: sexta-feira, 12 de Novembro de 2010 11:22
To:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ - MUITO URGENTE
Importance: High

Bom dia
Não me parece razoável que se tenha baseado no preço de uma loja para marcar 4,44 a nível nacional. Se não está em condições de corrigir a situação peço-lhe que retire o artigo de folheto ou que o substitua por outro (o que já sucedeu no passado). No caso de insistir lembro que :
- estará a provocar uma erosão desnecessária da sua MG;
- estará a destruir valor de marca (que não deve em circunstância alguma estar em paridade com Offley);
- puxará a totalidade do mercado para 4,44 (perdendo a vantagem relativa que tem neste momento e inviabilizando a possibilidade de um reposicionamento rápido).
Apelo ao seu bom senso lembrando mais uma vez que estamos a falar de artigos bloqueados.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: sexta-feira, 12 de Novembro de 2010 08:33
Para:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ - MUITO URGENTE

Boa tarde,
Em termos do posicionamento de PVP , não podemos alterar um PVP de folheto. Relembro que quando foi marcado havia PVP de mercado a esse preço.

Quanto à negociação global com o , está mencionado que temos que ter condições, em termos futuros, para comercializar as refª, pelo que agradeço que analise os valores que lhe propus para cada refª.
Acrescento a informação que em muitas lojas , já não há stocks dos seus produtos.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mai

1818.

From: activebrands.pt]
Sent: quinta-feira, 11 de Novembro de 2010 12:11
To:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ - MUITO URGENTE
Importance: High

Bom dia
As maiores cadeias nacionais marcam 4,69 (embora algumas lojas Jumbo estejam a acompanhar o seu preço). A situação é grave e terei muita dificuldade em conter PD e MP caso insista no seu preço. Apelo à sua compreensão.
A situação da rentabilidade está a ser analisada numa perspectiva integrada com o
Melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: quinta-feira, 11 de Novembro de 2010 09:39
Para:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Boa tarde,

Este tema deixa-nos muito preocupados, pois o mercado apresenta preços menores que o que vocês propõem. O shopping serviu de base à marcação de PVP, e se as condições não eram as desejadas, com este posicionamento ainda ficamos mais longe.

Soluções?
Há vários dias que lhe questiono soluções para o futuro e inclusive fiz uma proposta de compensação por garrafa que ainda não validou.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel
Mail

1819.

From: @activebrands.pt]
Sent: quarta-feira, 10 de Novembro de 2010 10:39
To:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Bom dia
Quase 100% do mercado segue a recomendação do meu marketing (4,69€) nomeadamente as cadeias que disputam a liderança com a Sonae. Não percebo a resposta nacional a uma situação pontual e temporária, mais ainda num artigo bloqueado onde (segundo refere) tem problemas de MG. Sugiro actualização do PVP de folheto (caso o artigo venha a ser aberto) ou em alternativa peço-lhe que retire o artigo do folheto ou que o substitua por outro.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: quarta-feira, 10 de Novembro de 2010 09:01
Para:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Boa tarde,
Esta situação deixa-nos muito preocupadas, pois não podemos ter um produto em folheto, mais caro que a nossa concorrência.
Além disso este artigo não apresenta condições comerciais como já referi e necessitamos de uma solução urgente.

Esta é mais uma situação que temos que resolver.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

1820.

From: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 13:05
To:
Cc:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)
Importance: High

Boa tarde
Atendendo ao carácter localizado e temporário dos PVP < 4,69 peço-lhe o favor de reconsiderar pois a sua resposta nacional vai gerar outras respostas nacionais que não conseguirei conter (e tão depressa não voltaremos a 4,69).
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 11:42
Para
Cc:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Bom dia

Os PVP's de folheto devem-se ao shopping que recebemos na data em que estes foram marcados.

Envio em anexo o shopping em causa.

Estarei ao dispor para qualquer esclarecimento adicional que considere necessário.

Obrigada.

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

SONAE
Estrada da Outurela, nº118
Edifício Imopolis, Bloco C/D
2790-114 Carnaxide
Portugal

T.
Ext.
F.
e.mail:
www.

1821.

From: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 11:28
To:
Cc:
Subject: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

PD 4,69, MP 4,69, ITM 4,69...

De: @sonaemc.com]
Enviada: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 11:21
Para:
Cc:
Assunto: RE: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)

Boa tarde,

Agradeço que verifique o shopping desse artigo, a nível nacional.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel: :
Mail

From: @activebrands.pt]
Sent: terça-feira, 9 de Novembro de 2010 11:19
To:
Subject: FW: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)
Importance: High

Bom dia
Peço-lhe o favor de verificar esta situação.
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: sábado, 6 de Novembro de 2010 21:16
Para:
Cc:
Assunto: PVP recomendado Velhotes Tawny-Ruby-White 4,69€ (urgente)
Importância: Alta

Boa tarde
Peço-lhe o favor de verificar o PVP de Porto Velhotes Tawny-Ruby-White. Actualmente recomendamos 4,69€. 4,44€ não tem paralelo com o mercado (PD, MP, ITM...), destrói valor de marca e penaliza a sua MG. Não é compreensível...mais ainda quando falamos de artigos bloqueados. Agradeço o seu feedback.
Obg. e melhores cumprimentos,

1822. ---

1823. Neste documento, [Diretor Off-Trade - Active Brands] solicita o reposicionamento de preço de um artigo à MCH, indicando que o preço que aquela insígnia se encontrava naquele momento a praticar «*não tem paralelo com o mercado (PD, MP, ITM...), destrói valor de marca e penaliza a sua MG. Não é compreensível...mais ainda quando falamos de artigos bloqueados. Agradeço o seu feedback*», reiterando esta indicação, pedindo-lhe «*o favor de verificar esta situação*». Após ser confrontado, pela MCH, com a informação de que algumas concorrentes praticavam um preço inferior ao recomendado, o Diretor *Off-Trade* renova a sua solicitação, transmitindo que «[a]*tendendo ao carácter localizado e temporário dos PVP < 4,69 peço-lhe o favor de reconsiderar pois a sua resposta nacional vai gerar outras respostas nacionais que não conseguirei conter (e tão depressa não voltaremos a 4,69)*» tornando evidentes as intenções e os objetivos que se têm exposto ao longo desta Decisão e que permeiam as comunicações mantidas com as insígnias visadas. (sublinhados da AdC)

1824. Efetivamente, o fito do fornecedor é evitar «*guerras de preço*» e manter o nível de PVP alinhado entre as insígnias. A Active Brands não é, como pretende transmitir, uma *marioneta* das empresas de distribuição visadas, orquestrando a coordenação dos alinhamentos sucessivos de preços no mercado (papel que assume com afinco), pressionando, como resulta do documento *supra*, as insígnias à adoção da sua recomendação de PVP e retaliando quando percebe que tal não se irá verificar, como resulta da insistência que se seguiu às já transcritas no § anterior, em que afirma que «[q]*uase 100% do mercado segue a recomendação do meu marketing (4,69€) nomeadamente as cadeias que disputam a liderança com a Sonae. Não percebo a resposta nacional a uma situação pontual e temporária, mais ainda num artigo bloqueado onde (segundo refere) tem problemas de MG. Sugiro actualização do PVP de folheto (caso o artigo venha a ser aberto) ou em alternativa peço-lhe que retire o artigo do folheto ou que o substitua por outro*» e refere que «[n]*ão me parece razoável que se tenha baseado no preço de uma loja para marcar 4,44 a nível nacional. Se não está em condições de corrigir a situação peço-lhe que retire o artigo de folheto ou que o substitua por outro (o que já sucedeu no passado). No caso de insistir lembro que : - estará a provocar uma erosão desnecessária da sua MG; - estará a destruir valor de marca (que não deve em circunstância alguma estar em paridade com Offley); - puxará a totalidade do mercado para 4,44 (perdendo a vantagem relativa que tem neste momento e inviabilizando a possibilidade de um reposicionamento rápido). Apelo ao seu bom senso lembrando mais uma vez que estamos a falar de artigos bloqueados*». (sublinhados da AdC)

1825. Veja-se, identicamente, o teor do documento ActiveBrands151, no qual, depois de ter sido informado pelo seu interlocutor na Auchan, após reposicionamento de preço, que «*há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas…*», o *KA* da Active Brands explica que «[e]*ssas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock ou achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?…*», confirmando, ainda, que «[n]*ão tem stock, confirmei eu pessoalmente na loja e no sistema quando estava na loja*». (sublinhados da AdC)

1826. Este posicionamento da Active Brands perante a recusa das insígnias na adoção dos seus PVP «*recomendados*» e, bem assim, a pronúncia da visada Auchan, que assume ter sido «*sujeita a pressão e ameaçada de corte de fornecimento*»[912] refutam cabalmente a alegação desta visada ao afirmar que se «*resultar da prova que o limite da discussão comercial e de mera recomendação fora ultrapassado – o que apenas se aventa por dever de patrocínio –, não terá sido, certamente, pela AB, em relação à qual não existem exemplos nos autos de pressão ou coação contra outras empresas na cadeia de distribuição*»[913].

1827. Conforme se demonstrou, as conversações constantes dos autos revelam expressamente os mecanismos de pressão, coação e retaliação utilizados pelas visadas no contexto da fixação e alinhamento transversal de PVP no mercado e estão pejadas de exemplos de

[912] Cf. §922 da PNI Auchan.

[913] Cf. §457 da PNI Active Brands.

reações que, devidamente contextualizadas, não configuram uma mera adaptação normal, racional ou competitiva ao posicionamento de preço das concorrentes.

1828. Assim, e em síntese, improcedem os argumentos apresentados em virtude da irrefutabilidade dos elementos probatórios que demonstram que as visadas adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de coação e/ou retaliação, em reação aos desvios face ao posicionamento de PVP concertado, com o objetivo de (re)alinhar ou (re)posicionar o mercado, num esforço conjunto e contínuo para manutenção das margens de comercialização.

1829. Resulta, pois, e de forma cristalina, dos documentos enunciados que as empresas de distribuição visadas não pretendiam obter melhores condições comerciais para oferecerem os PVP mais baixos aos seus clientes, mas antes manter os PVP alinhados em conformidade com o concertado com o fornecedor e as suas concorrentes, recorrendo à Active Brands para esse efeito, no sentido de esta disciplinar as insígnias desviantes e penalizando-a quando esse desígnio não era alcançado.

1830. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a matéria de facto descrita neste capítulo contribui, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a conclusão de que as visadas estão verdadeiramente comprometidas com a fixação de preços descrita na presente Decisão e com o plano comum de alinhamento e subida de PVP, contribuindo, mediante o seu próprio comportamento, com essa mesma intenção, de forma livre, espontânea e esclarecida, para a realização do objetivo comum, envidando esforços e mobilizando recursos para garantir o seu cumprimento, recorrendo, quando necessário, a pressão, coação e retaliação.

1831. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.5 da presente Decisão relativo às formas de pressão, coação e/ou retaliação e que as evidências que resultam da referia 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

1832. Em resultado da factualidade que acaba de descrever-se, verifica-se que o procedimento para garantir, ou pelo menos promover, o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Active Brands no mercado de distribuição retalhista de base alimentar é realizado sempre com recurso ao fornecedor, por vezes através de mensagens de correio eletrónico, cujo conteúdo demonstra que a prática em causa é também muitas vezes implementada recorrendo a contactos telefónicos (cf., em particular, os documentos ActiveBrands857, ActiveBrands1071, ActiveBrands751, ActiveBrands1017, ActiveBrands1025, ActiveBrands1026, ActiveBrands739, ActiveBrands870 e MCH1579) e/ou presenciais (cf., em particular, os documentos ActiveBrands410, ActiveBrands882, ActiveBrands843, ActiveBrands1093, ActiveBrands1117, ActiveBrands681, ActiveBrands113, ActiveBrands189 e MCH1503).

1833. Os referidos contactos por correio eletrónico, telefónicos e presenciais destinam-se a facilitar/promover o ajustamento dos comportamentos dos envolvidos no mercado, desde logo, através da comunicação de informações relativa aos PVP praticados e a praticar, condições comerciais, entre outras.

1834. Ilustrativamente, neste sentido, veja-se o documento ActiveBrands1025, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia um *e-mail* ao seu contacto na Pingo Doce com o assunto «*PVP recomendado Aguardente Reserva CR&F 12,99€*», o qual revela já ter existido uma conversa telefónica na semana anterior sobre o mesmo tema, relembrando a Pingo Doce para alterar o PVP do produto «CR&F» (seguindo-se novas tentativas de contacto com a mesma finalidade – cf. documento ActiveBrands1026).

1835. Outro elemento de prova que demonstra que os temas relacionados com os PVP a praticar eram também discutidos presencialmente entre a Active Brands e as empresas de distribuição consta do documento ActiveBrands843, de 2 de novembro de 2010, com o assunto «*RE: Vinho do Porto*», do qual consta o envio de uma proposta de ação promocional pela Active Brands à Pingo Doce. Não tendo havido entendimento sobre o PVP a praticar, é marcada uma reunião entre a Direção das duas empresas (Diretor *Off-Trade* da Active Brands, Diretor Geral/Administrador da Active Brands e Diretor da Pingo Doce) para o dia 8 de novembro.

1836. As referidas mensagens de correio eletrónico, bem como os demais tipos de interação ocorridos, 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.

1837. Concretamente, as mensagens de correio eletrónico são por norma trocadas por colaboradores da Active Brands que exercem funções nos departamentos comerciais da respetiva empresa, geralmente pelo Diretor *Off-Trade* ou pelos gestores de clientes (*KA*), com os colaboradores das empresas de distribuição visadas que exercem funções nos departamentos comerciais, designadamente gestores de conta, gestores comerciais, ou

analistas de preços, por vezes com a participação direta ou o conhecimento/anuência de chefias (cf. capítulo III.3.4.2 e, entre outros, os documentos ActiveBrands843, ActiveBrands1092, ActiveBrands902, ActiveBrands780, MCH1721, ActiveBrands780, ActiveBrands1025 e ActiveBrands1117).

1838. Destarte, a troca desta informação ocorre normalmente entre os mesmos pontos de contacto do fornecedor e de cada empresa de distribuição visada, que executam todo o processo de controlo e monitorização e de correção dos desvios de PVP.

1839. Em particular no que diz respeito à Active Brands, verifica-se que os *KA* responsáveis pela gestão da conta de determinada zona geográfica ou empresa de distribuição exercem essas funções durante um período relativamente expandido no tempo, reportando sempre a uma única chefia constante dentro da empresa, normalmente ao diretor do canal *Off-Trade* (canal alimentar).

1840. 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 independentemente da mudança de colaboradores dentro dos departamentos responsáveis pela política comercial das diferentes empresas visadas.

1841. Assim, 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.

1842. Os contactos que servem de suporte à prática (ilícita) entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas encontram-se, nessa medida, institucionalizados. Estes contactos sobre matérias sensíveis 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.

1843. 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).

1844. 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, os capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5, em particular, os documentos ActiveBrands220, ActiveBrands828, ActiveBrands153 e ActiveBrands831).

1845. Com efeito, a informação (relativa a preços ou outras condições passados, presentes 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.

1846. O fornecedor é frequentemente o destinatário da informação remetida por uma empresa de distribuição, funcionando como o elo de ligação (*hub*/*pivot*) na passagem/transmissão dessa mesma informação a uma empresa de distribuição concorrente.

1847. No presente caso, constam dos autos múltiplas situações em que se verifica que o fornecedor recebe pedidos de recolha, e recolhe também ele próprio, talões comprovativos da implementação de um determinado PVP por determinada empresa de distribuição, que depois envia às empresas de distribuição concorrentes (capítulos III.3.1.3 e III.3.1.4 da presente Decisão, nomeadamente os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands183, ActiveBrands772, ActiveBrands659 e Activerands778).

1848. 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 expetativa, 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/recebida.

1849. 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 (*e-mail*), 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.

1850. No presente caso, a troca de informação é caraterizada 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, a informação resultante de tais contactos é transmitida (multilateralmente) pelo fornecedor às diversas empresas de distribuição concorrentes, que, por sua vez, têm a expetativa de que informação idêntica, por si transmitida ao «*hub*», 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.

III.3.3 Natureza secreta da conduta

1851. Conforme referido *supra*, cumpre salientar o facto de este tipo de coordenação (que *infra* se qualificará como restritiva da concorrência) ser por natureza secreta e extremamente difícil de detetar.

1852. A análise do acervo probatório constante dos presentes autos revela que as empresas envolvidas recorrem, frequentemente, a formas de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo (conversas presenciais e contactos telefónicos, conforme já detalhado no capítulo III.3.2), bem como a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada.

1853. Exemplos dessa forma de comunicação resultam dos inúmeros reportes de *shopping* enviados pelas empresas de distribuição visadas para a Active Brands com a mera indicação de que o *shopping* enviado se destina ao *«conhecimento e análise»* da Active Brands (cf. documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands832, ActiveBrands828, MCH1410 e ActiveBrands831), que *«é importante a sua análise e verificação da situação exposta»* (cf. documento ActiveBrands210), que é *«para intervenção»* (cf. documento ActiveBrands686), ou que se aguardam comentários (cf. documento ActiveBrands153). O contexto em que essas mensagens são trocadas e a resposta dada às mesmas não deixa, contudo, margem para dúvida quanto ao respetivo significado, nos termos acima oportunamente detalhados (cf. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão).

1854. Por vezes os *e-mails* enviados não contêm, propositadamente, qualquer texto, não sendo sempre necessária uma solicitação expressa para que a Active Brands depreendesse o significado/objetivo de tal comunicação e implementasse o subsequente procedimento de correção de PVP (cf., por exemplo, os documentos ActiveBrands754 e ActiveBrands102).

1855. Neste sentido veja-se o conteúdo do documento ActiveBrands772, particularmente revelador da existência de consciência de uma prática anticoncorrencial, no qual o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dá a seguinte instrução expressa a uma colaboradora da sua equipa no sentido da recolha de talão comprovativo de alinhamento pela Pingo Doce: «[Confidencial – Dados Pessoais] (…) *peço o favor de na quarta-feira comprares uma garrafa de cada em PD (prevejo alteração para essa data…embora ainda não confirmada) e enviares o talão para a* [Confidencial – Dados Pessoais] [colaboradora da MCH]…*sem notas…apenas com "ficheiro" em subject…pode ser?*» (sublinhado da Autoridade).

1856. Destaca-se ainda o documento ActiveBrands193, que consiste num *e-mail* interno da Active Brands no qual pode ler-se que a Pingo Doce vai proceder a uma alteração de preços e é salientada a natureza sigilosa da informação («*aguardo confirmação da data exata (até lá guardem sigilo*)».

1857. Em alguns casos, as empresas de distribuição visadas chegam mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir ou, pelo menos, a alertar os colaboradores das respetivas empresas para o cuidado que devem ter em face da potencial ilegalidade dos comportamentos em causa.

1858. Neste sentido, veja-se o conteúdo do documento MCH1721, o qual é particularmente revelador da existência de consciência de uma prática anticoncorrencial. Este consiste numa troca interna de correio eletrónico (MCH), ocorrida entre 8 e 9 de julho de 2009, sobre o assunto «*Cuidados a ter*», em que a diretora comercial alimentar da MCH alerta internamente para a necessidade de todos os colaboradores serem cuidadosos ao «*eliminarem todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas*».

1859. Este alerta vem na sequência de «*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*»:

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 comunição social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distibuidores, 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]

1860. O alerta é depois reencaminhado internamente e, inclusive, reforçado:

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,

1861. Nesta medida, admite-se que a análise da totalidade da prova constante dos autos não permita revelar integralmente os verdadeiros e reais contornos da prática sob investigação, os quais aparentam ser mais amplos e sérios.

1862. Ora, apesar dos mecanismos utilizados pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas para ocultar a prática da infração *sub judice,* a prova que pôde ser carreada para os autos sustenta a existência de uma verdadeira relação de interdependência das insígnias entre si, e entre estas e o fornecedor na coordenação para fixação e alinhamento dos PVP, nos termos descritos.

III.3.3.1 Pronúncias das visadas

1863. As visadas contestam as conclusões da AdC constantes dos capítulos da Nota de Ilicitude relativos a meios, forma e organização e natureza secreta da conduta, com base nos argumentos que se expõem de seguida[914].

1864. Relativamente aos meios, forma e organização do conjunto de condutas que consubstanciam a prática que lhes é imputada, as empresas de distribuição 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 inexiste fundamento para declarar a existência de uma infração de natureza horizontal[915].

1865. Relativamente à natureza secreta da conduta, 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

[914] Por uma questão metodológica, optou-se por fazer uma síntese das pronúncias das visadas e apreciação da AdC únicas para os capítulos III.3.2 e III.3.3, uma vez que parte das visadas não se pronunciou sobre um ou ambos (a Auchan e a Active Brands, respetivamente) ou não diferenciou estes capítulos nas suas pronúncias (no caso, a MCH e a Pingo Doce).

[915] Cf. §12 da PNI MCH, §433 da PNI Pingo Doce e §11 da PNI Auchan.

comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo, negando a verificação de qualquer tipo de secretismo associado à prática investigada[916].

1866. Finalmente, a MCH e a Pingo Doce alegam que, em todo o caso, a informação trocada em comunicações descritas na presente Decisão é pública[917].

1867. A visada Active Brands não apresentou quaisquer argumentos específicos quanto a estes dois capítulos, alegando que «[u]*ma vez que as considerações que se teceram nas secções precedentes põem em causa, de forma evidente, a acusação da AdC de que as Visadas terão participado numa prática restritiva da concorrência, não se afigura importante, nesta fase, refutar, em detalhe, a descrição que a AdC faz nestes capítulos sobre os meios, a forma e a organização da alegada infração, bem como sobre a sua natureza supostamente secreta*»[918].

1868. A pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] alega que se afigura normal que se «*crie uma rede de contactos recíprocos*»[919] entre empresas, que é comum «*o envio de mensagens com cópia (conhecimento) da hierarquia*»[920] e natural «*que essa rede de contactos comerciais tenha atuado "com os mesmos pontos de contacto", porquanto só deste modo são potenciadas as sinergias entre as respetivas funções*»[921] e que «*os responsáveis de uma determinada zona possam exercer funções por tempo "expandido" e, como tal, reportar ao mesmo diretor*»[922].

III.3.3.2 Apreciação da Autoridade

1869. Analisadas as pronúncias das visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para caracterizar os comportamentos investigados, a AdC conclui pela improcedência da argumentação quanto à matéria de facto que subjaz aos capítulos III.3.2 e III.3.3, conforme análise que se desenvolve de seguida.

1870. Com efeito, não se ignora que uma relação comercial entre fornecedor e distribuidor, que dura ao longo de um período alargado de tempo (no caso, vários anos), tenha necessariamente de implicar uma troca de comunicações frequente entre responsáveis dos respetivos departamentos comerciais, abordando-se temas sensíveis de negociação e discutindo-se preços (embora essencialmente na perspetiva grossista).

---

[916] Cf. §645 e §1040 da Nota de Ilicitude e §§400 a 417 da PNI MCH e §§273 a 279 da PNI Pingo Doce.

[917] Cf. §§401 e 536 da PNI MCH e §§273 a 279 da PNI Pingo Doce.

[918] Cf. §464 da PNI Active Brands.

[919] Cf. §59 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[920] Cf. §60 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[921] Cf. §62 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[922] Cf. §64 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

1871. No entanto, o que resulta dos elementos probatórios constantes dos autos é que essas trocas de comunicações iam muito para além desse tipo de mensagens, servindo como meio de operacionalização da infração que se imputa às visadas, nos termos acima evidenciados.

1872. De facto, eram assumidas como funções dos colaboradores da Active Brands 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 – de retalho – (cf. capítulo III.3.1.3 *supra*), o controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, a correção de desvios (cf. capítulo III.3.1.4 *supra*), e a adoção de formas de pressão, coação e retaliação (cf. capítulo III.3.1.5 *supra*), com o objetivo de alinhar os PVP.

1873. E essas funções eram desempenhadas através dos contactos regulares e institucionais que estabeleciam nos termos demonstrados nos capítulos precedentes.

1874. Daí que seja evidente que a ilicitude dos comportamentos não decorre da mera existência de contactos em si, mas do conteúdo dos mesmos no contexto e em execução da prática *sub judice*, conforme resulta dos elementos probatórios já elencados.

1875. Quanto ao argumento de defesa relativo à inexistência de comunicação direta entre as empresas de distribuição visadas e de uma relação multilateral entre todas as empresas visadas, o mesmo é frontalmente contrariado e afastado pela prova produzida nos autos. A este propósito, a AdC esclarece que ainda que inexista nos autos prova de comunicação direta entre as empresas de distribuição visadas, existe prova abundante de comunicação indireta, estabelecida através do fornecedor, que funciona como intermediário ou veículo da informação estratégica sobre a definição e alinhamento de PVP entre as empresas de distribuição.

1876. De facto, a inexistência de prova de interações diretas entre as empresas de distribuição visadas não significa que não exista comunicação entre elas, o que é, aliás, enquadrável na tipologia da infração que se lhes imputa.

1877. Com efeito, na prática concertada de «*hub and spoke*»[923], 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.

1878. 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*».

1879. Este é, aliás, um elemento relevante na apreciação da factualidade subjacente ao presente processo contraordenacional, de uma outra perspetiva: a do teor da informação circulada. Mensagens com o conteúdo das constantes dos autos se fossem transmitidas diretamente entre concorrentes não deixariam quaisquer dúvidas sobre o seu caráter ilícito. A

[923] Designação doutrinária associada à prática concertada objeto do presente processo de contraordenação.

particularidade do presente processo a esse respeito é apenas a de, em vez de serem diretamente transmitidas entre empresas de distribuição visadas, tais mensagens são veiculadas entre elas por interposta entidade: o fornecedor.

1880. Assim e em síntese, é normal e expectável que inexistam elementos probatórios com tais comunicações diretas, até porque as visadas aproveitavam as relações comerciais que licitamente tinham com o fornecedor para prosseguir esta prática ilícita, pelo que o meio utilizado para a transmissão de informação era a Active Brands, confiando, igualmente, que a informação comunicada por esta era transversalmente transmitida ao mercado.

1881. Como referido anteriormente, a prova junta aos autos demonstra que a Active Brands recebe informação de cada insígnia relativa à respetiva intenção (presente e) futura em matéria de definição de PVP (incluindo o posicionamento concreto do PVP e o calendário para a respetiva adoção), seja no momento do alinhamento com os PVP *target* comunicados pelo fornecedor, seja no momento da eventual correção de desvios, disseminando essa informação pelo mercado (cf. capítulos III.3.1.3 e III.3.1.4 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1882. A título ilustrativo, recorde-se o teor da conversação constante do documento ActiveBrands119 (*supra* descrito nos §§1152 a 1157), em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] instrui a sua equipa quanto às alterações futuras de preços, referindo: «[Confidencial – Dados Pessoais] *e* [Confidencial – Dados Pessoais]*,* [a] *Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD*. [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)? O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide*. [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*» (sublinhados da Autoridade).

1883. Ou veja-se ainda o documento MCH1417, de 10 de fevereiro de 2011, com o assunto «*RE: Sogrape semana 07 a 13 Fev.xls*» em que, tendo recebido um reporte de um preço desviado do praticado pela MCH e indicado pela Active Brands, o fornecedor responde àquela insígnia: «:[n]*o caso do Loios Tinto e Branco a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 2,99. As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias. O mesmo sucede com Marquês de Borba Branco onde actualmente recomendamos 4,*99.*No caso de Marquês de Borba Tinto a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 5,89. Não percebo MP 4,75 e JMB 4,75 (quando estes preços já foram alterados na semana passada para a nossa recomendação conforme talão enviado). Peço-lhe que verifique por favor. No caso do Porto Velhotes Tawny-Ruby-White a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 4,39. As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias*» (sublinhados da Autoridade).

1884. De facto, 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.

1885. Situações em que se verifica esta expectativa podem ser encontradas, designadamente, nos documentos ActiveBrands214, ActiveBrands835, MCH1417, ActiveBrands916, ActiveBrands817, ActiveBrands550, ActiveBrands182 e ActiveBrands1010.

1886. Não se ignora que a fonte inicial de muita 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.

1887. Em conclusão, nem a Active Brands atua exclusivamente com base numa política de mera recomendação de preços, nem as insígnias definem os seus PVP de forma autónoma; a prova revela a presença de um *iter* cognoscitivo determinante para a formação da vontade das insígnias quanto à definição dos PVP que se reveste de uma natureza anticoncorrencial, pois traduz-se numa concertação prática, alcançada por via do fornecedor, o qual viabiliza, através da manutenção de relações e contactos bilaterais com as várias insígnias, a existência e manutenção de uma relação multilateral, na qual é passada informação sensível, com o objetivo de fixar e alinhar os PVP.

1888. No que respeita particularmente à Auchan, importa ainda salientar que, não obstante esta visada seguir um diferente modelo de negócio, a cliente da Active Brands é a respetiva central, cabendo-lhe a negociação de condições comerciais, bem como de ações promocionais[924], sendo os contactos a estes propósitos realizados, por excelência, com a mesma, que, por sua vez, envia a informação para as respetivas lojas.

1889. Ora, sem prejuízo da autonomia formal de cada loja, a prova revela a transmissão dos PVP entre a central e as respetivas lojas, as quais muitas vezes enviam a respetiva confirmação à Active Brands fomentando nesta e, por sua vez, nas concorrentes, uma determinada expectativa quanto à implementação dos PVP previamente concertados (cf., e sem prejuízo dos casos em que a central é diretamente parte nas comunicações, documentos ActiveBrands153, ActiveBrands200, ActiveBrands421, ActiveBrands677, ActiveBrands707, ActiveBrands710, ActiveBrands744, ActiveBrands822 e ActiveBrands1485).

1890. Não se negam, igualmente, os contactos entre a Active Brands e as lojas da Auchan, nomeadamente para efeitos de monitorização e correção de desvios (cf. documentos

[924] Neste sentido, veja-se a inquirição requerida por esta visada, nomeadamente a fls. 4042 a 4048 do processo.

Activebrands182 e ActiveBrands140). No entanto, como se demonstrou acima, na hipótese de as lojas não implementarem os preços fixados, os gestores de canal da Active Brands entram também em contacto com a central (cf. documentos ActiveBrands153 e ActiveBrands677), tendo em vista (através desta) a prossecução do (re)alinhamento pretendido.

1891. Face ao exposto, consideram-se improcedentes os argumentos da defesa associados ao capítulo dos meios, forma e organização da prática descrita, formando a AdC a sua convicção de que as evidências que se extraem da prova junta aos autos 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.

1892. Relativamente à natureza secreta da conduta e ao argumento sobre a 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 constituída por simples iniciais ou abreviaturas, bem como por expressões lacónicas, ainda que facilmente compreensíveis pelos respetivos recetores.

1893. Acresce a utilização de termos que visam transmitir uma aparência de licitude, quando têm abertamente subjacente uma realidade restritiva da concorrência, nos termos que a prova atesta de forma clara, nomeadamente, o recurso à expressão «*pvp recomendado*», quando os intervenientes sabiam que se tratava de verdadeiros PVP fixos.

1894. Recorde-se, quanto a este ponto, o *supra* descrito no documento ActiveBrands231[925], no qual uma proposta feita pela Active Brands à MCH deriva numa troca de informações que permite concluir que a MCH entendia os PVP «*recomendados*» por aquela como verdadeiros PVP finais:

[925] Cf. §915 *supra.*

De:
Enviada: terca-feira. 23 de Novembro de 2010 10:55
Para:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Validado.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From:
Sent: terça-feira, 23 de Novembro de 2010 10:40
To:
Cc:
Subject: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Bom dia
Não espero alterações significativas de PVP pelo que podemos avançar.
Posso considerar validada esta acção?
Obg. e melhores cumprimentos,

De:
Enviada: terça-feira, 23 de Novembro de 2010 08:28
Para:
Cc:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão Cliente

Boa tarde,
Os descontos devem ser em termos percentuais, pois os PVP podem ter algumas oscilações.
Assim, pelo que reenvie as suas propostas. Obrigada.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From: @activebrands.pt]
Sent: segunda-feira, 22 de Novembro de 2010 18:00
To:
Cc:
Subject: Proposta Acções Cartão Cliente

Boa tarde
Peço-lhe o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos as seguintes acções.
Conceito da acção : desconto de 10% em cartão.
Insígnias : todas.
Período da acção : 6 a 20 de Dezembro (correspondência com a C26).
Artigos :
Porto Burmester Tawny-Ruby-White (código 2219960-2534251-2219961) / PVP recomendado : 5,99€ / Investimento AB : 0,60€ por garrafa (*).
Porto Burmester Jockey Club Reserve (código 2307942) / PVP recomendado : 11,99€ / Investimento AB : 1,20€ por garrafa (*).
Porto Velhotes Reserva (código 3640159) / PVP recomendado : 9,49€ / Investimento AB : 0,95€ por garrafa (*).
Porto Cálem Reserva (código 2102649) / PVP recomendado 11,49€ / Investimento AB : 1,15€ por garrafa (*).
Vinho Loios Tinto-Branco (código 4088290-4047481) / PVP recomendado : 2,99€ / Investimento AB : 0,30€ por garrafa (*).
Vinho Marquês de Borba Tinto (código 4290913) / PVP recomendado : 5,89€ / Investimento AB : 0,59€ por garrafa (*).
Vinho Burmester Tinto (código 3637248) / PVP recomendado : 4,99€ / Investimento AB : 0,50€ por garrafa (*).
(*) A pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias indicados.
Obg. e melhores cumprimentos,

1895. Ou ainda o documento, ActiveBrands572[926], no qual é solicitado pela MCH à Active Brands a «*indicação de uma data para reposicionamento de PVPs no mercado, para garantir que não ficamos descompetitivos*», demonstrando que era assumido pelas insígnias que a política de recomendações da Active Brands era transversalmente seguida por todas.

1896. No mesmo sentido quando as visadas identificam os PVP como estando «*ok*» ou «*corretos*», tal significa 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., entre outros, os documentos ActiveBrands922, ActiveBrands814, ActiveBrands807, ActiveBrands812 e ActiveBrands806).

1897. E também quando alguns intervenientes mencionam a necessidade de «*verificação*» e «*correção*» em algumas lojas de empresas de distribuição visadas, só podem referir-se – e resulta demonstrado que se referiam – à necessidade de correção dos desvios detetados (cf., designadamente, documentos ActiveBrands1055, ActiveBrands1071, ActiveBrands1026, ActiveBrands1025, ActiveBrands1010, ActiveBrands1002, ActiveBrands958, ActiveBrands939, ActiveBrands922, ActiveBrands820, ActiveBrands815, ActiveBrands808, ActiveBrands778, ActiveBrands576, ActiveBrands186, ActiveBrands808, ActiveBrands576, ActiveBrands186, ActiveBrands103 e ActiveBrands98).

[926] Cf. §1205 *supra.*

1898. Por fim, o uso de expressões como «*regularizada*» ou «*corrigido*» ou «*ok*» para se referirem a correções de preços que já teriam sido alcançadas, repondo-se o alinhamento do mercado, visam o mesmo fito (cf., entre outros, os documentos, ActiveBrands922, ActiveBrands820, ActiveBrands808 e ActiveBrands110).

1899. 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 (ou não poderiam deixar de perceber) o sentido e alcance de tais expressões.

1900. Por vezes, no entanto, os cuidados são menores e as visadas recorrem a expressões mais explícitas, como seja o «*alinhamento*» e ao «*nivelamento dos PVP*» (cf., designadamente, documentos ActiveBrands110, MCH1781, MCH1471, ActiveBrands1297 e ActiveBrands697).

1901. Cumpre notar que não se ignora que essa linguagem se tenha tornado rotineira e comum para as visadas, já que recorrem à mesma, pelo menos, ao longo de aproximadamente oito anos, no âmbito das práticas que a Autoridade lhes imputa, ainda que seja natural e até expectável que a mesma se tenha tornado, ao longo da prática, mais sucinta e simplificada, em resultado da crescente estabilização dos meios, forma e organização inerentes aos procedimentos concertados – tendentes a promover o alinhamento horizontal dos PVP.

1902. Acresce que a própria forma como esta prática foi delineada, revestindo as caraterísticas de um «*hub and spoke*», torna mais difícil as deteções da mesma, pois, por definição, inexistirão sempre comunicações diretas trocadas entre as empresas de distribuição visadas – os «*spokes*» –, já que as mesmas ocorriam indiretamente através da Active Brands – o «*hub*».

1903. E tais comunicações indiretas ocorrerão, para além da etapa de fixação dos preços, sobretudo, perante a deteção – e necessidade de correção – de desvios, pelo que, quanto melhor funcionar o alinhamento coordenado entre as visadas, menores serão os registos probatórios da sua existência, já que, perante o cumprimento do concertado, não haverá necessidade de interações daquelas tipologias corretivas.

1904. Mais se diga, de um ponto de vista formal de análise, tendo apenas em conta o remetente e os destinatários das mensagens em causa, que é natural que os elementos probatórios evidenciem a verticalidade das comunicações em que o fornecedor e as diferentes empresas de distribuição visadas concertam os PVP de determinados produtos.

1905. Ainda assim, o que esses elementos probatórios também revelam, após análise do conteúdo dos mesmos, da interligação das várias cadeias de mensagens verticais trocadas, do contexto em que ocorrem e da perceção da linguagem utilizada, é o impacto horizontal que essas comunicações pretendem ter e efetivamente têm: o de serem transmitidas às empresas de distribuição visadas com o conhecimento (triangulado) das restantes, com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado (cf., por

exemplo, os documentos MCH1523, ActiveBrands710, ActiveBrands807, ActiveBrands686 e ActiveBrands153).

1906. Concorre para o secretismo identificado o cuidado na dissimulação ou eliminação de vestígios das condutas em causa, nos termos acima descritos (cf. os documentos MCH1721 e ActiveBrands772).

1907. Nesta medida, considerando a referência à eliminação de elementos de prova, admite-se que a análise da totalidade da prova constante dos autos não permita revelar integralmente os verdadeiros e reais contornos da prática sob investigação, os quais aparentam ser mais amplos e sérios.

1908. A este específico propósito e relativamente ao mencionado documento MCH1721, a MCH justifica a temática do mesmo como não respeitante à prática *sub judice*, embora sem demonstrar que assim seja[927]. 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.

[927] Cf. §401 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 em causa no processo, tratando-se da relação comercial entre distribuidores e fornecedores na perspetiva das práticas individuais restritivas do comércio (cf. §§402 a 418 e doc. n.º 2 anexo à PNI MCH).

1909. Recorde-se o teor de tal documento, melhor descrito *supra* no §1858 e seguintes:

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 comunição social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distibuidores, venho alertar para a

1

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]

1910.

1911. Não obstante o teor do documento ser suficientemente esclarecedor e dispensar explicações adicionais, a AdC destaca os seguintes aspetos:

i) Trata-se de um *e-mail* enviado pela Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo aos colaboradores, sobre notícias 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 *e-mails* internos e de *e-mails* trocados com fornecedores sobre preços aplicáveis ao retalho alimentar e que o seu conteúdo exige a respetiva 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; e

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.

1912. Portanto, este documento permite concluir que, em julho de 2009, a MCH discutia PVP com os seus fornecedores de Produtos de Grande Consumo (categoria em que os produtos da Active Brands se inserem) e que tais discussões sobre PVP podiam ser percecionadas pela AdC como reveladoras de uma prática anticoncorrencial.

1913. 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.

1914. 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.

1915. Demonstrando, assim, a consciência da visada acerca da ilicitude do seu comportamento, atuando no sentido de evitar a sua deteção pela Autoridade.

1916. 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 *e-mails* internos e com conversações externas com os fornecedores que verse sobre preços.

1917. De facto, de forma clara, a preocupação da MCH não é a de não manter 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 que os vestígios da ocorrência de tais conversas devem ser eliminados.

1918. 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.

1919. Conclui-se, assim, que há nos autos prova irrefutável de que existe, de facto, um conjunto de circunstâncias que revelam o secretismo associado à prática investigada.

1920. Ainda assim, apesar dos mecanismos utilizados pela MCH e pelas restantes visadas para ocultar a prática das condutas – da infração – *sub judice*, a prova que pôde ser carreada para os autos sustenta a existência de uma verdadeira relação de interdependência e coordenação entre si, e entre estas e o fornecedor, na fixação e alinhamento dos PVP, nos termos descritos.

1921. 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.

1922. 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 são enviados ao fornecedor *e-mails* sem texto e apenas com tabelas de *shopping*: o fornecedor sabe que comportamento é esperado (pela insígnia que remete o *e-mail*) 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 ActiveBrands102, ActiveBrands117, ActiveBrands118, ActiveBrands754, ou ActiveBrands156).

1923. Quanto ao argumento de defesa relativo ao alegado caráter 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 e comunicação/partilha num momento em que não são ainda do domínio público (cf. documentos ActiveBrands189, ActiveBrands195, ActiveBrands108, ActiveBrands119, ActiveBrands191, ActiveBrands193, ActiveBrands880).

1924. Acresce que estão em causa PVP futuros de várias insígnias, os quais não seriam (ou não deveriam ser) do conhecimento das concorrentes.

1925. Neste sentido, pode ler-se nas referidas comunicações, «[e]*quipa,* [j]*unto envio próximas actualizações de PVP no PD (que deverão estender-se nos dias seguintes ao conjunto do mercado)*» (cf. documento ActiveBrands189), «[e]*quipa,* [l]*embro que o PD vai alterar amanhã os preços de Carolans, CR&F e 1920 (segundo a recomendação do nosso marketing). Já efectuei recomendação nas centrais…efectuem por favor nas lojas (sobretudo Jumbo…e sobretudo Jumbo lido em shopping como por exemplo Alfragide)*» (cf. documento ActiveBrands108), «[Confidencial – Dados Pessoais] *e* [Confidencial – Dados Pessoais]*,* [a] *Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.*» (cf. documento ActiveBrands119), «[e]*quipa,* [c]*hamo a vossa atenção para a necessidade de normalização dos preços das FQE. O Auchan ficou de enviar comunicação hoje para as lojas* (…) *Peço a vossa ajuda loja-a-loja. A Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira.*» (cf. documento ActiveBrands191), «[e]*quipa,* [o] *PD vai alterar nos próximos dias os preços de alguns dos nossos artigos.* (…) *É importante que o mercado siga estas recomendações (até para facilitar a reabertura da Sonae). Aguardo confirmação da data exacta (até lá guardem sigilo)*» (cf. documento ActiveBrands193), «[e]*quipa, PD altera no próximo dia 3 de Março LB para 9,48 e Loios para 2,98. Produzam as necessárias recomendações nas lojas (comprovem com talões se necessário). Vou falar com as centrais*» (cf. documento ActiveBrands880).

1926. Em todo o caso, cumpre ainda esclarecer que existem, de facto, outras conversações que – pela sua natureza – versam sobre informação com caráter público, designadamente as conversações utilizadas para descrever os comportamentos associados ao controlo e monitorização de PVP e à correção de desvios, que indicam os PVP que estão a ser praticados; não obstante, dado que essas conversações versam sobre a compatibilidade

desses PVP com o posicionamento previamente concertado, o argumento da natureza dos dados veiculados sucumbe perante as evidências que revelam o objetivo anticoncorrencial da respetiva conduta de partilha dos mesmos (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

1927. A AdC forma, assim, a sua convicção de que as evidências que se extraem da prova junta aos autos contribuem de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a declaração de existência de uma prática anticoncorrencial de natureza simultaneamente vertical e horizontal, conforme *infra* qualificada na secção do Direito, executada através da interação entre o fornecedor – aqui utilizado como intermediário e *elo de ligação* entre as empresas de distribuição concorrentes – e as empresas de distribuição visadas, interação que, por vezes, assume uma natureza secreta, recorrendo a meios que não deixam rasto, e/ou é deliberadamente ocultada.

III.3.4 Envolvimento das visadas

1928. Como se observou nos capítulos precedentes, a matéria de facto descrita na presente Decisão revela que os comportamentos em investigação foram acontecendo de modo generalizado, constante e organizado entre todas as visadas.

1929. Neste aspeto, é reveladora a existência de comunicações *i)* bilaterais, entre fornecedor e empresas de distribuição, de teor idêntico ao longo de vários anos; *ii)* que dão conta às empresas de distribuição visadas do PVP a praticar e que determinada insígnia passará a praticar ou deixará de praticar determinado PVP ou que já corrigiu ou vai corrigir os desvios de 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(s) empresa(s) de distribuição, assim se criando uma cadeia de comunicações (indireta) entre concorrentes; ou, finalmente, *iv)* que demonstram que os contactos mantidos extravasam o correio eletrónico e ocorrem também por telefone e/ou por contactos presenciais.

1930. Considera-se como meios de prova dos comportamentos descritos nos capítulos precedentes os *e-mails* trocados internamente em cada empresa, os *e-mails* 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 (Active Brands) entre as empresas de distribuição visadas, que reportam ou indicam determinado comportamento (desviante ou no sentido do alinhamento) de determinada empresa de distribuição concorrente.

1931. 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 respetiva participação, bem como dos factos concretamente apurados e demonstrados com base na prova relativamente às mesmas.

1932. 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, da mesma forma[928] ou com a mesma intensidade/envolvimento nos comportamentos *sub judice*.

1933. 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.

1934. Independentemente da duração ou do grau do respetivo envolvimento, a prova constante do processo revela, em todo o caso, uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das visadas, que decorre não só do facto de existirem *e-mails* em todos os anos do período de tempo considerado relevante para efeitos da infração, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios sérios – ou mesmo leves – de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspendido em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado, ou que demonstre que as visadas tenham feito algo para que a prática cessasse.

1935. Neste quadro, estabelece-se, nos capítulos subsequentes, o envolvimento de cada visada, tendo em consideração a factualidade descrita nos capítulos antecedentes da presente Decisão.

III.3.4.1 Active Brands

1936. De acordo com os elementos analisados, a Active Brands iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 29 de outubro de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento ActiveBrands224), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands520).

1937. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação do período em que a Active Brands terá estado envolvida na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à visada, a AdC limitará a duração da prática imputável à Active Brands ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor[929].

1938. Neste sentido, a AdC considerará que a Active Brands esteve envolvida na prática investigada entre 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que

[928] Desde logo e em particular, o papel do fornecedor na prática investigada é necessariamente diferente, mas complementar, do papel das empresas de distribuição, nos termos já descritos e que se detalharão *infra* no presente capítulo.

[929] Sem prejuízo de, ainda assim, na sua análise a AdC ter em conta *e-mails* anteriores e posteriores às datas consideradas, uma vez que se consideram relevantes na contextualização do relacionamento comercial entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721) e 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Auchan – cf. documento ActiveBrands1565).

1939. A Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meio de prova para determinar o início e o final da infração correspondente à prática investigada.

1940. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Active Brands:

(i) Definia/concertava o posicionamento de PVP a ser implementado pelas várias empresas de distribuição futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. os documentos ActiveBrands1018, ActiveBrands228, ActiveBrands227, ActiveBrands234, ActiveBrands235, ActiveBrands236, ActiveBrands1122, ActiveBrands795, ActiveBrands794, ActiveBrands278, ActiveBrands242, ActiveBrands1484, ActiveBrands822, ActiveBrands241, ActiveBrands1531, ActiveBrands1481, ActiveBrands1479, ActiveBrands1538, ActiveBrands1473, ActiveBrands1474, ActiveBrands248, ActiveBrands249, ActiveBrands626, ActiveBrands260, ActiveBrands420, ActiveBrands361, ActiveBrands399, ActiveBrands1485, ActiveBrands41, ActiveBrands50, ActiveBrands797, ActiveBrands1020, ActiveBrands1297, ActiveBrands1019, ActiveBrands294, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands654, ActiveBrands870, ActiveBrands978, ActiveBrands90, ActiveBrands663, MCH1965[930], ActiveBrands611, ActiveBrands239, ActiveBrands219, ActiveBrands218, ActiveBrands198, ActiveBrands973, MCH1410, ActiveBrands818, ActiveBrands815, ActiveBrands1071, ActiveBrands910, ActiveBrands614, ActiveBrands1253, ActiveBrands916, ActiveBrands576, ActiveBrands1055, ActiveBrands847, ActiveBrands739, AtiveBrands792, ActiveBrands793, ActiveBrands843, ActiveBrands231, ActiveBrands304, ActiveBrands1092, ActiveBrands894, ActiveBrands902, ActiveBrands892, ActiveBrands1370, ActiveBrands944, ActiveBrands933, ActiveBrands945, ActiveBrands946, ActiveBrands947, ActiveBrands47, ActiveBrands247, ActiveBrands1017, ActiveBrands1505, ActiveBrands92, ActiveBrands269, ActiveBrands579, ActiveBrands382, ActiveBrands95, ActiveBrands248, ActiveBrands448, ActiveBrands848, ActiveBrands811, ActiveBrands901, ActiveBrands92, ActiveBrands348, ActiveBrands895, ActiveBrands1514, ActiveBrands312, ActiveBrands10, ActiveBrands919, ActiveBrands410, ActiveBrands653, ActiveBrands788, ActiveBrands966, ActiveBrands1282, ActiveBrands1297, ActiveBrands997, ActiveBrands1573, ActiveBrands272, ActiveBrands943, ActiveBrands133, ActiveBrands1046, ActiveBrands1617, ActiveBrands58, ActiveBrands1106, ActiveBrands1218, ActiveBrands144, ActiveBrands916, ActiveBrands950, ActiveBrands266, ActiveBrands96,

[930] Os *e-mails* integram a conversação n.º 4 que inclui o envio de *e-mail* idêntico pela MCH a um conjunto de fornecedores.

ActiveBrands866, ActiveBrands1002, ActiveBrands520, ActiveBrands835, ActiveBrands210, ActiveBrands633, ActiveBrands628, ActiveBrands1114, ActiveBrands784, ActiveBrands821, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands107, ActiveBrands819, ActiveBrands1098, ActiveBrands748, ActiveBrands105, ActiveBrands1120, ActiveBrands122, ActiveBrands212, ActiveBrands104, ActiveBrands684, ActiveBrands842, ActiveBrands1008, ActiveBrands648, ActiveBrands179, ActiveBrands215, ActiveBrands108, ActiveBrands29, MCH1770, MCH1781, ActiveBrands289, ActiveBrands685, ActiveBrands1483, ActiveBrands1482, ActiveBrands1078, ActiveBrands200, ActiveBrands421, ActiveBrands251, ActiveBrands932, ActiveBrands1085, ActiveBrands963, ActiveBrands1502, ActiveBrands417, ActiveBrands419, ActiveBrands941, ActiveBrands808, ActiveBrands1007, ActiveBrands1001, ActiveBrands226, ActiveBrands883, ActiveBrands881, ActiveBrands886, ActiveBrands232, ActiveBrands834, ActiveBrands233, MCH1509, ActiveBrands742, ActiveBrands751, ActiveBrands1125, ActiveBrands1117, ActiveBrands313, ActiveBrands991, MCH2193, ActiveBrands42, ActiveBrands48, ActiveBrands49, ActiveBrands51, ActiveBrands53, ActiveBrands71, ActiveBrands96, ActiveBrands127, ActiveBrands142, ActiveBrands146, ActiveBrands184, ActiveBrands250, ActiveBrands264, ActiveBrands271, ActiveBrands280, ActiveBrands285, ActiveBrands286, ActiveBrands293, ActiveBrands385, ActiveBrands390, ActiveBrands397, ActiveBrnads412, ActiveBrands538, ActiveBrands559, ActiveBrands728, ActiveBrands734, ActiveBrands737, ActiveBrands741, ActiveBrands812, ActiveBrands850, ActiveBrands851, ActiveBrands865, ActiveBrands938, ActiveBrands942, ActiveBrands1012, ActiveBrands1045, ActiveBrands1058, ActiveBrands1211, ActiveBrands1330, ActiveBrands1468, ActiveBrands1615, ActiveBrands1616, ActiveBrands168, ActiveBrands487, ActiveBrands283, ActiveBrands336, ActiveBrands330, ActiveBrands384, ActiveBrands900 e ActiveBrands1403);

(ii) Concertava com as empresas de distribuição o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1025, ActiveBrands1019, ActiveBrands1026, ActiveBrands780, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands665, ActiveBrands119, ActiveBrands778, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands739, ActiveBrands224, ActiveBrands772, ActiveBrands978, ActiveBrands572, ActiveBrands663, ActiveBrands611, ActiveBrands831, ActiveBrands550, ActiveBrands548, MCH2094 e ActiveBrands1093);

(iii) Solicitava expressamente às empresas de distribuição que implementassem determinado posicionamento de PVP, que não se desviassem do posicionamento de PVP concertado e/ou que corrigissem eventuais desvios (cf. documentos ActiveBrands641, ActiveBrands799, ActiveBrands882, ActiveBrands884, ActiveBrands892, ActiveBrands949, ActiveBrands958, ActiveBrands1017, ActiveBrands957, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands960, ActiveBrands811, ActiveBrands703, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024,

ActiveBrands1025, ActiveBrands1019, ActiveBrands1026, ActiveBrands638, ActiveBrands880, ActiveBrands673, ActiveBrands786, ActiveBrands780, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands665, ActiveBrands103, ActiveBrands183, ActiveBrands119, ActiveBrands186, ActiveBrands198, ActiveBrands723, ActiveBrands879, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands624, MCH958, ActiveBrands739, MCH1523, ActiveBrands807, ActiveBrands936, ActiveBrands939, ActiveBrands940, ActiveBrands823, ActiveBrands214, MCH1417, ActiveBrands1021, ActiveBrands873, ActiveBrands877, ActiveBrands239, ActiveBrands218, ActiveBrands219, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands688, ActiveBrands153, ActiveBrands814, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands102, ActiveBrands754, ActiveBrands210, MCH1410, ActiveBrands110, ActiveBrands818, MCH1471, ActiveBrands220, ActiveBrands156, ActiveBrands118, ActiveBrands1078, ActiveBrands806, ActiveBrands117, ActiveBrands182, ActiveBrands659, ActiveBrands906, ActiveBrands815, ActiveBrands1071, ActiveBrands992, ActiveBrands187, ActiveBrands109, ActiveBrands115, ActiveBrands891, ActiveBrands151, ActiveBrands923, ActiveBrands144, ActiveBrands930, ActiveBrands136, ActiveBrands689, ActiveBrands847, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands1253, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands1055, ActiveBrands866, ActiveBrands1002, ActiveBrands835, ActiveBrands1126, ActiveBrands633, ActiveBrands1114, ActiveBrands821, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands107, ActiveBrands819, ActiveBrands748, ActiveBrands105, ActiveBrands122, ActiveBrands212, ActiveBrands104, ActiveBrands684, ActiveBrands108, ActiveBrands29, ActiveBrands130, ActiveBrands126, ActiveBrands1111, ActiveBrands190, ActiveBrands932, ActiveBrands1085, ActiveBrands963, ActiveBrands941, ActiveBrands808, ActiveBrands886, ActiveBrands834, ActiveBrands751, ActiveBrands1125, ActiveBrands538, ActiveBrands733, ActiveBrands872, ActiveBrands1022, ActiveBrands1565 e ActiveBrands185);

(iv) Era informada pelas empresas de distribuição sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. os documentos ActiveBrands1018, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands193, ActiveBrands880, ActiveBrands879, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands857, ActiveBrands187, ActiveBrands1485, ActiveBrands1617, ActiveBrands793, ActiveBrands231, ActiveBrands1505, ActiveBrands92, ActiveBrands269, ActiveBrands579, ActiveBrands382, ActiveBrands95, ActiveBrands248, ActiveBrands92, ActiveBrands348, ActiveBrands312, ActiveBrands410, ActiveBrands653, ActiveBrands1282, ActiveBrands272, ActiveBrands58, MCH2730, ActiveBrands916, ActiveBrands843, ActiveBrands1092, ActiveBrands247, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands895, ActiveBrands312, ActiveBrands919, ActiveBrands1297, ActiveBrands1093, ActiveBrands835, ActiveBrands1114,

ActiveBrands820, ActiveBrands1098, ActiveBrands748, ActiveBrands108, ActiveBrands1111, ActiveBrands971 e ActiveBrands1514);

(v) Veiculava a informação recebida ou recolhida entre as empresas de distribuição sobre o posicionamento de PVP destas, incluindo designadamente o posicionamento de PVP futuro (cf. documentos ActiveBrands1018, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands638, ActiveBrands193, ActiveBrands673, ActiveBrands786, ActiveBrands103, ActiveBrands183, ActiveBrands119, ActiveBrands186, ActiveBrands294, ActiveBrands723, ActiveBrands880, ActiveBrands879, ActiveBrands780, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands654, MCH958, ActiveBrands772, ActiveBrands572, ActiveBrands739, ActiveBrands828, ActiveBrands659, ActiveBrands936, MCH1410, ActiveBrands110, MCH1471, ActiveBrands220, ActiveBrands1126, ActiveBrands210, ActiveBrands633, ActiveBrands1114, ActiveBrands820, ActiveBrands748, ActiveBrands108, ActiveBrands886, ActiveBrands834, ActiveBrands850, ActiveBrands885 e ActiveBrands185);

(vi) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através do reporte pelas empresas de distribuição, corrigindo *motu próprio* ou em resposta a solicitação destas, os desvios detetados (cf. documentos ActiveBrands1613, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands638, ActiveBrands673, ActiveBrands786, ActiveBrands103, ActiveBrands723, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands772, ActiveBrands814, ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands877, ActiveBrands239, ActiveBrands218, ActiveBrands219, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands710, ActiveBrands688, ActiveBrands634, ActiveBrands153, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands686, ActiveBrands117, ActiveBrands806, ActiveBrands182, ActiveBrands102, ActiveBrands754, ActiveBrands686, ActiveBrands210, ActiveBrands110, ActiveBrands818, ActiveBrands220, ActiveBrands857, ActiveBrands156, ActiveBrands118, ActiveBrands906, ActiveBrands192, ActiveBrands992, ActiveBrands115, ActiveBrands187, ActiveBrands891, ActiveBrands923, ActiveBrands847, ActiveBrands192, ActiveBrands965, ActiveBrands206, ActiveBrands713, ActiveBrands937, MCH1410, MCH1471, ActiveBrands965, ActiveBrands144, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands205, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands1253, ActiveBrands202, ActiveBrands101, ActiveBrands890, ActiveBrands914, ActiveBrands916, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands950, ActiveBrands266, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands1055, ActiveBrands96, ActiveBrands866, ActiveBrands1002, ActiveBrands835, ActiveBrands1126, ActiveBrands105, ActiveBrands122, ActiveBrands212, ActiveBrands104, ActiveBrands215, MCH1471, ActiveBrands130, ActiveBrands126, ActiveBrands1111, ActiveBrands190, ActiveBrands200, ActiveBrands199, ActiveBrands758, ActiveBrands886, ActiveBrands834, ActiveBrands751, ActiveBrands1125, ActiveBrands137, ActiveBrands139, ActiveBrands184,

ActiveBrands201, ActiveBrands209, ActiveBrands640, ActiveBrands696, ActiveBrands709, ActiveBrands717, ActiveBrands769, ActiveBrands852, ActiveBrands872, ActiveBrands875, ActiveBrands885, ActiveBrands908, ActiveBrands917, ActiveBrands943, ActiveBrands951, ActiveBrands1022 e ActiveBrands185); e

(vii) Era pressionada pelas empresas de distribuição 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 ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands873, ActiveBrands877, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands710, ActiveBrands634, ActiveBrands153, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands102, ActiveBrands754, ActiveBrands210, ActiveBrands686, MCH1410, ActiveBrands110, ActiveBrands220, ActiveBrands857, ActiveBrands156, ActiveBrands118, ActiveBrands910, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands916, ActiveBrands550, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands1055, ActiveBrands576, ActiveBrands904, ActiveBrands666, ActiveBrands992, ActiveBrands109, MCH1471, ActiveBrands206, ActiveBrands835, ActiveBrands1114, ActiveBrands821, ActiveBrands181, ActiveBrands107, ActiveBrands748, ActiveBrands105, ActiveBrands104, ActiveBrands126, ActiveBrands886, ActiveBrands43 e ActiveBrands875).

1941. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Active Brands na prática investigada o conteúdo dos documentos ActiveBrands1027 e ActiveBrands1024 (cf. §§1103 e 1105 *supra*), que consistem numa troca de *e-mails* interna em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite à sua equipa o seguinte: «[a] *Sonae atualizou hoje os preços de dois artigos. CR&F passou para 12,99€ com o compromisso de atualização PD na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um).* (...) *É provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€. Como vou estar fora peço o favor de verificares. Manda-me um sms e envia-me o talão se não te importares (e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan). Envia também para a Drª. Helena Sousa da Sonae com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega [Diretor Off-Trade - Active Brands] junto envio talão CR&F PD 12,99. De seguida falarei com o Dia para me certificar que o folheto sai a esse preço*».

1942. O Diretor Off-Trade da Active Brands envia ainda o seguinte e-mail à MCH (cf. documento ActiveBrands1019): «[a] *actualização da CR&F para 12,99€ está praticamente garantida (enviarei comprovativo amanhã). Relativamente ao Beirão não houve compromisso para amanhã pelo que lhe peço o favor, se possível, de carregar 5% em cartão neste artigo durante a semana de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 0,47€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado)*».

1943. Destaca-se também o conteúdo do documento ActiveBrands1021, que consiste num *e-mail* de 14 de outubro de 2009 em que uma colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands *shopping* do PVP praticado por diversas empresas de distribuição (incluindo a Auchan e a Pingo Doce) no produto «Licor Beirão» «*para seu conhecimento e* análise». Na

sequência deste *e-mail*, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia a seguinte indicação à sua equipa de *KA*: *«Equipa, Muito urgente subir PVP < 8,98».*

1944. Conforme decorre dos capítulos precedentes, para os quais se remete, muitas outras situações poderiam ser destacadas, no sentido da imputação dos comportamentos em causa à Active Brands, considerando o papel e a postura ativa que assumia na estratégia de nivelamento e alinhamento de PVP entre as empresas de distribuição.

III.3.4.1.1 Pronúncia da visada

1945. A pronúncia da Active Brands 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, inexiste uma prática concertada de «*hub and spoke*».

1946. Entende esta visada que a Nota de Ilicitude não sopesa devidamente que[931]:

i) É perfeitamente legítimo que, no âmbito da interação entre empresas em diferentes estágios da cadeia de distribuição, um distribuidor grossista recomende preços de revenda aos seus clientes retalhistas;

ii) A política de preços recomendados definida para os produtos distribuídos pela Active Brands, em linha com a política comercial das respetivas marcas, é compatível com o direito da concorrência, e a prova trazida ao processo não indicia que não tivessem apenas sido recomendados, ou que, tendo sido recomendados, a Active Brands exigisse que fossem observados, ou tivesse agido de modo a garantir o seu respeito por parte de todos e cada um dos seus clientes;

iii) Sendo a recomendação de preços legítima, e prosseguindo, pela sua própria natureza e *in casu*, o objetivo de promover a revenda dos produtos distribuídos pela Active Brands a preços compatíveis com o posicionamento de cada marca e como tal recomendados, as medidas adotadas no sentido de conhecer e acompanhar os preços efetivamente praticados são inerentes à recomendação; e

iv) No presente caso, atentas as características do mercado da grande distribuição e a dimensão das empresas que nele operam, não resulta provado nem é verosímil que um fornecedor, em especial um distribuidor como a Active Brands, tivesse poder de mercado suficiente para impor às empresas de distribuição visadas o respeito por qualquer preço recomendado, ou capacidade para conferir aos preços recomendados um carácter obrigatório.

1947. Entende a Active Brands que um fornecedor pode ter diversas razões legítimas para recomendar um preço de revenda, o que o fornecedor não pode é exigir o respeito pela recomendação e/ou adotar medidas tendentes a que os clientes a sigam, isto é, torná-la obrigatória[932].

[931] Cf. §145 da PNI Active Brands.

[932] Cf. §§164 e 166 da PNI Active Brands.

1948. Ou seja, a Active Brands defende que o fornecedor, quando recomenda um preço de revenda, deseja que este seja seguido e é inevitável que, se assim for, ocorra um resultado de alinhamento dos preços de revenda entre os vários revendedores. Trata-se de uma consequência inerente à recomendação e, por isso mesmo, não contestada pelas autoridades da concorrência[933].

1949. Diversamente do que a AdC refere, a Active Brands alega que o financiamento das campanhas promocionais não estava sujeito à observância pelas insígnias do preço recomendado para essas ações, sendo que a Active Brands as financiava ainda que o preço praticado fosse inferior ao indicado[934].

1950. Por outro lado, entende a Active Brands que a mera recomendação de um preço a um revendedor é presuntivamente legal, sendo abrangida pelo regulamento de isenção de categoria desde que a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapasse o limiar de 30%, e desde que tal preço não seja equivalente a um preço de venda mínimo ou fixo resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes[935].

1951. Assim, entende que não existe prova nos autos de que a Active Brands tenha *i)* acordado com as insígnias uma margem de distribuição, *ii)* subordinado a concessão de reduções ou do reembolso de custos promocionais à observância de um determinado nível de preços, *iii)* estabelecido qualquer relação entre os preços de revenda dos seus produtos e os preços de revenda praticados pelos concorrentes, *iv)* dirigido qualquer tipo de ameaça, pressão ou intimidação com vista a garantir o respeito pelos preços recomendados, ou *v)* ameaçado com a cessação de contratos ou a suspensão de fornecimentos nos casos em que os preços recomendados não foram seguidos[936].

1952. Desta forma, a Active Brands entende que a Nota de Ilicitude não prova que[937]:

i) as insígnias transmitiam informação comercialmente sensível à Active Brands e que, posteriormente, a Active Brands a transmitia a concorrentes. Por sua vez, em relação a estes últimos, inexistem elementos de prova que indiciem que, a *posteriori*, a informação em causa era transmitida pela Active Brands a outros concorrentes;

ii) a Active Brands definiu e comunicou PVP fixos aos seus distribuidores retalhistas. Com efeito, a AdC centra-se na transmissão de PVPR e de talões de compras. Todavia, os PVP indicados pela Active Brands eram meras recomendações de PVP, não contendo dados confidenciais e comercialmente sensíveis de qualquer distribuidor retalhista;

iii) a Active Brands transmitia informação comercialmente sensível aos distribuidores concorrentes e que os destinatários da referida informação a usavam para se

[933] Cf. §184 da PNI Active Brands

[934] Cf. §203 da PNI Active Brands.

[935] Cf. §211 da PNI Active Brands.

[936] Cf. §233 da PNI Active Brands.

[937] Cf. §§300 e 303 da PNI Active Brands.

posicionar no mercado. Noutros termos, a Nota de Ilicitude não prova que a Active Brands contribuiu para o alegado alinhamento horizontal de PVP;

iv) as empresas de distribuição visadas que partilhavam informação comercialmente sensível com a Active Brands o faziam com a intenção de que a mesma fosse transmitida pela Active Brands a concorrentes, ou antecipando que a referida prática viesse a suceder;

v) as empresas de distribuição que supostamente recebiam a informação comercialmente sensível sabiam o motivo pelo qual, em que circunstâncias e para que fins a Active Brands a havia obtido;

vi) a Active Brands controlou e monitorizou a observância dos PVP que alegadamente impunha; e

vii) a Active Brands pressionava, coagia ou retaliava insígnias que se desviavam dos PVP supostamente fixos; não provando, portanto, a existência de uma prática concertada de «*hub and spoke*» e a participação do fornecedor na mesma.

1953. Finalmente, a Active Brands considera, quanto à duração da infração, que nenhum dos elementos de prova documental datados de 2008, mesmo que interpretados em conjunto, permitem suster a acusação da AdC de que, desde 2008, a Active Brands teria estado envolvida na infração imputada[938].

III.3.4.1.2 Apreciação da Autoridade

1954. Analisada a pronúncia da Active Brands 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, no que respeita à negação do envolvimento desta visada na prática objeto do processo, recordando e remetendo para as razões enunciadas ao longo da análise das condutas em causa, que concretizam e dão corpo a tal prática, e pelas razões a seguir indicadas.

1955. Nos termos da apreciação desenvolvida no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, a AdC concluiu que, no contexto da prática investigada, os PVP são definidos por cada insígnia em 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.

1956. Assim, quanto à legalidade e utilidade do uso da ferramenta do PVP recomendado no âmbito das negociações entre fornecedores e distribuidores, remete-se para o capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, onde a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

1957. De facto, aí se conclui que, embora a Autoridade não conteste que a Active Brands possa, querendo, manter uma política de recomendação de PVP e que as insígnias tenham,

[938] Cf. §§638 e ss. PNI Active Brands.

querendo e em teoria, liberdade para praticar os PVP que entenderem, esses factos não são, por si só, suscetíveis de afastar a existência concreta de uma relação multilateral de natureza anticoncorrencial, que é revelada pelos factos descritos na presente Decisão, sustentados na prova constante dos autos.

1958. Mais, a Active Brands não trouxe aos autos prova que sustente a linha argumentativa por si proposta, limitando-se, nos casos em que opta por especificar a sua defesa por referência a algum documento, a procurar reinterpretar a prova já constante dos autos, em sentidos dificilmente compatíveis com o respetivo teor. Veja-se:

1959. Em primeiro lugar, a prova demonstra que os preços que a Active Brands comunica às insígnias não se traduzem em simples recomendações, mesmo nos casos em que a sigla ou denominação utilizada faz essa alusão.

1960. Com efeito, o que a Active Brands comunica às insígnias é um determinado nível de preço a implementar no futuro, em determinada data, em função do qual este fornecedor procura coordenar reposicionamentos de PVP no mercado, em conjunto e em simultâneo, de forma alinhada, por todas as insígnias (as quais, amiúde, fazem depender o seu posicionamento alinhado do posicionamento alinhado das demais). Veja-se o demonstrado *supra* no capítulo III.3.1.3.

1961. A Active Brands vem defender que «*os preços definidos internamente e comunicados pela AB eram meras recomendações*»[939], mobilizando, para este efeito e com especial relevo, os documentos ActiveBrands228, ActiveBrands944, ActiveBrands958, ActiveBrands10, ActiveBrands1370, ActiveBrands641, ActiveBrands799, ActiveBrands1046, ActiveBrands894, ActiveBrands902, ActiveBrands811, MCH2730, ActiveBrands1297, ActiveBrands1479, ActiveBrands793, ActiveBrands799, ActiveBrands98 e ActiveBrands810, tentando do seu conteúdo destacar o uso de determinada linguagem que, na sua perspetiva, seria consentânea com o que alega e com a interpretação que faz dos mesmos.

1962. No entanto, a prova é clara na demonstração de que o que a Active Brands dirige às insígnias são pressões (muitas vezes expressas ou textuais) para *reposicionar* ou *verificar* ou *resolver* os PVP, de acordo com o nível de preço pretendido, de forma alinhada com o resto do mercado (cf., entre outros, documentos MCH1410, ActiveBrands894, ActiveBrands1005, ActiveBrands723 e ActiveBrands210).

1963. A Autoridade mantém, assim, a análise e interpretação sobre estes documentos que consta da NI, e que se reproduz na presente Decisão nos respetivos capítulos, resultando demonstrado através da prova constante dos autos que o alegado pela Active Brands não tem correspondência com o que era a prática concertada entre as visadas.

1964. De facto, a prova revela que os preços alegadamente recomendados pela Active Brands eram mais do que isso, tratava-se de verdadeiros PVP:

[939] Cf. capítulo V.C.1 da PNI Active Brands.

1965. Afirma a Active Brands, nos §§325 e 326 da sua PNI, que nos documentos ActiveBrands228 (em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] dirige o seguinte pedido à MCH: «*peço-lhe se possível o favor de avaliar a possibilidade de realizarmos a seguinte acção…*») e ActiveBrands944 (em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] escreve a colaboradores da Auchan, pedindo o favor de os mesmos, se possível, avaliarem a possibilidade de seguir determinada indicação de PVP), a linguagem utilizada «*nunca era impositiva, muito pelo contrário*», afirmando também que deles não se depreende «(…) *que o investimento só estará em cima da mesa se o PVPR for observado. O que se estranha é que a AdC conclua que a AB deixou claro no dito email que "tal investimento está condicionado à observância do PVP transmitido*"»[940].

1966. Ora, nestes casos, está-se perante a utilização de termos, por parte da Active Brands, que visam transmitir uma aparência de licitude, quando têm abertamente subjacente uma realidade restritiva da concorrência, nos termos, que já se demonstraram e que a prova atesta de forma clara.

1967. De facto, no documento ActiveBrands228, apesar do inicial cuidado com a linguagem, a Active Brands refere claramente à MCH qual o «*PVP recomendado (no período da acção): 5,89€*» e que a mesma se aplica às «*Insígnias : todas*», transmitindo-lhe, assim, informação sobre o alinhamento de PVP que estava a coordenar em todo o mercado, em determinadas datas futuras (o documento em causa tem a data de 14 de abril de 2009 e o «*Período da acção : 1 a 14 de Junho*»).

1968. Por sua vez, no documento ActiveBrands944, apesar de novamente haver uma formalidade na linguagem utilizada para introduzir o tema, é expressamente referido pela Active Brands, na tentativa de convencer a Auchan a aderir às condições comerciais propostas, que esta deve «*aproveita*[r] *não só o facto de termos reposicionado a 1 de Julho o PVP deste artigo (de 16,99€ para 13,99€)*».

1969. Deste documento resulta clara a assunção de responsabilidade da Active Brands como «*hub*» na prática de reposicionamento de PVP dos seus produtos no mercado, ainda mais corroborado pelo facto de, seguidamente, mencionar que esta ação na Auchan terá o «*PVP recomendado 13,99€*» (o mesmo valor do PVP que antes assume ter reposicionado – em 1 de julho, data em que é enviado o *e-mail* –, aí já sem qualquer referência a «*recomendado*»).

1970. Sem prejuízo do ora analisado quanto a estes documentos, existem outros constantes do acervo probatório que demonstram o contrário do alegado pela Active Brands e corroboram as conclusões da Autoridade.

1971. Para além dos casos em que a Active Brands faz uso da expressão PVP e não PVP recomendado (cf. documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands870, ActiveBrands611, ActiveBrands136, ActiveBrands653, ActiveBrands894, ActiveBrands848, ActiveBrands739,

[940] Cf. §367 da PNI Active Brands.

ActiveBrands182 e ActiveBrands966), existe uma multiplicidade de prova que indica que mesmo os PVPR eram utilizados como uma ferramenta de imposição de verdadeiros PVP.

1972. Veja-se o caso do documento ActiveBrands848, *supra* descrito no §957 da presente Decisão:

RE:

From:
To:
Date: Fri, 21 Mar 2014 17:05:57 +0000

Sim, PVP para 2,99€. (tinto/branco/rosé)

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:57
Para:
Assunto: RE:

Bem, então isso significa que posso mexer no PVP…para 2,99 correcto?

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:55
Para:
Assunto: RE:

Neste ficamos acima do COG's apesar de ser muito abaixo do floor (1,70€), mas não podemos mexer no PVP. Acabámos de acordar com a Gestvinus a subida para os 2,99€…

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:49
Para:
Assunto:

o Conde de Vimioso fica NET na Sonae a 1,53€…que faço? PVP 2,49€?

1973. Ao contrário do que a Active Brands refere no §331 da sua PNI, quando descreve que em múltiplos exemplos de *e-mails,* nos quais se inclui esta conversação interna entre seus colaboradores, a «*AB se limita a discutir internamente os PVPR ou a comunicar aos seus clientes os PVPR*», denota-se que no documento ActiveBrands848 inexiste qualquer pejo em falar em PVP, não havendo qualquer menção a recomendações de preços. De facto, os colaboradores da Active Brands assumem que os valores de que falam são aqueles que serão praticados pelas insígnias (nomeadamente a MCH), resultantes de uma alteração de PVP que pretendem implementar no mercado (acordada com a Gestvinus).

1974. Outro documento mencionado pela Active Brands no §331 da sua PNI e em relação ao qual partilha da argumentação citada no § anterior é o documento ActiveBrands1485. No entanto, atendendo ao conteúdo do *e-mail* em causa, vislumbra-se com facilidade o

objetivo das ações promocionais em causa, que era alinhar o preço do mesmo produto num calendário futuro, em datas semelhantes e em insígnias concorrentes, que aceitavam os termos propostos – diferenciados quando ao investimento da Active Brands, mas comuns quanto ao PVP a praticar. Com efeito, no documento em causa, enviado pela Active Brands para a Auchan, é expressamente referido que as condições comerciais futuras mencionadas, nas quais se inclui o PVP, são para aplicar nas «*Insígnias : todas*» (à semelhança do que ocorre no já *supra* descrito documento ActiveBrands228 – cf. §905 e seguintes da presente Decisão).

1975. O documento ActiveBrands894, melhor analisado no §924 e seguintes da presente Decisão, é também utilizado pela Active Brands no §341 da sua PNI como alegada prova de que as indicações que fornecia não eram verdadeiramente vinculativas, pois as insígnias não as seguiam. Ora, reafirma-se, sem prejuízo do já referido, que se verifica no referido *e-mail* que uma colaboradora da Pingo Doce reage com surpresa ao uso da expressão «PVP» por parte da Active Brands, como se fosse expectável que nos *e-mails* apenas fosse falado em PVP recomendado.

1976. Na verdade, o que este documento demonstra é que a Active Brands (e as empresas de distribuição visadas) se encontrava(m) perfeitamente consciente(s) que a política que implementava(m) era tendente à fixação de verdadeiros PVP e não apenas a uma implementação livre das recomendações que (aquela) emitia.

1977. O facto de a insígnia em causa vir a concluir no sentido de não respeitar o PVP «*recomendado*» (após diversas insistências da Active Brands, inclusive referindo que as mesmas se aplicavam «*para o conjunto do mercado a partir de 1 de Julho*» – a própria data em que foi enviado o *e-mail*) não abala as conclusões que ora se retiram do âmbito da prova.

1978. A referência a uma data como marco para um reposicionamento de PVP na totalidade do mercado e quanto a diversos produtos da Active Brands já tinha sido evidenciada *supra* (cf. §§929 a 933) no documento ActiveBrands944.

1979. Veja-se também, por contraposição ao uso da expressão PVP, o mais frequente recurso à expressão «PVP recomendado», que demonstra, pelo contexto dos documentos constantes do presente processo, que a Active Brands a usava como se tratando de um verdadeiro PVP, principalmente quando procedia a ações tendentes ao alinhamento dos preços entre insígnias (cf. documentos ActiveBrands835, MCH1417, ActiveBrands1617, ActiveBrands611, ActiveBrands624, ActiveBrands894, ActiveBrands1005, ActiveBrands933, ActiveBrands795, ActiveBrands794, ActiveBrands723, ActiveBrands624, ActiveBrands611, ActiveBrands249, ActiveBrands248, ActiveBrands235, ActiveBrands234, ActiveBrands228, ActiveBrands210, ActiveBrands108, MCH1410, ActiveBrands260, ActiveBrands1092, ActiveBrands1078, ActiveBrands115, ActiveBrands1502, ActiveBrands947, ActiveBrands946, ActiveBrands945, ActiveBrands1485, ActiveBrands1484, ActiveBrands1483, ActiveBrands1482, ActiveBrands1481, ActiveBrands1111, ActiveBrands1126 e ActiveBrands886).

1980. Quanto a este tema, a Active Brands vem defender que os documentos ActiveBrands811 e MCH2730 indicam que as recomendações não eram percecionadas como vinculativas pelas empresas de distribuição visadas[941], concluindo a final que «*constam dos autos vários emails em que os retalhistas afirmam que analisam as recomendações de termos comerciais enviadas pela AB antes de decidirem ou não segui-las, o que também desmente a tese de que os preços são "verdadeiros preços fixos" e que as insígnias os observam sempre e cegamente*».

1981. No caso do documento ActiveBrands811, *supra* analisado nos §§959 e 960, é a Pingo Doce que refere que «*a marcação de pvp é da* [sua] *inteira responsabilidade*», já que a solicitação da Active Brands é no sentido de esta insígnia «*verificar o PVP do Porto Cálem Reserva na loja do Fundão. A recomendação actual do meu marketing é 12,49€*».

1982. Assim, neste caso, a recusa da Pingo Doce apenas poderá ser valorada no que respeita ao envolvimento desta visada – e nunca da Active Brands –, o que a Autoridade terá em consideração (cf. §§960, 2460 e 2461 da presente Decisão). Já quanto à Active Brands, o documento em causa é demonstrativo do controlo e monitorização que este fornecedor exercia sobre os PVP das insígnias suas clientes e da pressão que praticava sobre as mesmas para que corrigissem os desvios detetados, pelo que mantém a sua relevância enquanto elemento probatório revelador do envolvimento desta visada na prática em causa.

1983. Quanto ao documento MCH2730, supra analisado no §950, a Active Brands entende que no mesmo «*a Modelo Continente expressa exatamente que, em determinadas circunstâncias, de modo a ser competitiva, não seguirá a recomendação*»[942]. No entanto, o que é referido pela MCH na conversação em causa é o seguinte: «*a ModeloContinente tem como norma praticar os preços recomendados pelos nossos fornecedores. Paralelamente pretendemos ser competitivos e não deixar de oferecer aos nossos clientes as melhores propostas de mercado*».

1984. Tal referência é consentânea com o que já se demostrou *supra* nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5: numa primeira fase, a MCH pratica os PVP comunicados pela Active Brands, seguidamente monitoriza o mercado e, quando deteta desvios das suas concorrentes, solicita à Active Brands que os corrija e, só na impossibilidade desta solução, solicita a comparticipação de ações promocionais e outras compensações financeiras à Active Brands que contrabalancem o nivelamento de PVP pelo mais baixo detetado (que é o que acontece no documento em causa, em que a MCH debita à Active Brands os valores «*resultados das ações efetuadas na feira*»).

1985. Ademais, refira-se que o requisito da MCH de querer «*ser competitiv*[a] *e não deixar de oferecer aos nossos clientes as melhores propostas de mercado*» é coerente com o demonstrado pelos elementos probatórios: se todo o mercado estava alinhado para a prática de um determinado PVP, este seria o preço mais baixo (ainda que fixado artificialmente), por isso a MCH, ao envolver-se na prática *sub judice* e ao alinhar-se com as

[941] Cf. §349 e ss. da PNI Active Brands.

[942] Cf. §351 da PNI Active Brands.

restantes visadas para a prática desse PVP, estava a cumprir com a estratégia comercial que estabeleceu.

1986. Desta forma, improcedem os argumentos da Active Brands quanto à interpretação que extrai dos documentos em causa.

1987. Sem prejuízo da análise já efetuada aos referidos documentos, e que se reafirma, a restante prova também demonstra justamente o contrário do alegado pela Active Brands. Para além dos documentos supracitados no §1979, existem ainda outros elementos no acervo probatório que não se limitam aos documentos analisados na NI e que demonstram o já concluído pela AdC: que as recomendações se tratavam de verdadeiros PVP fixos.

1988. Veja-se a linguagem utilizada pela Active Brands em coerência com o facto de as suas «*recomendações*» se tratarem de verdadeiros PVP: no documento MCH1417 refere-se que «(…) [n]*o caso do Loios Tinto e* ***Branco a generalidade do mercado*** *segue a nossa recomendação de 2,99.*», no documento ActiveBrands894 refere-se que «(…) [s]*ão os preços* ***que estamos a recomendar para o conjunto do mercado*** *a partir de 1 de Julho*», no documento ActiveBrands1005 refere-se que «(…) [a] ***generalidade do mercado*** *(Pingo Doce, MP, ITM…)* ***observa a recomendação actual do meu marketing***.», no documento ActiveBrands933 refere-se que «[i]*nformo por este meio que* ***a partir de amanhã o novo PVP recomendado*** *de Jim Beam* ***passará a ser*** *13,99€* (…)», no documento ActiveBrands723 refere-se que «[a] ***generalidade do mercado segue*** *actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP….*» e no documento ActiveBrands210 refere-se que «*A* ***generalidade do mercado segue a nossa recomendação*** *de 11,49€ (PD, ITM, JMB, ECI…) – se necessário envio talão*» (destaques da Autoridade).

1989. Veja-se ainda o caso do documento ActiveBrands108, em que se refere: «*Equipa* (…) [l]***embro que o PD vai alterar amanhã os preços de Carolans, CR&F e 1920 (segundo a recomendação do nosso marketing)***. *Já efectuei recomendação nas centrais…efectuem por favor nas lojas (sobretudo Jumbo…e sobretudo Jumbo lido em shopping como por exemplo Alfragide). Na segunda-feira vou precisar de um talão Sonae e Jumbo (Alfragide) pelo menos…se conseguirem Dia e ITMI tanto melhor (*[Confidencial – Dados Pessoais] *e* [Confidencial – Dados Pessoais]*…vejam qual dos dois pode passar por cá na segunda-feira)*» (destaque da Autoridade).

1990. O seguimento das recomendações pela generalidade do mercado, no contexto em causa, serve dois propósitos: demonstra que o preço é respeitado por todos, logo, **<u>é compreendido por todas as visadas como vinculativo</u>**, e demonstra também que o **<u>alinhamento do mercado</u>** é alcançado através das «*recomendações*» emitidas pela Active Brands que, sendo vinculativas, constituem um ponto focal para o alcance do objetivo comum de concertação de preços em análise na presente Decisão.

1991. Tal evidência contrapõe-se diretamente ao argumento referido pela Active Brands relativamente aos documentos ActiveBrands793, ActiveBrands799, ActiveBrands810 e ActiveBrands98, afirmando que «***os emails pelos quais as insígnias, face a uma insistência do fornecedor, comunicam que vão alterar o PVP, não constituem, por si só, indícios de***

que os preços eram fixados»[943] (sem explicar porque não pode a Autoridade, que analisou o acervo probatório e as várias condutas que resultam do mesmo como um todo, tirar essa conclusão)(destaque original).

1992. Com efeito, em todos os documentos mencionados há uma insistência da Active Brands junto das empresas de distribuição visadas no sentido de estas lhe confirmarem que vão praticar o PVP comunicado, em alguns casos com uma descrição das condições comerciais que lhe estão associadas, como persuasão para a adoção dos mesmos e a anuência por parte das empresas de distribuição visadas, confirmando a prática dos PVP referidos.

1993. A argumentação genérica da Active Brands a este respeito não traz qualquer elemento novo que faça a Autoridade desviar-se da conclusão que já resultava da NI e de que a única interpretação consentânea com a realidade observada é a de que aqueles PVP foram definidos e implementados em concertação entre as visadas.

1994. Ademais, mesmo considerando que havia insígnias que se desviavam da recomendação, a Active Brands relembrava-lhes o seu valor. Veja-se o caso do documento ActiveBrands1078, em que refere: «[c]*onstatamos que decidiu alterar hoje o PVP de Loios Tinto para 2,59€. Tal preço, para além de prejudicar fortemente a imagem da marca, configura uma situação de venda com prejuízo com a qual não pactuamos. Assim sendo pedimos que* ***reconsidere com urgência esta decisão lembrando que a recomendação actual do nosso marketing para este artigo é 2,98€***.» (destaques e sublinhados da Autoridade)

1995. Ou ainda o caso do documento ActiveBrands886, cuja linguagem explícita também contraria as alegações da Active Brands. Com efeito, a propósito do seguimento de uma «recomendação» da Active Brands e em conversa com uma colaboradora da MCH, consta do documento a seguinte troca de mensagens:

[943] Cf. §357 da PNI Active Brands.

Autoridade da Concorrência

RE: Páscoa - Folheto

From:

To:
Bcc:
Date: Fri, 26 Feb 2010 20:26:12 +0000

Boa tarde
Se puxar o mercado para os 11,69 será para aí que os seus concorrentes convergirão (com manifesta erosão da sua margem). Caso decida manter a sua posição verá quão difícil será retomar o preço anterior.
Relativamente a LB lembro que a nossa recomendação é 9,48 - o PVP que marcava nas suas lojas no início desta semana (PD 9,48 a 3/3).
Obrigado e bom fim de semana.
Melhores cumprimentos,

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: sexta-feira. 26 de Fevereiro de 2010 19:55
Para:
Assunto: RE: Páscoa - Folheto

Boa tarde,
Como referi não podemos alterar, pelas razões já explicadas.
Boas férias.

Cumprimentos,

Direcção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Bebidas Espirituosas e Espumantes
tel:
Mail

From: @activebrands.pt]
Sent: sexta-feira, 26 de Fevereiro de 2010 10:17
To:
Subject: RE: Páscoa - Folheto

Bom dia
Na próxima semana estarei de férias pelo que não será possível reunirmos. O cenário pode ser um de dois : folheto 12,99 e o mercado caminha para a nossa recomendação (se bem que a maioria do mercado já se encontra aqui) ou folheto 11,69 e o mercado caminha para este valor (com erosão da sua margem).
Melhores cumprimentos,

De: @sonaedistribuicao.pt]
Enviada: sexta-feira. 26 de Fevereiro de 2010 8:49
Para:
Assunto: RE: Páscoa - Folheto

Boa tarde

Podemos para a semana falar sobre este assunto, mas não posso deixar de reforçar que , nesta fase, não podemos alterar o preço.

1996. Da conversação ora reproduzida evidencia-se que a Active Brands pretende que o preço seja alterado para o valor da sua recomendação («(…)*folheto 12,99 e o mercado caminha para a nossa recomendação (se bem que a maioria do mercado já se encontra aqui)*»), que a MCH não pretende alterar o preço («(…) *não posso deixar de reforçar que , nesta fase, não podemos alterar o preço.*») e que a Active Brands entende que, nesse caso, a

responsabilidade pela diminuição da margem de lucro recairá sobre a parte da MCH («[s]*e puxar o mercado para os 11,69 será para aí que os seus concorrentes convergirão (com manifesta erosão da sua margem)*»).

1997. Em conjugação com o já referido no §1990 *supra*, considera-se provado que a Active Brands, na sua política de «recomendação» de preços tendente ao alinhamento do mercado, tem também em conta «a margem de distribuição» como critério, algo que usa para reforçar a sua política junto das insígnias como forma de as pressionar e legitimar a adoção das «recomendações», que assim se tornam, verdadeiramente, vinculativas.

1998. A dinâmica de mercado revelada pela prova traduz-se, desta forma, na concertação para o alinhamento de preços, garantia das respetivas margens e eliminação da incerteza do mercado através da prática de, exatamente, os mesmos PVP, o que permitia às empresas retalhistas visadas reafirmar a bandeira dos preços baixos (dada a implementação transversal do mesmo preço no mercado, todas poderiam afirmar ter os PVP mais baixos, tornando assim viável a referida partilha de ganhos com o fornecedor).

1999. Com efeito, conforme se demonstra ao longo da presente Decisão, 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 que, por essa, via possam lograr um maior número de vendas/produto) e, ao mesmo tempo, garantir as suas margens comerciais.

2000. Assim, este plano de ação comum beneficia não apenas as empresas de distribuição visadas (que substituem os riscos inerentes à concorrência pela manutenção de um *statu quo*, sem perda de margens), mas igualmente o próprio fornecedor, na medida em que evita uma eventual «*guerra de preços*» e, consequentemente, uma descida acentuada dos mesmos no retalho, com inevitáveis efeitos no seu próprio preço de venda, garantindo desta forma, transversalmente, um determinado nível mínimo de preços nos vários canais de distribuição, uma subida constante e consistente dos preços a longo prazo e, bem assim, um determinado posicionamento, estável e alinhado, face à sua própria concorrência, sendo igualmente suscetível de garantir a margem dos seus distribuidores, incentivando a venda dos seus produtos.

2001. Também não se revela aplicável ao caso concreto qualquer presunção de legalidade decorrente do Regulamento n.º 330/2010[944] (conforme procurou sustentar a Active

[944] Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 23 de abril de 2010, L 102/1 («Regulamento n.º 330/2010»). No decurso da elaboração da presente Decisão, este diploma foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

Brands), dado que, como a própria afirma[945], para que exista o benefício da isenção por categoria, os preços de venda máximos ou recomendações de preços de venda não podem corresponder a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes, que é exatamente o que acontece neste caso entre as visadas, conforme já demonstrado nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5.

2002. Como a própria Active Brands refere, «*exceto na medida em que redundem na fixação de preços, as práticas de recomendação de preços não são em regra censuradas, nem pela jurisprudência, nem pela prática decisória, nem pela doutrina*»[946]. Ora, no caso concreto e como já profusamente demonstrado, existia uma fixação de preços concertada entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

2003. De igual modo, a prova demonstra que a Active Brands 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 ActiveBrands328, ActiveBrands562, ActiveBrands572, ActiveBrands611, ActiveBrands892, ActiveBrands1485, ActiveBrands1481, ActiveBrands1617, ActiveBrands1370, ActiveBrands1297, ActiveBrands1092, ActiveBrands895, ActiveBrands794, ActiveBrands168, ActiveBrands140, ActiveBrands894, ActiveBrands971, ActiveBrands410, ActiveBrands1573, ActiveBrands1098 e ActiveBrands420).

2004. A prova sustenta, portanto, a conclusão de que a Active Brands 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, consequentemente, para a eliminação da incerteza estratégica e da independência de comportamentos que deve caracterizar um ambiente concorrencial.

2005. Atente-se, a título ilustrativo, no caso paradigmático dos documentos ActiveBrands1485 (*supra* descrito no §907) e ActiveBrands1481, de 9 de janeiro de 2013, que abaixo se reproduz:

[945] Cf. §211 PNI Active Brands.

[946] Cf. §224 da PNI Active Brands.

FW: Proposta Acções Cartão

From:
To:

Cc:

Date: Wed, 16 Jan 2013 15:50:58 +0000

FYI

De: @sonaemc.com]
Enviada: quarta-feira, 16 de Janeiro de 2013 15:44
Para:
Cc:
Assunto: RE: Proposta Acções Cartão

Boa tarde,
Peço que gravem e coloquem para apuramento de sellout

Cumprimentos,

Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel:
Mail

From: @activebrands.pt]
Sent: quarta-feira, 16 de Janeiro de 2013 10:43
To:
Cc:
Subject: RE: Proposta Acções Cartão

Bom dia
Proponho desconto de 15% em cartão de 21/1 a 3/2 em todas as insígnias para :
Vinho do Douro Burmester Tinto DOC (código 3637248) | PVP recomendado : 4,49€ | Investimento AB : 0,67€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Porto Burmester Tawny (código 2219960) | PVP recomendado : 5,49€ | Investimento AB : 0,82€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período e insígnias referidos.
Melhores cumprimentos,

2006. O facto de, na discussão de ações promocionais, se mencionarem não só os descontos a conceder, mas também os PVP associados a estes, revela que os acordos estabelecidos para a concessão de determinados descontos[947] estão sujeitos a que as empresas de distribuição visadas pratiquem determinado «PVP recomendado» (ou seja, o que a Active Brands pretende que sejam os PVP praticados em todo o mercado – por todas as insígnias – para esses produtos).

[947] Em que são acordadas ações promocionais recorrendo ao financiamento das mesmas pela Active Brands, calculado em função do *sell-in* ou do *sell-out* e o qual era necessariamente condicionado à observância pela empresa de distribuição do PVP combinado.

2007. Fica, deste modo, patente que o intuito das ações promocionais e os acordos celebrados entre a Active Brands e as insígnias era, neste campo, alcançar um alinhamento intencional de preços, e não um alinhamento que resulta inerente à recomendação, como alegado pela Active Brands.

2008. Cabe também referir que a informação que o fornecedor utiliza para pressionar os distribuidores desviantes até poderá ter sido obtida legitimamente, no contexto da relação de fornecimento que detém com estes, ou com a sua concorrência, mas não pode ser transmitida fora desse contexto bilateral, *inter partes*, e ser partilhada com a respetiva concorrência, no sentido de a forçar ou convencer a alinhar e/ou de a pressionar ou persuadir a adotar condutas semelhantes às dos concorrentes.

2009. Com efeito, se o fornecedor sabe que determinado distribuidor irá seguir o seu PVPR e aplicar-lhe um determinado desconto, numa determinada ação promocional, que irá ocorrer em determinadas datas futuras, num produto que até poderá estar a ser disponibilizado temporariamente, não pode partilhar essa informação com os restantes distribuidores com quem trabalha, habilitando-os ou levando-os a atuar no mesmo sentido.

2010. Nem os distribuidores devem partilhar esse tipo de informação com o seu fornecedor com o objetivo ou a expetativa de que este a transmita à concorrência, tendo em vista um alinhamento do mercado.

2011. Foi exatamente o que se passou no caso da prática *sub judice*. As comunicações entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas não refletem nem visam uma simples pressão negocial, usando, para esse efeito, informação pública ou obtida licitamente, que pudesse ser partilhada à vontade por todos os intervenientes do mercado.

2012. Antes, sim, foi partilhada informação comercialmente sensível, relativa a posicionamentos de preço (passados, presentes e futuros) de concorrentes no mercado retalhista, e essa informação foi partilhada intencionalmente, para persuadir e pressionar esses mesmos intervenientes a cessarem o incumprimento da concertação que existia entre todos, com o conhecimento de que estava a ser transmitida (mais ainda, a pedido) das empresas de distribuição visadas.

2013. Informação essa que, aliás, num contexto de normal funcionamento do mercado, em concorrência não falseada, não deveria ser partilhada entre empresas. Nem estas quereriam que fosse partilhada com as restantes, como envidariam os melhores esforços para que não saísse da esfera negocial entre fornecedor e distribuidor, dado o caráter revelador da sua estratégia comercial.

2014. Daqui resulta explícita a verdadeira dinâmica do mercado no caso concreto. Resumindo: existe uma clara expectativa das visadas quanto aos preços a serem implementados, cabendo à Active Brands a agilização da sua implementação; em caso de insucesso (ou seja, de desvios, detetados pela constante monitorização recíproca), esta visada seria penalizada, mediante a concessão de descontos e comparticipação de ações promocionais

das empresas de distribuição visadas, as quais aderiam ao referido PVP concertado que seria transversalmente praticado no mercado. Com efeito e para garantir a correção dos desvios e, assim, também evitar sofrer algum tipo de represálias, a Active Brands pressiona as lojas desviantes.

2015. Resulta ainda claro dos documentos reproduzidos que a menção referida a «*insígnias: todas*» determina o conhecimento por estas da transversalidade no mercado dos critérios da ação promocional a adotar, nomeadamente o PVP recomendado (que, como se viu, é verdadeiramente vinculativo).

2016. Revisite-se, pelos argumentos expostos e no mesmo sentido, os documentos ActiveBrands1538, ActiveBrands971, ActiveBrands626, ActiveBrands260, ActiveBrands249, ActiveBrands228, ActiveBrands226, ActiveBrands795, ActiveBrands248, ActiveBrands234, ActiveBrands794, ActiveBrands235, ActiveBrands1502, ActiveBrands1485, ActiveBrands1484, ActiveBrands1482, ActiveBrands1479, ActiveBrands1474, ActiveBrands1473, ActiveBrands1397, ActiveBrands1122, ActiveBrands648, ActiveBrands361, ActiveBrands251, ActiveBrands242, ActiveBrands241, ActiveBrands232, ActiveBrands231, ActiveBrands1531, ActiveBrands1483, ActiveBrands420, ActiveBrands233, ActiveBrands92, ActiveBrands1000 e ActiveBrands793.

2017. Estas ações promocionais eram indutoras de um alinhamento a jusante da Active Brands, que era também conseguido, frequentemente, através de ações de monitorização e correção de desvios.

2018. Relembre-se os acima referidos documentos MCH1417, ActiveBrands1005, ActiveBrands933, ActiveBrands210. Nestes, ao referir que «*o mercado*» acompanha a recomendação da Active Brands, esta visada acaba por demonstrar também, de forma perentória, que o mercado se encontra alinhado pelo preço por ela definido, mas que chega a essa conclusão por ter verificado que determinado preço se encontrava fora do alinhamento previsto.

2019. Também relativamente a este tipo de conduta a prova demonstra que a Active Brands 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 MCH1417, ActiveBrands214, ActiveBrands835, ActiveBrands30, ActiveBrands93, ActiveBrands101, ActiveBrands103, ActiveBrands115, ActiveBrands126, ActiveBrands151, ActiveBrands156, ActiveBrands181, ActiveBrands185, ActiveBrands187, ActiveBrands192, ActiveBrands193, ActiveBrands210, ActiveBrands218, ActiveBrands219, ActiveBrands239, ActiveBrands548, ActiveBrands571, ActiveBrands576, ActiveBrands641, ActiveBrands665, ActiveBrands673, ActiveBrands685, ActiveBrands688, ActiveBrands751, ActiveBrands775, ActiveBrands780, ActiveBrands786, ActiveBrands807, ActiveBrands817, ActiveBrands818, ActiveBrands820, ActiveBrands831, ActiveBrands832, ActiveBrands834, ActiveBrands836, ActiveBrands866, ActiveBrands874, ActiveBrands877, ActiveBrands882, ActiveBrands883, ActiveBrands886,

ActiveBrands900, ActiveBrands906, ActiveBrands923, ActiveBrands924, ActiveBrands931, ActiveBrands937, ActiveBrands940, ActiveBrands943, ActiveBrands971, ActiveBrands1005, ActiveBrands1019, ActiveBrands1021, ActiveBrands1025, ActiveBrands1026, ActiveBrands1027, ActiveBrands1085, ActiveBrands1093, ActiveBrands1098, ActiveBrands1253 e ActiveBrands1591).

2020. Assim, conforme explicado no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão, embora não se exclua que a Active Brands 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.

2021. Veja-se o caso do documento MCH1523 (*supra* descrito nos §§1639 a 1647) em que, em resposta a uma diligência de *shopping*, a Active Brands apela à paciência da MCH para concluir um alinhamento, ali denominado «reposicionamento», do mercado, nos seguintes termos: «*bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais]*, [n]a sequência da nossa reunião de ontem confirmo a possibilidade de apoio suplementar no valor de [40.000-50.000]€ (se possível com contrapartida de topos mistos Licor Carolans e Aguardente Reserva CR&F na C22 - altura em que teremos o Licor Carolans em folheto MCH e MH). Relativamente ao Licor Beirão* ***peço-lhe (mais uma vez) alguma compreensão atendendo aos esforços de reposicionamento que estamos a desenvolver***. *Peço-lhe se possível o favor de manter o PVP actual pelo menos até à próxima terça-feira (muito em particular nas lojas MCH Colombo e MH Rio Tinto - pelos motivos que falámos ontem)*» (destaques e sublinhados da Autoridade).

2022. Ou ainda do documento ActiveBrands548 (*supra* descrito nos §§1701 e 1702), em que se refere: «*Bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais]*,* [o] ***reposicionamento está a demorar um pouco mais do que o previsto***. *No caso da Sonae, o reposicionamento não significou uma degradação da condição de compra. Informo logo que tenha desenvolvimentos* (…)» (destaques da Autoridade).

2023. Neste sentido e conforme a AdC já concluía no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão, falece o argumento da Active Brands de que a finalidade das ações de monitorização de PVP realizadas pelo fornecedor é apenas de verificar a adesão das empresas de distribuição visadas a uma determinada recomendação

2024. A este propósito, a Active Brands refere que, a título de exemplo, «*os emails ActiveBrands205 (referido no §519) ActiveBrands527 (referido no §527) só demonstram que (i) a AB verificava que preços os retalhistas decidiam efetivamente praticar e que (ii) essa informação era partilhada e discutida entre os colaboradores da Active Brands, internamente. A discussão de informação disponível publicamente, ainda mais entre colaboradores da mesma empresa, não é ilegal*»[948].

2025. No entanto, o conteúdo dos referidos *e-mails* revela precisamente o contrário. Quanto ao documento ActiveBrands205 (*supra* descrito nos §§1420 a 1424), em resposta à pergunta

[948] Cf. §442 da PNI Active Brands.

de se a «*Sonae acompanhou o preço de Ferreira do folheto PD?*», o *KA* da Active Brands reporta à pessoa singular visada que «*a Sonae baixou hoje o Ferreira standar para 5,49€*». Assim, ainda que se trate de informação de natureza pública, traduzindo-se nos PVP em vigor no mercado, a mesma é utilizada com o fim de verificar ou atestar a implementação no mercado dos PVP (indireta e) previamente fixados (i.e., fixados numa fase em que não eram ainda do domínio público).

2026. Quanto ao documento ActiveBrands847[949] (*supra* descrito nos §§837 a 838 e 1428 a 1431), o mesmo contém uma resposta ao pedido da pessoa singular visada («[Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de verificares o preços de Velhotes 5,49 no Dia no dia 21 (após acção) e Velhotes 5,49 na Sonae no dia 20 (após acção)…bem como Auchan (dia 18) e PD (dia 26 mais tardar…a seguir ao folheto emigrante).»),* em que o *KA* da Active Brands reporta o seguinte: «*[Diretor Off-Trade - Active Brands],Todas as lojas subiram o preço do Velhotes, Sonae acompanhou o folheto do PD até dia 25/8 mas actualmente está tudo ok*».

2027. Com efeito, decorre do mesmo que o propósito da Active Brands era a verificação do nível de PVP no mercado após a realização de determinadas ações promocionais, que implicam uma redução dos PVP, querendo a Active Brands assegurar-se que os mesmos subiam para os valores concertados.

2028. Este documento realça o objetivo de alinhamento de preços em alta já analisado na presente Decisão no capítulo III.3.1.3. Ao responder que «*está tudo ok*», o colaborador da Active Brands confirma a que não é necessária qualquer correção de desvios, confirmando o alinhamento de preços desejado pelas visadas. Desta forma, o reporte de «*ok*» feito pelo *KA* da Active Brands à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] dispensou qualquer procedimento de correção de desvios, ainda que este admita que existiu um desvio ao PVP pretendido durante a campanha promocional: «*Sonae acompanhou o folheto do PD até dia 25/8*» (à semelhança da expressão usada no documento ActiveBrands205).

2029. Assim, não se trata apenas de uma discussão interna sobre monitorização de preços, pois, na verdade, o uso pelas visadas de expressões reveladoras como «*reposicionar*», «*reposicionamento*», «*situação normalizada*», «*corrigido*», «*alterado*», «*resolvido*», entre outras semelhantes, surge com frequência nas comunicações em causa (cf. documentos MCH1417, ActiveBrands997, ActiveBrands182, ActiveBrands992, MCH1471, MCH1523, ActiveBrands109, ActiveBrands113, ActiveBrands118, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands126, ActiveBrands130, ActiveBrands156, ActiveBrands218, ActiveBrands220, ActiveBrands261, ActiveBrands487, ActiveBrands641, ActiveBrands654, ActiveBrands688, ActiveBrands788, ActiveBrands799, ActiveBrands810, ActiveBrands819, ActiveBrands820, ActiveBrands828, ActiveBrands832, ActiveBrands886, ActiveBrands891, ActiveBrands901 ActiveBrands930, ActiveBrands1019, ActiveBrands1028, ActiveBrands1055, ActiveBrands1085, ActiveBrands1098 e ActiveBrands1120).

[949] A AdC assume que será este o documento a que se refere a Active Brands no §442 da PNI Active Brands, uma vez que o documento ActiveBrands527 não se encontra citado no §527 da NI.

2030. Destaque-se ainda que a Active Brands fazia uso do envio de talões para comprovar o sucesso da correção dos desvios sinalizados ou como prova de que o mercado seguia as suas recomendações na data devida.

2031. Revisite-se o documento MCH1417 (supra descrito no §1883), no qual a Active Brands refere que «[n]*o caso do Loios Tinto e Branco a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 2,99.* ***As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias.*** (…) *No caso de Marquês de Borba Tinto a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 5,89. Não percebo MP 4,75 e JMB 4,75* ***(quando estes preços já foram alterados na semana passada para a nossa recomendação conforme talão enviado).*** (…) *No caso do Porto Velhotes Tawny-Ruby-White a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 4,39.* ***As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias***» (destaques da Autoridade).

2032. Ou ainda o caso do documento ActiveBrands119 (*supra* descrito nos §§1152 a 1157) em que, com grande precisão na indicação do calendário e demonstrando conhecimento sobre quais os PVP praticados por cada insígnia, o diretor *Off-Trade* da Active Brands [Diretor Off-Trade - Active Brands] instrui a sua equipa para enviar talões comprovativos da alteração de PVP: «[Confidencial – Dados Pessoais] *e* [Confidencial – Dados Pessoais]*,* [a] *Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.* [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)?* (…)*O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica* (…)».

2033. Em análise ao documento suprarreferido, a Active Brands refere na sua PNI que este «(…) *prova que, de facto, a informação sensível sobre preços futuros a que, no legítimo exercício da sua atividade comercial, a AB tinha acesso, não era partilhada com os concorrentes das insígnias em causa. Em vez disso, a AB limitava-se a, quando se justificava, comunicar com as insígnias concorrentes já após as alterações de preços em causa terem ocorrido, partilhando por vezes, para o efeito, talões de compra*»[950].

2034. Ora, como a Active Brands admite, esta dispunha de informação sensível que lhe era transmitida pelas insígnias suas clientes. Ademais, o que o documento *supra* transcrito demonstra é que o uso que dela fazia traduzia-se, de facto, na comunicação dessa informação a insígnias concorrentes daquela que originalmente lha transmitiu, atuação essa tendente ao alinhamento de preços para alcançar o objetivo comum de evitar criar

[950] Cf. §413 da PNI Active Brands.

«*uma bola de neve que a todos prejudica*». Sobre este tema, remete-se para o já referido *supra* nos §§2008 a 2015.

2035. Com efeito, ainda que a comunicação através de talões seja realizada com as insígnias «*concorrentes já após as alterações de preços em causa terem ocorrido*», como a Active Brands afirma, o detalhe da calendarização e a expectativa das empresas de distribuição visadas quanto à demonstração das alterações através da exibição ou envio de talões demonstra que estas estavam a par, previamente à adoção dos referidos PVP, que a mesma ia ocorrer, em que lojas, quando e para que valores. Daí as empresas de distribuição visadas também terem criado na Active Brands a expetativa de que essas mesmas lojas, nas mesmas datas, iriam poder disponibilizar talões comprovativos do nível de preço concertado.

2036. De facto, a Active Brands já sabe que «*o PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19*», porque lhe foi prometido um talão nesse dia com determinados PVP praticados no seu concorrente Auchan («(…) *mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide*»). Note-se que o documento em causa tem a data de 13 de setembro de 2012, cinco dias antes das movimentações ocorrerem, já tendo as insígnias em causa conhecimento das datas e produtos cujo PVP da sua concorrência iria ser alterado e comprovado com talões (informação sensível futura, portanto, partilhada entre concorrentes pela Active Brands).

2037. Essa partilha de informação sensível pode ter ocorrido, conforme já se demonstrou *supra* nos §§1833 a 1836, não só através de *e-mail* mas também através de contactos telefónicos ou presenciais.

2038. Quando o sucesso na correção de desvios não era logrado, a Active Brands utilizava ainda mecanismos de, através da comparticipação de ações promocionais, compensação as insígnias pelo facto de o alinhamento não ter sido alcançado.

2039. Veja-se o caso do documento ActiveBrands1019 (*supra* descrito na conversação analisada nos §§1108 a 1109), em que se refere: «*Bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais]*, (…)* [o] *PVP de CR&F infelizmente não foi alterado. Peço-lhe mais alguma paciência e o favor de carregar 10% em cartão neste artigo de 22 a 28 de Outubro (investimento AB de 1,30€ por garrafa a pagar em ND sobre o sell-out deste artigo no período considerado)*».

2040. A conduta descrita adotada pela Active Brands resulta ainda demonstrada pelos documentos MCH1410, MCH1417, MCH1471, ActiveBrands29, ActiveBrands93, ActiveBrands102, ActiveBrands103, ActiveBrands104, ActiveBrands105, ActiveBrands107, ActiveBrands110, ActiveBrands117, ActiveBrands118, ActiveBrands119, ActiveBrands122, ActiveBrands123, ActiveBrands126, ActiveBrands130, ActiveBrands136, ActiveBrands151, ActiveBrands153, ActiveBrands155, ActiveBrands156, ActiveBrands181, ActiveBrands182, ActiveBrands183, ActiveBrands185, ActiveBrands190, ActiveBrands199, ActiveBrands210, ActiveBrands212, ActiveBrands214, ActiveBrands220, ActiveBrands239, ActiveBrands576, ActiveBrands607, ActiveBrands638, ActiveBrands641, ActiveBrands659, ActiveBrands673, ActiveBrands688, ActiveBrands710, ActiveBrands723, ActiveBrands733, ActiveBrands748, ActiveBrands754, ActiveBrands772, ActiveBrands778, ActiveBrands786, ActiveBrands806,

ActiveBrands820, ActiveBrands821, ActiveBrands828, ActiveBrands831, ActiveBrands832, ActiveBrands834, ActiveBrands835, ActiveBrands836, ActiveBrands855, ActiveBrands866, ActiveBrands871, ActiveBrands874, ActiveBrands877, ActiveBrands879, ActiveBrands882, ActiveBrands883, ActiveBrands886, ActiveBrands906, ActiveBrands908, ActiveBrands922, ActiveBrands930, ActiveBrands936, ActiveBrands939, ActiveBrands940, ActiveBrands941, ActiveBrands963, ActiveBrands992, ActiveBrands993, ActiveBrands1002, ActiveBrands1005, ActiveBrands1010, ActiveBrands1021, ActiveBrands1025, ActiveBrands1026, ActiveBrands1078, ActiveBrands1085 e ActiveBrands1117.

2041. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que a Active Brands participava ativamente na prática descrita na presente Decisão, adotando comportamentos que se traduzem em: *i)* definir/concertar o posicionamento de PVP a ser implementado pelas várias empresas de distribuição futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento; *ii)* concertar com as empresas de distribuição o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento; *iii)* solicitar expressamente às empresas de distribuição que implementassem determinado posicionamento de PVP, que não se desviassem do posicionamento de PVP concertado e/ou que corrigissem eventuais desvios; *iv)* ser informada pelas empresas de distribuição sobre o seu posicionamento de PVP futuro; *v)* veicular a informação recebida ou recolhida entre as empresas de distribuição sobre o posicionamento de PVP destas, incluindo designadamente o posicionamento de PVP futuro; *vi)* monitorizar o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através do reporte pelas empresas de distribuição; e *vii)* ser pressionada pelas empresas de distribuição 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.

2042. 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.

2043. De facto, ao contrário do alegado pela Active Brands, a prova demonstra um encontro de interesses, mediante a definição e implementação transversal dos PVP concertados no mercado, garantindo as margens comerciais de todos os intervenientes.

2044. A dinâmica de mercado relevada pela prova traduz-se, não pela lógica da prática do preço mais baixo entre a concorrência, mas da garantia das respetivas margens e da eliminação da incerteza do mercado através da prática de, exatamente, os mesmos PVP, o que permitia às empresas retalhistas visadas reafirmar a bandeira dos preços baixos (dada a implementação transversal do mesmo preço no mercado, todas poderiam afirmar ter os PVP mais baixos).

2045. No mesmo sentido e conforme a Active Brands bem reconhece, os retalhistas «*determinam os preços a que querem comprar, através da definição e cristalização prévia das condições comerciais*»[951].

2046. Assim, a exigência de condições financeiras à Active Brands como forma de assegurar as respetivas margens mediante a implementação dos PVP aos níveis da concorrência, como forma de pressão sobre o fornecedor para correção de desvios ou como penalização pelo insucesso do fornecedor de agilizar tais correções de desvios ao PVP concertado transfere o risco associado à atividade retalhista para o fornecedor.

2047. Mas isto não significa que a Active Brands possa, legitimamente, refugiar-se no argumento da alegada «*ausência de qualquer tipo de poder de mercado ou negocial*»[952], uma vez que também esta visada tem um manifesto interesse na manutenção de um determinado nível de preço para os seus produtos, nomeadamente que lhe garanta o máximo de rentabilidade possível.

2048. Daí que seja tão importante assegurar que os PVP são uniformizados e respeitados por todo o mercado, pois, caso contrário, estariam em causa os preços de tabela estabelecidos e as margens esperadas por cada parte neste negócio (no caso concreto da Active Brands, veja-se o capítulo III.3.1.3.2 da presente Decisão).

2049. Na verdade, a influência do fornecedor e das insígnias concorrentes é inequívoca na formação da vontade das partes e na respetiva fixação dos PVP, não se traduzindo, portanto, num exercício competitivo, mas sim na formação de um claro incentivo mútuo para a participação de todos, fornecedor e insígnias, de forma livre, deliberada e esclarecida na prática em causa.

2050. De facto e como bem se demonstrou, a prova revela a existência de um conjunto de incentivos e circunstâncias determinantes para a formação da vontade das empresas visadas na fixação dos PVP, que se reveste de uma natureza anticoncorrencial e se perpetuou no tempo.

2051. Revela ainda que todas as visadas – fornecedor e retalhistas – desempenharam papéis de relevo que, embora diversos, contribuíram para a prossecução do objetivo comum de alinhamento dos PVP no mercado retalhista de base alimentar, conforme exaustivamente descritos no capítulo III.3.1.3.

2052. De qualquer forma, a conduta da Active Brands, tal como a prova a sustenta, não poderia ser legitimamente justificada por uma necessidade de manutenção da sua sustentabilidade económico-financeira, ainda que essa fosse a sua principal motivação.

2053. Com efeito, não pode a Active Brands incorrer numa prática (que se qualificará como) ilícita, alegando inferioridade negocial. De facto, a eventual necessidade de sucesso (ou mesmo

[951] Cf. §268 da PNI Active Brands.

[952] Cf. §458 da PNI Active Brands

de sobrevivência) comercial não justifica, nem legitima, a adoção de comportamentos ilegais.

2054. Estão em causa matérias que envolvem a relação contratual estabelecida entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, que recaem no âmbito da liberdade contratual das partes e que nesse âmbito deverão ser dirimidas, ao invés de serem «*resolvidas*» através de práticas concertadas que constituem uma violação do direito da concorrência.

2055. Práticas essas que, segundo a própria Active Brands alega[953], têm como efeito a manutenção da sua sustentabilidade, mas resultam num claro prejuízo para os consumidores.

2056. Ademais, sabendo a Active Brands desse facto e participando da conduta restritiva da concorrência de forma contrariada porque sujeita a pressão das empresas de distribuição visadas, conforme alega, poderia ter apresentado uma denúncia à Autoridade, nos termos do artigo 8.º da LdC, ou até beneficiar do comummente designado Programa de Clemência, previsto nos artigos 75.º a 82.º da LdC, que estabelece o regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência.

2057. Optou, ao invés, pela manutenção da sua participação na prática *sub judice* – e não só, também a alimentou, promoveu e dinamizou –, alegando posteriormente que tal participação é justificada pela posição negocial frágil em que se encontrava face às co-visadas.

2058. Por outro lado, pretendendo a Active Brands extrair daqui uma justificação económica para o seu comportamento ao abrigo do artigo 10.º da LdC, que não invoca expressamente, cumpre à AdC esclarecer que nem todos os fins justificam os meios e a eventual necessidade de proteção da marca não afasta a ilicitude dos comportamentos, tão-pouco a Active Brands faz prova do preenchimento de qualquer um dos critérios cumulativos previstos na norma e exigidos para este efeito.

2059. Não se pode, assim, compactuar com (ou aceitar) as ilações que a Active Brands retira do «*Relatório Final sobre as Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*», publicado pela AdC em 2010 («*Relatório AdC 2010*»)[954] [955].

2060. Primeiramente, a AdC recorda que a análise do Relatório AdC 2010 foi realizada no âmbito dos seus poderes de supervisão, na sequência de exposições por parte de diversos operadores do setor relativas a um alegado desequilíbrio negocial entre as partes, que

[953] Cf. §271 da PNI Active Brands. No mesmo sentido, §§35 e 36 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[954] Cf. Relatório AdC 2010, disponível em https://www.concorrencia.pt/pt/artigos/adc-apresenta-relatorio-final-sobre-relacoes-comerciais-entre-grande-distribuicao-alimentar, e cópia junta aos autos a fl. 4621 do processo.

[955] Cf. §§256 e ss. da PNI Active Brands.

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 Instituto Nacional de Estatística e pelo Banco de Portugal.

2061. As exposições apresentadas à AdC não continham, na realidade, quaisquer elementos que determinassem ou indiciassem a necessidade da investigação do tipo de indícios que, mais tarde e nas circunstâncias exaustivamente descritas no capítulo I *supra*, constituíram notícia da infração neste processo, pelo que a prática aqui em causa não foi, pura e simplesmente, investigada nessa ocasião.

2062. A prática identificada na citação que a Active Brands extrai do referido Relatório no §266 da PNI («*a expansão do sector da distribuição alimentar, nomeadamente dos GGR, vem alterar um anterior paradigma económico, com a perda progressiva do poder de influência da indústria de aprovisionamento (e/ou da produção) na determinação de preços no retalho (na venda ao consumidor final)*» – cf. §422 do Relatório AdC 2010) é uma constatação de uma realidade, que nada permitia inferir – sem a prova adicional que abunda no presente processo – quanto a constituir uma infração ao direito da concorrência.

2063. O que está em causa na presente Decisão é diferente, pois a realidade factual e o acervo probatório são abundantemente mais ricos: no presente caso demonstra-se que a Active Brands, face à situação descrita no Relatório e para evitar ser alvo de medidas dos seus clientes que levassem à respetiva perda de margem, encontra como «solução» conjunta com os seus clientes, em benefício recíproco, definir e comunicar PVP uniformes para todo o mercado e solicitar a alteração dos PVP aos retalhistas desviantes, a pedido de uma ou várias insígnias que se encontrem alinhadas, para que se promova um alinhamento artificial dos PVP no mercado retalhista em Portugal.

2064. Perante este cenário, a opção não só de manter as relações contratuais existentes, mas de atuar como dinamizadora e transmissora da prática *sub judice*, ao invés de a denunciar, ainda que tal acarretasse a eventual perda de clientes infratores (o que a Active Brands alega, mas não sustenta), é censurável e demonstrativa do envolvimento da Active Brands e da consciência com que o desenvolveu ao longo dos, pelo menos, aproximadamente oito anos de duração da prática.

2065. Ora, conforme se observa na prova descrita, estes comportamentos não podem ser compreendidos numa ou como uma mera lógica bilateral, já que a rentabilidade dos próprios retalhistas (isto é, a pretendida por estes) só poderia ser garantida no caso da observância de certo nível de PVP de forma transversal a todo o mercado, reiterando-se o incentivo das insígnias no alinhamento dos preços no mercado, bem como o insistente recurso ao fornecedor para o efeito e, também, como forma de pressionar a agilização da correção de eventuais desvios dos concorrentes aos PVP concertados.

2066. O que o cotejo destas alegações da visada com a matéria de facto permite constatar é que os argumentos da Active Brands consistem numa asserção puramente teórica e

especulativa, baseada naquilo que abstratamente poderia ter acontecido, mas, na verdade e em concreto, sem qualquer adesão à realidade e ao conteúdo da prova documental que consta do processo.

2067. Com efeito, face à globalidade da prova e à inexistência de quaisquer elementos de prova que demonstrem que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou que deles se tenha distanciado, é possível concluir não apenas que a situação descrita efetivamente aconteceu, nos termos que a AdC a descreve, como se manteve ao longo do tempo. De facto, em todo o período investigado, semelhantes pedidos foram enviados a empresas de distribuição concorrentes, promovendo-se, assim, o movimento conjunto de concertação de PVP.

2068. Ora, a Active Brands contribui determinantemente com o seu próprio comportamento e com essa mesma intenção, para a formação da vontade das insígnias quanto à fixação 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.

2069. 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 Active Brands atua também como um veículo de transmissão de informação entre insígnias concorrentes, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre aquelas.

2070. Acresce ainda que, conforme melhor explicado infra no capítulo IV.1.7, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017, os elementos dos autos[956] demonstram que a Gestvinus *(i)* definia com a Active Brands a estratégia de posicionamento de PVP das suas marcas, *(ii)* pedia à Active Brands informação sobre as condições comerciais concretas acordadas entre esta empresa e as insígnias, *(iii)* contactava diretamente as insígnias sobre temas relacionados com a colocação dos seus produtos, *(iv)* monitorizava o PVP praticado pelas insígnias e *(v)* pressionava/instruía a Active Brands para implementar determinado posicionamento de PVP junto das insígnias.

2071. De facto, resulta demonstrado que a Gestvinus intervinha, efetivamente, na gestão da atividade comercial e estratégica e na definição de objetivos da Active Brands, devendo ser solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida por esta última, no período referido.

2072. Finalmente, quanto à duração da infração, nomeadamente à consideração do elemento probatório relativo ao ano de 2008 como prova do envolvimento da Active Brands na prática *sub judice*, remete-se para os capítulos IV.1.5.1.2 e IV.2.5 da presente Decisão, onde

[956]Cf. os documentos ActiveBrands623, ActiveBrands990, ActiveBrands848, ActiveBrands411, ActiveBrands1723, ActiveBrands1258

a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

2073. De facto, conforme já referido, analisada a Nota de Ilicitude e a presente Decisão, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou evidências concretas que considerou suficientemente sérias, precisas, concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a adoção de uma decisão condenatória, tendo utilizado uma parte para ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *e-mails* de conteúdo equivalente aos descritos de forma mais detalhada na presente Decisão, consoante o comportamento em causa. A este respeito, remete-se para o §857 e seguintes da presente Decisão, onde a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

2074. Assim, a existência de apenas um documento referenciado no capítulo III.3.4.1 relativo ao ano de 2008 não afasta, pelo exposto, o entendimento da Autoridade sobre a imputação dos factos à Active Brands, ou da sua subsunção ao quadro jurídico referido no capítulo IV.

2075. Tanto mais que o referido documento não pode ser lido de forma desligada dos restantes meios probatórios constantes do referido capítulo III.3.4.1, e nomeadamente do já demonstrado no capítulo III.3.3.

2076. Sem prejuízo do exposto e conforme já referido nos §§1936, 1937 e 1938 quanto à determinação do período em que as visadas terão estado envolvidas na prática investigada, esta questão perde a sua relevância tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável às visadas, a AdC limitará a duração da prática ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor.

2077. Assim sendo, a AdC considerará que a Active Brands esteve envolvida na prática investigada entre 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721) e 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Auchan – cf. documento ActiveBrands1565).

2078. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.4.1 da presente Decisão, imputáveis à Active Brands, pelo seu envolvimento direto na prática investigada.

III.3.4.2 [Diretor Off-Trade - Active Brands]

2079. [Diretor Off-Trade - Active Brands] foi Diretor *Off-Trade* da Active Brands durante todo o período da infração praticada pela referida empresa (2008 a 2017) (cf. capítulo III.1.2III.1.2 da presente Decisão).

2080. De acordo com os elementos analisados, a participação de [Diretor Off-Trade - Active Brands] ocorreu entre 14 de abril de 2009[957] (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento ActiveBrands228) e 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands520), período durante o qual exerceu sempre as funções de Diretor *Off-Trade* da Active Brands.

2081. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação do período em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] terá estado envolvido na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, confirme referido nos §§1937 e 1938 e com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à Active Brands, a AdC limitou a duração da prática imputável a esta visada ao período relativamente ao qual se considerou provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo a Active Brands,

2082. Assim, no capítulo III.3.4.1 a AdC considerou que a Active Brands esteve envolvida na prática investigada entre 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721) e 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Auchan – cf. documento ActiveBrands1565).

2083. Conforme se detalhará *infra* no capítulo IV.1.6.3, as pessoas singulares visadas são responsáveis pela infração imputável à empresa para a qual exerciam funções durante o período em que, havendo infração da empresa e tendo os mesmos tido intervenção direta na prática em causa ou conhecimento dela, ocuparam um cargo de administração ou direção.

2084. Assim, a AdC considerará que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] esteve envolvida na prática investigada entre 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada Active Brands - cf. documento MCH1721) e 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Active Brands – cf. documento ActiveBrands1565).

2085. A Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meio de prova para determinar o início e o final da infração correspondente à prática investigada.

2086. O seu nome surge diretamente associado a quase todos os documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo (do total de 1229 *e-mails*, já excluindo os

[957] Não se ignora que [Diretor Off-Trade - Active Brands] já desempenhava as funções de Diretor *Off-Trade* da Active Brands antes desta data (pelo menos, desde 2008), não se excluindo o seu envolvimento na prática em data anterior, Sem prejuízo, para efeitos de imputação na presente Decisão e com base na prova dos autos, considera-se que a sua participação se iniciou em 14 de abril de 2009, data em que é certo que teve intervenção direta e, necessariamente, conhecimento da prática.

duplicados, [Diretor Off-Trade - Active Brands] intervém em 1034 - no «De», «Para» ou em «CC»).

2087. Com efeito, mais do que ter conhecimento direto da factualidade descrita na presente Decisão, [Diretor Off-Trade - Active Brands] desempenhava um papel ativo na organização e implementação da prática *sub judice*, dando instruções concretas aos seus colaboradores sobre os comportamentos neste contexto, conforme resulta evidente do exposto no capítulo III.1.2 da presente Decisão (onde se verifica que intervém na vasta maioria dos *e-mails* descritos).

2088. É especialmente revelador do seu grau de envolvimento direto e pessoal na prática *sub judice* o conteúdo do documento ActiveBrands119 (cf. §1152 *supra*), em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] envia à sua equipa de *KA* o seguinte *e-mail*: «[a] *Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.* [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)? O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*».

2089. Destaca-se ainda o conteúdo dos documentos ActiveBrands1027 e ActiveBrands1024 (cf. §1103 e ss. *supra*), ActiveBrands780 (cf. §1126 *supra*), ActiveBrands880 (cf. §1115 *supra*), ActiveBrands198 (cf. §1149 *supra*) e ActiveBrands294 (cf. §1147 *supra*).

2090. Existem também documentos que revelam que [Diretor Off-Trade - Active Brands] era o ponto de contacto da Active Brands, interagindo de forma frequente e direta com colaboradores das empresas de distribuição visadas sobre aspetos relativos à implementação da prática *sub judice* – neste sentido, veja-se o conteúdo dos documentos ActiveBrands778 (cf. §1161 *supra*), ActiveBrands183 (cf. §1142 *supra*), ActiveBrands772 (cf. §11891189 *supra*), ActiveBrands550 (cf. §14371437 *supra*), ActiveBrands936 (cf. §1655 *supra*), ActiveBrands710 (cf. §13521352 *supra*), MCH1503 e ActiveBrands113 cf. §11301130 *supra*), ActiveBrands572 (cf. §12051205 *supra*), ActiveBrands879 (cf. §11201120 *supra*), ActiveBrands930 (cf. §14211421 *supra*), ActiveBrands102 (cf. §13751375 *supra*).

2091. Veja-se ainda, no documento MCH1523 (cf. §1639 *supra*), a referência, no âmbito de uma troca de *e-mails* entre [Diretor Off-Trade - Active Brands] e a MCH, ao papel desempenhado pelo mesmo junto do Jumbo/Auchan e da Pingo Doce: «*(…) a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços…")*».

2092. Particularmente impressivo é, ainda, o conteúdo dos documentos ActiveBrands673 e ActiveBrands786 (cf. §1122 *supra*), que consistem numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a MCH em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] faz o

seguinte pedido a esta empresa de distribuição: «*Verifiquei na loja MCH da Amadora que marcava Porto Velhotes a 4,19. Assim não consigo manter 4,69 PD e Dia. De igual forma que em algumas lojas se verifica Beirão < 9,48 (assim não consigo manter 9,48). Peço-lhe o favor de verificar».* Em resposta, a MCH informa: «[o] *PVP 9.48 vai ser reposicionado para amanhã».*

III.3.4.2.1 Posição da pessoa singular visada

2093. A pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] alega que as suas funções obedeciam a uma hierarquia empresarial de «*terceira linha*», dado que reportava a um diretor-geral, que por sua vez reportava ao conselho de administração da Active Brands, tendo funções meramente executivas[958].

2094. Alega que, com base nesta cadeia hierárquica, facilmente se entende que a política comercial da Active Brands era definida por quem tem poder institucional para tanto, e que, sendo ele próprio o instrumento operacional do *core business* da empresa, só pode concluir-se que a sua atividade era ditada pela estratégia definida no âmbito da respetiva gestão, atuando sempre sob as instruções de natureza comercial que lhe eram confiadas[959].

2095. Considera a pessoa singular visada que é normal que a rede de contactos das insígnias tenha atuado com os mesmos pontos de contacto porquanto só deste modo são potenciadas as sinergias entre as respetivas funções, e que é normal que os responsáveis de determinada zona exerçam funções por tempo expandido e reportem ao mesmo diretor.

2096. Entende finalmente esta pessoa singular visada que o facto de trocar mensagens eletrónicas com representantes das empresas distribuidoras visadas apenas pode significar que tinha relações comerciais com todas elas e que que estas continham e visavam preços recomendados, não o alinhamento de preços.

III.3.4.2.2 Apreciação da Autoridade

2097. Como nota prévia à apreciação da posição da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], faz-se notar que os argumentos constantes da sua pronúncia que dizem respeito aos comportamentos da Active Brands, foram já apreciados nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2 e III.3.3 da presente Decisão, para os quais especificamente se remete e que se dão por reproduzidos para os efeitos necessários no presente capítulo.

2098. Ademais, os argumentos específicos sobre a imputação da infração à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] também serão mencionados (cf. capítulo IV.1.6.4 *infra*) e apreciados (cf. capítulo IV.1.6 *infra*), encontrando-se a análise desta temática aí melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

---

[958] Cf. §5 e conclusão B. da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[959] Cf. §§9 a 11 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

2099. Quanto aos argumentos apresentados na sua pronúncia que respeitam ao seu envolvimento específico nos comportamentos praticados pela Active Brands, nomeadamente quanto à alegada posição hierárquica de subordinação ocupada pela pessoa singular visada, importa referir o seguinte.

2100. Resulta dos autos do presente processo que a pessoa singular visada tinha conhecimento direto da prática restritiva da concorrência *sub judice*, teve uma participação ativa nos comportamentos que consubstanciam a infração e estava consciente do objeto anticoncorrencial da mesma.

2101. Assim, é possível concluir, de forma inequívoca e com base na leitura das conversações integradas na globalidade da prova, que as questões relacionadas com o posicionamento do PVP e as comunicações relativas à concertação eram submetidas ao seu conhecimento direto e ao seu poder decisório, revelando-se, noutras circunstâncias, que [Diretor Off-Trade - Active Brands] exercia as prerrogativas que decorriam desse poder decisório, definindo o sentido da ação imputável à Active Brands (cf., em particular, documentos ActiveBrands1514, ActiveBrands1027, ActiveBrands973, ActiveBrands848, ActiveBrands198, ActiveBrands1253 e ActiveBrands1078).

2102. Veja-se o caso do documento ActiveBrands973, de 18 de fevereiro de 2015, *supra* descrito no §1207:

RE: Conhaque Courvoisier VS - Oportunidade Lojas Modelo

From:
To:
Date:

Alterações de tabela para deixar tudo como está só trazem ruído e perturbação das vendas. Mesmo que subas a tabela a Sonae só vai aceitar comprar mais caro se recomendarmos um PVP maior que lhe permite manter a sua MG relativa…e para isso acontecer é preciso que o PD esteja disposto a mudar. Se não queres alterar o PVP…fica quieta…e altera este artigo quando tiveres de alterar outros...e com novas recomendações (superiores às actuais) caso contrário qualquer subida de tabela deixa tudo na mesma em termos NET…introduzindo apenas ruído desnecessário.

De:
Enviada: 18 de fevereiro de 2015 16:21
Para:
Assunto: FW: Conhaque Courvoisier VS - Oportunidade Lojas Modelo

irei enviar novas condições deste artigo e VSOP (PT e NET) para próximas tabelas…
Tínhamos falado que neste artigo estavas à pele…

2103. Ora, não se pode partilhar do argumento genérico da pessoa singular visada de que, na sua atuação, se limitava a reproduzir as instruções do departamento de *marketing*, uma vez que o que se verifica da leitura do presente texto é que [Diretor Off-Trade - Active Brands] tinha também um papel ativo na definição das políticas de preços da Active Brands e na implementação das mesmas junto das empresas de distribuição visadas, informando a sua

colega de que a MCH apenas aceitará subir PVP se o mesmo acontecer na Pingo Doce e que «*se não queres alterar o PVP…fica quieta*…».

2104. Considere-se ainda o documento ActiveBrands1027, *supra* descrito no §1103, em que a pessoa singular visada comunica à sua equipa o seguinte: «*Equipa,* [a] *Sonae actualizou hoje os preços de dois artigos. CR&F passou para 12,99€* ***com o compromisso de actualização PD*** *na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um). Este PVP é importante por várias razões…desde logo por razões de rentabilidade mas também porque baliza o primeiro folheto de Natal deste artigo (Dia a meio de Novembro). Importante que recomendem este PVP nas lojas Intermarché e Jumbo (em especial Gaia e Alfragide). Beirão passou para 9,49€ mas* ***não consegui compromisso PD para esta quarta-feira****.* ***É provável que entre um cartão Sonae de 5% até à próxima semana. Tentarei que actualizem no dia 28*** (…)» (destaques da Autoridade)

2105. Do conteúdo deste documento resulta evidente que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] dispunha de liberdade negocial no âmbito das recomendações de PVP que emitia. Com efeito, resulta da transcrição supracitada que [Diretor Off-Trade - Active Brands] tanto se encontrava responsável pela calendarização da atualização de preços, como ainda pelas negociações promocionais, no caso de o alinhamento falhar.

2106. Considerem-se ainda os documentos ActiveBrands119 e ActiveBrands182, *supra* descritos, respetivamente, nos §§1152 e 1395:

2107. De acordo com o documento ActiveBrands119, a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] instrui a sua equipa nos seguintes termos: «(…) *A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.* [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)? O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões.* ***Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica.»*** (destaques da Autoridade)

2108. Daqui resulta demonstrado não só um conhecimento do funcionamento do mercado, mas uma atuação coordenada tendente ao alinhamento, por forma a evitar «*a bola de neve que a todos prejudica*», indicando claramente que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] tinha um envolvimento direto na estratégia de implementação de preços «recomendados» da Active Brands nas insígnias, com a finalidade de proteger o objetivo comum da concertação de preços em análise na presente Decisão.

2109. De acordo com o documento ActiveBrands182, mesmo quando não era [Diretor Off-Trade - Active Brands] diretamente envolvido nas respostas às sinalizações de desvios ao preço recomendado, surgia como figura de recurso interno na Active Brands para o reporte dos problemas e responsável hierárquico pela verificação dos mesmos:

RE: Velhotes Tawny

From:
To:
Date: Fri, 23 Nov 2012 08:20:15 +0000

Bom dia
PVP corrigido para 4.98€

Cumpts,

Responsavel Liquidas
Jumbo Castelo Branco
@auchan.pt
Auchan

De: @activebrands.pt]
Enviada: quarta-feira, 21 de Novembro de 2012 23:01
Para:
Assunto: Velhotes Tawny

Boa noite Sr.
O que posso fazer para que o Jumbo Castelo Branco corrija o preço do Velhotes Tawny para 4,99€?
Se for resposta algum shopping, diga me qual é loja para poder justificar ao meu chefe.
Peço desculpa por este incomodo.

Um abraço e obrigado,

| Gestor de Clientes | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

2110. Com efeito, do conteúdo deste documento resulta claro que o gestor de clientes da Active Brands tenta averiguar junto da Auchan qual o motivo de um desvio de PVP detetado numa loja Jumbo, para que possa justificá-lo ao seu chefe (a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands]), demonstrando que era este que hierarquicamente era o responsável máximo pelo tema da deteção e correção de desvios.

2111. Recorde-se que, de acordo com o organograma junto à PNI da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] como documento 1, os gestores de clientes (GC) Norte/Centro, Centro/Sul e o *KA* Algarve eram dirigidos por este, na qualidade de Diretor de Vendas *Off-Trade*.

2112. Outros exemplos da interação entre o gestor de clientes *supra* mencionado no documento ActiveBrands182 e a pessoa singular visada podem ser encontrados nos documentos ActiveBrands835, ActiveBrands214, ou no paradigmático Activebrands153, *supra* descrito nos §1793: neste documento, em resposta a um reporte de *shopping* da Auchan, em que esta se queixa de falta de condições para acompanhar os seus concorrentes MCH e

E.Leclerc, [Diretor Off-Trade - Active Brands] responde, com conhecimento do gestor de cliente em causa, que «*no caso CNT já pedi actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC* ***o meu colaborador*** [Confidencial – Dados Pessoais] ***vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana).***» (destaque da Autoridade).

2113. Ao que este colaborador questiona [Diretor Off-Trade - Active Brands] se «*lev*[a] *uma pistola ou uma granada?*», ficando patente a relação de colaboração de ambos na implementação dos PVP concertados e a pressão que os colaboradores da Active Brands exerciam loja a loja para forçar a correção de PVP. Com efeito, ainda que o uso da expressão citada seja figurado e/ou humorístico, é bastante revelador da atitude da Active Brands quando se deslocava presencialmente às lojas das empresas de distribuição visadas e da forma como [Diretor Off-Trade - Active Brands] instruía os seus colaboradores a agir nesses momentos.

2114. Assim, a leitura destes documentos revela, sem margem para uma interpretação divergente, o papel ativo assumido pela pessoa singular visada na verificação dos PVP praticados no mercado, bem como a sua preocupação com a implementação dos PVP de acordo com o posicionamento previamente definido (e que se traduz no respeito pelo alinhamento concertado entre insígnias), incentivando a sua equipa a agilizar a reposição dos preços para o nível concertado.

2115. A simples leitura do teor dos documentos evidencia, portanto, que estão em causa os comportamentos imputados à Active Brands, praticados diretamente pela pessoa singular visada, que contribuem para a implementação da prática de fixação de PVP, nos termos exaustivamente analisados na presente Decisão (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2, e III.3.4.1 da presente Decisão).

2116. Comportamentos que, conforme já se demonstrou, se encontram também plasmados nas ações adotadas pelo próprio [Diretor Off-Trade - Active Brands], quer a nível de relações internas na Active Brands, quer a nível das relações externas com as restantes visadas, em representação da Active Brands.

2117. Veja-se o caso do documento ActiveBrands1018 (*supra* descrito nos §§903 e 904). Sobre este documento, a pessoa singular visada vem alegar que «*não tem a Nota de Ilicitude presente que se trata de um Folheto de uma grande superfície* (…) *e que se está apenas a inserir os produtos que comercializa e os correspondentes preços fixados pelo Intermarché*. (…) *e que a A B está a corresponder* (…) *a um folheto que não é da sua autoria, menos ainda o período de vigência*»[960] e que «*se se trata de inserir, de forma concorrencial, os produtos e preços, num documento escrito e para um determinado período, normal é que especifique quais as condições inerentes a esses produtos*»[961] considerando que «*a alternativa seria, neste e em todos os*

[960] Cf. §§33 e 34 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[961] Cf. §34 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

outros folhetos (…), recusar aderir, nada inserindo»[962] o que corresponderia «*ao suicídio comercial*»[963].

2118. Não se entende, porque não foi demonstrado na PNI, a argumentação expendida a este propósito pela pessoa singular visada. Tratando-se de, conforme alegado, um folheto promocional de uma empresa de distribuição que decide quais os produtos a incluir, a que PVP serão vendidos, qual o desconto a aplicar sobre os mesmos e qual o período de vigência destas condições, não se entende que «*inserções*» caberia à Active Brands «*fechar*». Poderia ser a insígnia em causa a inserir todas estas variantes no folheto diretamente, já que alegadamente as teria determinado de forma autónoma.

2119. No entanto, o facto de a Active Brands ter feito essas «*inserções*» em colaboração com a empresa de distribuição e de, nas condições estabelecidas, constarem os PVP a praticar, associados aos descontos a conceder, sendo posteriormente a informação reencaminhada internamente pela pessoa singular visada para a sua equipa de gestores de clientes (possivelmente para que, nas datas em causa, monitorizassem a efetiva aplicação das condições concertadas, como se viu *supra* que era prática comum – cf. §1128 e capítulos III.3.1.3 e III.3.1.4 da presente Decisão), demonstra que era a Active Brands a influenciar essas variantes e a, desta forma, fixar os PVP a praticar.

2120. Por outro lado, sobre a alegação da pessoa singular visada de que recusar esta prática equivaleria ao «*suicídio comercial*» da Active Brands, como já foi referido *supra*, a alegada posição de dependência económica deste fornecedor não justifica a adoção de uma conduta anticoncorrencial, além de que resulta demonstrado que aquela empresa tem um manifesto interesse na manutenção de um determinado nível de preço no mercado.

2121. Com efeito, a conduta da Active Brands, tal como a prova a sustenta, não poderia ser legitimamente justificada por uma necessidade de manutenção da sua sustentabilidade económico-financeira, ainda que essa fosse a sua principal motivação. Não pode a Active Brands incorrer numa prática (que se qualificará como) ilícita, alegando inferioridade negocial. De facto, a eventual necessidade de sucesso (ou mesmo de sobrevivência) comercial não justifica, nem legitima, a adoção de comportamentos ilegais.

2122. Veja-se ainda o documento ActiveBrands641, reproduzido no §908 da presente Decisão, no qual a MCH, após um reporte da Active Brands, corrige o preço do produto «*Miniaturas Licor Beirão*». A propósito deste documento, a pessoa singular visada argui que «*a indicação de um novo preço, por razões de estratégia comercial e subsequente aceitação, pelo destinatário, nada representa quanto a alinhamento de preços, também pelo contrário indicia uma mera reação concorrencial*»[964].

[962] Cf. §35 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[963] Cf. §36 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[964] Cf. §46 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

2123. Ora, na verdade, o referido documento evidencia justamente o contrário. Com efeito, trata-se de um PVP que a pessoa singular visada pretende ver implementado, e que, tendo conhecimento, através do controlo e da monitorização que efetuava, que a MCH se encontrava a marcar outro PVP em determinados artigos, aproveitou a utilização da expressão «*se possível recomendo*» para o fazer. Tal solicitação é acolhida pela MCH com a reação «*corrigido*», que realmente descreve o procedimento interno, junto das insígnias desviantes, que se segue a este tipo de comunicações, conforme abundantemente se demonstrou no capítulo III.3.3.

2124. De resto, como já referido (cf. §§2086 da presente Decisão), o nome de [Diretor Off-Trade - Active Brands] surge diretamente associado a quase todos os documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo (do total de 1229 *e-mails*, já excluindo os duplicados, [Diretor Off-Trade - Active Brands] intervém em 1034 - no «De», «Para» ou em «CC»), pelo que, com maior ou menor grau de envolvimento, [Diretor Off-Trade - Active Brands] consta de uma significativa e expressiva parte do acervo probatório.

2125. Resta, portanto, à AdC dar por provados os comportamentos que consubstanciam o envolvimento direto de [Diretor Off-Trade - Active Brands] na prática investigada, nos termos do capítulo III.3.4.2 da presente Decisão.

2126. Finalmente e uma vez que [Diretor Off-Trade - Active Brands] nada alega, na sua defesa, quanto às datas indicadas na Nota de Ilicitude para determinar o início e o fim do seu envolvimento na prática investigada, a AdC reitera, assim, a sua convicção, pelos motivos expostos nos §§1936 a 19381944, que a pessoa singular visada iniciou a sua participação na prática descrita em 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada Active Brands – cf. documento MCH1721), tendo-se mantido ininterruptamente até 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Active Brands – cf. documento ActiveBrands1565), concluindo pela confirmação do seu envolvimento direto e pessoal nas condutas sancionadas por esta Decisão.

III.3.4.3 Auchan

2127. De acordo com os elementos analisados, a Auchan iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 29 de outubro de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo – cf. documento ActiveBrands224), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 19 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente – cf. documento ActiveBrands1565).

2128. 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 uma 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[965].

2129. Neste sentido, a AdC considerará que a Auchan iniciou o seu envolvimento na prática investigada em 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721).

2130. A Autoridade deu como provada a relevância probatória deste documento na presente Decisão, pelo que o utilizará também como meio de prova para determinar o início da infração correspondente à prática investigada.

2131. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Auchan:

(i) Concertava com a Active Brands e, indiretamente, através da Active Brands, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. os documentos ActiveBrands224, ActiveBrands778, ActiveBrands191, MCH1523);

(ii) Informava a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. os documentos ActiveBrands191, ActiveBrands1485, ActiveBrands1617, ActiveBrands1098, ActiveBrands1514);

(iii) Era informada pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes (cf. os ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands638, ActiveBrands780, ActiveBrands183, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands723, ActiveBrands189, ActiveBrands728);

(iv) Implementava efetivamente e/ou corrigia a pedido da Active Brands desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf. os documentos ActiveBrands703, ActiveBrands638, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands723, ActiveBrands191, ActiveBrands822, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands151, ActiveBrands689, ActiveBrands1098, ActiveBrands201);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Active Brands para o efeito, reportando à Active Brands comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. os documentos ActiveBrands710, ActiveBrands965, ActiveBrands144, ActiveBrands807, ActiveBrands153, ActiveBrands1569, ActiveBrands200, ActiveBrands677, ActiveBrands707, ActiveBrands744);

[965] Sem prejuízo de, ainda assim, na sua análise a AdC ter em conta *e-mails* anteriores e posteriores às datas consideradas, uma vez que se consideram relevantes na contextualização do relacionamento comercial entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

(vi) Pressionava a Active Brands 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. os documentos ActiveBrands710, ActiveBrands153, ActiveBrands659, ActiveBrands1569); e

(vii) Ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. os documentos ActiveBrands688, ActiveBrands807, ActiveBrands965, ActiveBrands144, ActiveBrands1027, ActiveBrands140, ActiveBrands1126, ActiveBrands182, ActiveBrands200, ActiveBrands677, ActiveBrands707, ActiveBrands744).

2132. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos ActiveBrands1617, ActiveBrands1565, ActiveBrands633, ActiveBrands1098, ActiveBrands421, ActiveBrands1615 e ActiveBrands1616.

2133. Não se ignora que os elementos de prova imputados à Auchan são em menor número do que os utilizados para a imputação da infração às restantes visadas, o que será ponderado em sede de determinação da medida concreta da coima (cf. capítulo IV.2.2 da presente Decisão). Sem prejuízo, tal não altera o facto de que a prova constante dos autos demonstra inequivocamente que, em diversas ocasiões, a Auchan participa ativamente nas condutas objeto de análise e que constituem a infração.

2134. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Auchan o conteúdo do documento ActiveBrands710, de 8 de novembro de 2010, que consiste num *e-mail* enviado por um colaborador da Auchan ao *Diretor Off-Trade* da Active Brands, onde aquele mostra o seu descontentamento pela incapacidade da Active Brands em alinhar a Pingo Doce com o PVP concertado para o «Licor Carolans» e solicita expressamente o reposicionamento de tal preço («[e]*stamos no início de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este peço.*»).

2135. Destaca-se também o documento ActiveBrands638 que consiste numa troca de *e-mails* de 24 de fevereiro de 2010, em que um *KA* da Active Brands dá nota ao seu interlocutor da Auchan de que a loja do Jumbo/Auchan de Alfragide já poderia aumentar o PVP do produto «*Licor Carolans*» para os PVP praticados pela MCH e a Pingo Doce. O colaborador da Auchan expressou a sua anuência (respondendo a azul no corpo do *e-mail* enviado pela Active Brands: «*OK*»), indicando assim que iria alinhar o seu preço com as já referidas empresas de distribuição visadas:

De: @auchan.pt]
Enviada: quinta-feira, 18 de Fevereiro de 2010 14:45
Para:
Assunto: RE: Visita Loja de Alfragide

Aqui vai a resposta

Abraço

De: @activebrands.pt]
Enviada: quinta-feira. 18 de Fevereiro de 2010 1:01
Para:
Assunto: Visita Loja de Alfragide

Como combinado envio algumas considerações sobre a vossa loja:

845.801 Cachaça Mangaroca — Em rotura ou COD bloqueado?

BLOQUEADO

70.487 Licor Carolans 8,98 no Jumbo Alfragide — PVP no mercado 9,48 em PD e 9,49 MCH

OK

Sobre a proposta em Casa Burmester, ainda estou a ultimar alguns aspectos. Espero dar noticias brevemente sobre a nossa proposta.

Abraço,

III.3.4.3.1 Pronúncia da visada

2136. A pronúncia da Auchan sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo descrita, bem como detalhadamente apreciada *supra*, nos capítulos que antecedem, em particular naqueles referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar os principais argumentos sobre o seu envolvimento na alegada infração.

2137. A este respeito, a Auchan[966] contesta e repudia o seu envolvimento direto na prática descrita na Nota de Ilicitude, alegando o seguinte:

i) A redação da Nota de Ilicitude obsta ao normal exercício do direito de defesa, pois não apresenta uma leitura concreta da prova que imputa à visada, limitando-se a remeter

[966] Cf. capítulos I, II.1.4 e II.1.5. da PNI Auchan.

para um conjunto de documentos que não coincidem com aqueles utilizados para ilustrar os comportamentos que consubstanciam a infração;

ii) Para efeitos de prova da infração, a AdC não utiliza nenhum documento apreendido nas instalações da Auchan, de um universo de 988 documentos eletrónicos[967];

iii) Não existe prova que sustente o envolvimento da visada na prática de cada subcomportamento identificado pela AdC como elemento obrigatório do tipo de infração, e para cada ano a que respeita à alegada infração, uma vez que[968]:

a) Não existe qualquer documento na NI que revele que o fornecedor e a Auchan acordam determinados preços de venda ao público;

b) Não existe qualquer documento que ilustre que o fornecedor dê instruções à Auchan para praticar determinados preços de venda ao público;

c) Não existe qualquer documento em que a Auchan se queixe e reporte ao fornecedor desvios de co-visadas face a um alegado PVP previamente acordado;

d) Não existe qualquer documento dirigido pela Auchan ao fornecedor, ou pelo fornecedor a outra co-visada por indicação da Auchan, para corrigir um desvio face a um PVP previamente acordado;

e) Não existe qualquer documento que retrate a retaliação da Auchan contra o fornecedor ou contra uma insígnia por não correção de preços;

f) Não existe qualquer 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) Decorre da Nota de Ilicitude que a visada nunca teve contactos diretos bilaterais ou multilaterais com as co-visadas no processo[969];

v) Decorre da Nota de Ilicitude que a visada recusou expressamente quaisquer recomendações, pedidos ou instruções do fornecedor no sentido de praticar determinado nível de PVP[970];

vi) Decorre da Nota de Ilicitude que a política comercial da visada é definida de forma independente e autónoma, em cada loja, e visa a manutenção de um nível de preços 3% abaixo dos preços de mercado[971];

[967] Cf. §10 da PNI Auchan.

[968] Cf. §§12, 13 e 961 da PNI Auchan.

[969] Cf. §10 da PNI Auchan.

[970] Cf. §18 da PNI Auchan.

[971] Cf., entre outros, §7, alínea *b)* da PNI Auchan.

vii) 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, existindo, assim, «*necessidade de proceder a um trabalho (e correspondente pressão) "loja a loja" de forma a garantir (ainda que sem sucesso) a adequada pressão para conduzir os responsáveis de loja a praticar um determinado PVP*»[972];

viii) Decorre da Nota de Ilicitude que a Auchan adota uma conduta autónoma, desviando-se sistematicamente dos PVP recomendados ou dos PVP praticados por concorrentes[973]; e

ix) Decorre da Nota de Ilicitude que a Auchan é alvo de pressões e retaliações reiteradas por parte da Active Brands e insígnias concorrentes[974].

2138. Finalmente, a Auchan enuncia uma lista de documentos que considera exculpatórios, a saber, os documentos ActiveBrands786, MCH1503, ActiveBrands1021, ActiveBrands877, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands833, ActiveBrands688, ActiveBrands153, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands102, ActiveBrands156, ActiveBrands906, ActiveBrands192, ActiveBrands187, ActiveBrands891, ActiveBrands923, ActiveBrands930, ActiveBrands1010, ActiveBrands847, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands890, ActiveBrands916, ActiveBrands931, MCH1523, ActiveBrands871, ActiveBrands936, ActiveBrands629, ActiveBrands939, ActiveBrands940, ActiveBrands1591, ActiveBrands1027, ActiveBrands939, ActiveBrands726, ActiveBrands940, ActiveBrands554 e ActiveBrands1208[975].

2139. Em benefício da sua defesa, a Auchan reitera 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*» [976] de acordo com a qual implementou um conjunto de procedimentos aplicáveis, de forma transversal, a todas as lojas[977], que consiste em:

i) Política de determinação de preços 3% abaixo do preço de mercado para a maior parte dos artigos;

---

[972] Cf. §1276 da PNI Auchan.

[973] Cf. §28 da PNI Auchan. A este propósito, a visada sustenta as suas alegações nos documentos constantes do §28 da sua PNI.

[974] Cf. §28 da PNI Auchan.

[975] Cf. §1240 da PNI Auchan.

[976] Cf. §1138 da PNI Auchan.

[977] Todavia, esclarece a Auchan que os princípios orientadores dependem da aplicação local (loja a loja) e da atuação humana de cada responsável de mercado (RM) face aos resultados de *shopping* local (cf. §1144 da PNI Auchan).

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;

v) Monitorização: os responsáveis de mercado devem apresentar simulações e demonstrações de resultados que revelem o cumprimento dos objetivos de determinação de preços, 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 existem 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*, de forma a acompanhar os preços do concorrente mais barato[978].

2140. Conclui a Auchan que a prova demonstra o seu comportamento disruptivo no mercado, «*colocando pressão concorrencial sobre o fornecedor 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*»[979].

[978] Cf. capítulo II.2. da PNI Auchan.

[979] Cf. §1235 da PNI Auchan.

III.3.4.3.2 Apreciação da Autoridade

2141. Analisada a Pronúncia da Auchan, a AdC começará por apreciar os argumentos apresentados para contestar a aptidão genérica da Nota de Ilicitude para dirigir uma acusação formal à visada.

2142. Quanto aos argumentos relativos ao número de documentos utilizados e à leitura concreta da prova referida na Nota de Ilicitude, a AdC recorda que a investigação e a análise vertidas na Nota de Ilicitude abrangeram a totalidade dos ficheiros que formam o acervo probatório do processo – os identificados na Nota de Ilicitude e nos Anexos –, estes tendo sido mobilizados para caracterizar a infração e os seus agentes, nos termos descritos nos §§770 a 777 da presente Decisão.

2143. Assim, todos os ficheiros eletrónicos ou *e-mails* utilizados pela AdC como meio de prova para caracterizar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilicitude ou nos seus Anexos, tendo a AdC utilizado uma parte para demonstrar e ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *e-mails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilicitude, consoante o comportamento em causa.

2144. Ora, 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 Ilicitude (ou nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.2 da presente Decisão) e nos respetivos Anexos, e em especial, no que se refere ao seu envolvimento concreto e direto, os documentos identificados no capítulo II.3.4.2 da Nota de Ilicitude (ou capítulo III.3.4.3 da presente Decisão).

2145. Conforme decorre expressamente da Nota de Ilicitude notificada às 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 sancionatória no processo e que permitem às visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.

2146. A Nota de Ilicitude 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 medida da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.

2147. Analisada a Nota de Ilicitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente sérios, precisos, concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.

2148. Conforme referido anteriormente, o n.º 4 do artigo 31.º da LdC, 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 LdC, 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.

2149. No presente processo a Nota de Ilicitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza.

2150. Inexiste, portanto, qualquer violação dos direitos de defesa da visada a esse propósito.

2151. Quanto à alegada inexistência de prova para demonstrar o envolvimento da Auchan em cada subcomportamento identificado, em todos os anos da infração[980], 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 os elementos que constituem os tipos objetivo e subjetivo da infração, tal como decorrentes das normas violadas (e não o conjunto de subcomportamentos identificados), e que, por outro lado, os eventuais períodos de intermitência entre os *e-mails* utilizados não são suscetíveis de afastar o envolvimento da Auchan, na medida em que a matéria de facto provada demonstra que a prática ocorreu de forma ininterrupta, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.

2152. Ou seja, a inexistência de prova para demonstrar o envolvimento da Auchan em todos os subcomportamentos identificados, em todos os anos da infração, não é, por si só, suscetível de afastar o envolvimento da Auchan na prática investigada, sem que desta conclusão 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 detalham no presente capítulo (cf. §§2154 e ss., para os quais se remete).

2153. Improcedem também, portanto, estes dois argumentos de defesa da Auchan.

2154. Quanto à inexistência de prova de contactos diretos entre a Auchan e as suas concorrentes[981], a Autoridade remete para a sua apreciação nos §§1265 a 1266 e 1536 a 1537 e 1725 a 1731 da presente Decisão, onde conclui pela prova irrefutável de que existe, de facto, comunicação entre as empresas de distribuição visadas sobre posicionamento de PVP a adotar no futuro e PVP previamente concertados, não obstante essa comunicação ser estabelecida de forma indireta, *i.e.* por via de contactos estabelecidos entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor.

2155. Inexiste, assim, também a este propósito, qualquer violação dos direitos de defesa da visada. Na Nota de Ilicitude, a Auchan foi chamada a pronunciar-se sobre os factos que lhe

[980] Circunstância que a visada, erradamente, define como condição para imputação da infração, na medida em que alega que tais comportamentos são elementos obrigatórios do tipo de infração.

[981] Caso em que se estaria perante um «tradicional» *cartel* (enquanto acordo direto entre concorrentes).

foram concretamente imputados e não sobre quaisquer factos que a visada entenda que, em abstrato, lhe teriam de ser imputados.

2156. Relativamente à alegada conduta autónoma e política de preços independente, a Auchan refere diversas vezes, ao longo da sua pronúncia, a adoção de um posicionamento 3% abaixo da concorrência.

2157. Este posicionamento 3% abaixo da concorrência alegado na defesa escrita da visada[982], decorre de alguns dos documentos a ela anexos (*e.g*. Anexo 2 à PNI Auchan, que constitui o manual de política de posicionamento de preço da insígnia, bem como nos elementos juntos mediante certidão[983]), e, bem assim, das declarações de alguns colaboradores da insígnia, nos termos dos autos de inquirição juntos ao processo[984].

2158. Não obstante, como se demonstrará de seguida no presente capítulo desta Decisão, e ainda que este posicionamento corresponda a um princípio inscrito na política comercial do grupo empresarial em que a visada se insere, o mesmo não é tão generalizado como a Auchan procura transmitir, não tem (frequentemente) adesão, nem encontra tradução nos elementos de prova (*e-mails*) constantes do processo.

2159. Com efeito, analisando o quadro com os «*objetivos de posicionamento de preço*», referido no §1183 da PNI da Auchan, percebe-se que o objetivo desta visada, para as categorias de produtos onde se inserem os da Active Brands, é ter 100% dos artigos sempre «*iguais ou mais baratos em relação ao PVP mais barato do mercado*».

2160. Relativamente aos artigos que deverão ser «*mais baratos pelo menos 3% do que os seus concorrentes*», essa percentagem difere ao longo dos anos e depende do tipo de loja em causa, sendo a sua percentagem mais baixa de 30% e a mais elevada de 80%, tendo sido apenas facultados dados entre 2014 e 2017.

2161. Assim, a alegada obrigação de praticar preços 3% mais baixos que os seus concorrentes não era tão generalizada como a Auchan alega na respetiva PNI, pois apenas se aplicava a determinados produtos e, ainda que nestes se incluam os da Active Brands, a uma percentagem dos mesmos que, em vários anos, não chega a ser maioritária e varia consoante o tipo de lojas, não sendo apresentados dados que abarquem os, aproximadamente, oito anos em que a prática *sub judice* subsistiu.

2162. Ademais, a obrigação de ter 100% dos artigos sempre iguais ou mais baratos em relação ao PVP mais barato do mercado é coerente com o demonstrado pelos elementos probatórios: se todo o mercado estava alinhado para a prática de um determinado PVP, este seria o preço mais baixo (ainda que fixado artificialmente), por isso a Auchan, ao

[982] Cf. capítulo II.2.1. da PNI Auchan.

[983] Cf. fls. 4757 a 4783 do processo.

[984] Cf. fls. 4042 a 4048 do processo.

envolver-se na prática *sub judice* e ao alinhar-se com as restantes visadas para a prática desse PVP, estava a cumprir a política comercial que estabeleceu.

2163. Ou seja, 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 iguais ou abaixo da concorrência, não afasta, por si só, *maxime* por via do cotejo desta circunstância (e princípio geral) com os elementos concretos de prova juntos aos autos e demonstrativos da conduta da Auchan, a participação desta visada na prática investigada.

2164. 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 (*e-mails*) constantes do processo.

2165. Decorre, assim, dos elementos probatórios que não se verificava tal prática – conforme ilustrado nas situações descritas na Nota de Ilicitude e na presente Decisão –, existindo diversas situações em que a Auchan está inteiramente alinhada com o posicionamento de PVP previamente concertado (cf., em especial, documentos ActiveBrands703, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands723, ActiveBrands191, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands689, ActiveBrands201).

2166. Ou seja, o alegado posicionamento da insígnia Auchan 3% abaixo da concorrência é contrariado, em concreto, pelos meios de prova juntos aos autos.

2167. Recorde-se o teor do documento ActiveBrands723, *supra* descrito nos §§1164 a 1165, no qual um *KA* da Active Brands se dirige a um colaborador da Auchan referindo: «*Bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais]*, se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos:* ***(no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)*** *(…)* ***A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing.*** *A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP…..*» (destaques da Autoridade).

Autoridade da Concorrência

Produtos ActiveBrands

From:
To:
Date: Thu, 06 Dec 2012 11:45:14 +0000

Bom dia

Se possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)

- Vinho Tinto Alentejano **Marquês de Borba Tinto (SIRIUS 371.490)** / recomendação actual do nosso Marketing **5,89.**

- Vinho Alentejano **Loios Tinto (SIRIUS 636.088)** / recomendação actual do nosso Marketing **2,98.**

- Vinho Douro **Tons de Duorum Tinto (SIRIUS 998.195)** / recomendação actual do nosso Marketing **3,98.**

- Vinho do Porto **Velhotes Tawny e Ruby (SIRIUS 19.199 e 19.204)** / recomendação actual do nosso Marketing **4,99.**

A generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing. A titulo de exemplo posso referir PD; SONAE; MP e ITMP.....

Obrigado pela tua atenção.

Melhores cumprimentos,

2168. Sobre o conteúdo deste documento, a Auchan alega[985] que o mesmo «*não demonstra a existência de um pedido de reposicionamento e/ou correção*» e que a linguagem usada revela sim uma «*diferença de tratamento* [que] *demonstra o quanto a Auchan estaria distanciada de qualquer tipo de prática anticoncorrencial*».

2169. No entanto, ao contrário do alegado pela Auchan, o facto de a Active Brands se relacionar com as empresas de distribuição visadas através do uso de expressões como «*se possível*», enquanto lhes dirigia pedidos de reposicionamento de PVP, não é revelador de qualquer tratamento diferenciado, antes sim trata-se de uma forma de comunicar que visa transmitir uma aparência de licitude, quando tem abertamente subjacente uma realidade restritiva da concorrência, nos termos que já se demonstrou que a prova atesta de forma clara (cf. §§998 e 999 da presente Decisão).

2170. Com efeito, essa cautela na linguagem é usada pela Active Brands não só quando se dirige à Auchan, mas também no seu relacionamento comercial com as restantes empresas de distribuição visadas (cf., entre outros, documentos ActiveBrands916, ActiveBrands1071, ActiveBrands1019 e ActiveBrands1002) e é sempre acompanhada de pedidos de reposicionamento de PVP, com indicação dos mesmos, com referência às consequências da não implementação dos PVP em questão («*(no sentido de evitarmos o quanto antes*

[985] Cf. §§424 e ss. da PNI Auchan.

respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)») e com menção ao comportamento adotado por insígnias concorrentes da destinatária da mensagem *(«a generalidade do mercado segue actualmente a recomendação do nosso Marketing*»).

2171. Revisite-se também o documento ActiveBrands822, *supra* descrito nos §1178 e 1179:

RE: Reunião AGF 2013 Auchan

From:
To:
Cc:
Date: Thu, 14 Mar 2013 09:43:51 +0000

Bom dia

As lojas já tem informação dos PVPS Rec.

Relativamente aos espaços tem topos em Almada, Cascais, Amadora, Portimão, Alfragide E C. Branco.

Gestor de Produto Líquida
Central de Compras Alimentar

jumbo
Auchan Portugal Hipermercados

Rua Maria Luisa Holstein, 4
1300-388 Lisboa

De: @activebrands.pt]
Enviada: quinta-feira, 14 de Março de 2013 09:12
Para:
Cc:
Assunto: Fwd: Reunião AGF 2013 Auchan

Bom dia

Peço-te o favor de teres em atenção que ainda temos as seguintes informações:

"PVP recomendados pós-FQE :
Loios Tinto e Loios Branco 2,98€.
Marquês de Borba Tinto 5,89€.
Tons de Duorum Tinto e Tons de Duorum Branco 3,98€.
Duorum Tinto 9,99€.
Relativamente aos destilados e aos Vinhos do Porto peço o favor de reenviares recomendações para as lojas (conforme falámos).
Por fim peço o favor de enviares a relação de lojas onde teremos topo de Páscoa bem como o período da acção."

2172. O documento aqui transcrito demonstra sem qualquer margem para dúvidas que a Auchan estaria atenta e seguiria as «*recomendações*» de preços da Active Brands. Na verdade, a

resposta do colaborador da Auchan evidencia que o seguimento da recomendação será implementado a nível nacional (e não de forma descentralizada, como afirma a Auchan ser sua política), confirmando que «*as lojas*» adotarão os preços em causa.

2173. Assim, não pode deixar de se considerar que as comunicações com a central de compras da Auchan e a confirmação dada por esta quanto à implementação das «*recomendações*» de PVP da Active Brands demonstram o seu envolvimento na prática dos comportamentos tendentes ao alinhamento de preços.

2174. Corroborando este argumento, recorde-se o documento ActiveBrands816, *supra* descrito nos §§1177 e 1553, datado de um período temporal próximo, com um pedido idêntico dirigido pela Active Brands à visada Pingo Doce. Analisando cuidadosamente a linguagem – similar – de ambos os documentos, bem como o contexto temporal e os objetivos prosseguidos por todas as visadas da presente Decisão, à luz do já referido acima, verifica-se que a semelhança entre eles não deixa margem para dúvidas: as visadas (e, neste caso, a Auchan) participavam no objetivo comum de alinhamento de PVP, percecionando as «*recomendações*» da Active Brands como verdadeiros PVP a implementar nas datas estabelecidas e recebendo as suas concorrentes indicações semelhantes por parte deste fornecedor.

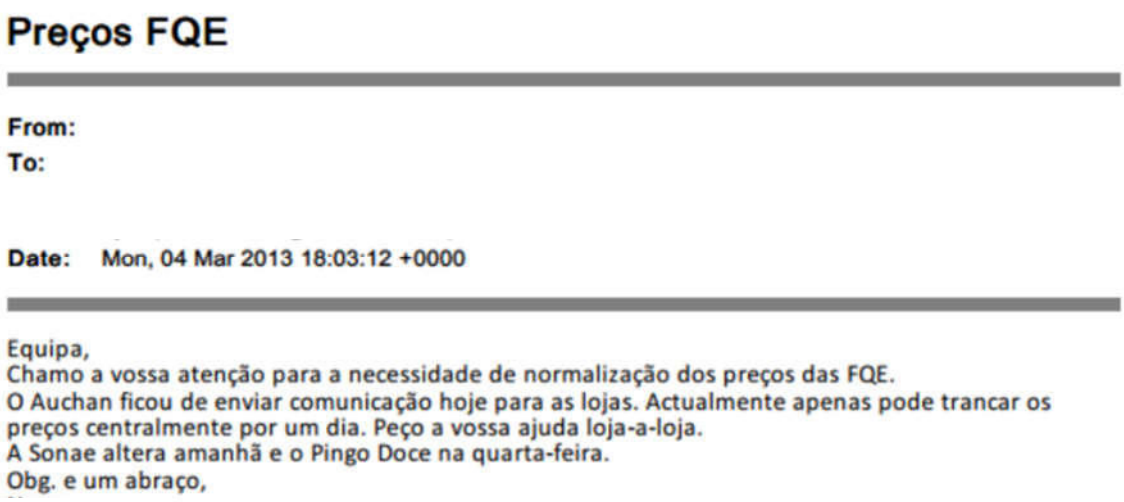
2175. Nos capítulos precedentes da presente Decisão, a AdC não só demonstra, com base na prova produzida, a matéria de facto que traduz uma prática concertada de fixação de preços entre insígnias, alcançada por via do fornecedor, como conclui pelo envolvimento das empresas visadas, ainda que com diferentes graus de participação.

2176. No que respeita ao envolvimento das insígnias, a Autoridade conclui que 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 determinação de preços, 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. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.2 da presente Decisão).

2177. No que se refere, em concreto, à Auchan, a AdC concluía no §702 da Nota de Ilicitude que os factos descritos nos capítulos precedentes e a prova que lhes subjaz revelavam indícios relevantes de que a Auchan estaria envolvida na prática descrita, suficientemente graves para sustentar uma possibilidade razoável de vir a ser dirigida uma decisão condenatória.

2178. Em primeiro lugar cumpre recordar que a Auchan tomou conhecimento, através do fornecedor, de que os PVP comunicados são o ponto focal para a convergência (alinhamento) das insígnias no mercado, conhecendo igualmente a respetiva calendarização para a sua implementação (cf. documentos ActiveBrands224, ActiveBrands778, ActiveBrands191, MCH1523).

2179. Neste sentido, revisite-se novamente o documento ActiveBrands822, *supra* descrito no §1178, confrontando-o, desta feita, com o documento ActiveBrands191, *supra* descrito no §1175:



Preços FQE

From:
To:

Date: Mon, 04 Mar 2013 18:03:12 +0000

Equipa,
Chamo a vossa atenção para a necessidade de normalização dos preços das FQE.
O Auchan ficou de enviar comunicação hoje para as lojas. Actualmente apenas pode trancar os preços centralmente por um dia. Peço a vossa ajuda loja-a-loja.
A Sonae altera amanhã e o Pingo Doce na quarta-feira.
Obg. e um abraço,

2180. A Auchan refere, em relação a estes documentos, que «*parece de facto existir pressão da Active Brands para que a Auchan marcasse determinados preços, contudo, nada indica que os mesmos fossem efetivamente seguidos, ou vistos como obrigatórios pela Auchan*»[986], que se verifica que as suas lojas «[d]*e facto, já tinham tal informação desde pelo menos 5 de abril, nada tinha mudado na atuação da Auchan, nem iria mudar*»[987] e que não se pode afirmar a «*anuência da Auchan*»[988] porque «[o] *que é por demais evidente é que a Auchan assumiu os preços como recomendados e não alterou a sua conduta não obstante a pressão da Active Brands, antes reforçando de que se trataria de uma mera transmissão de recomendações às lojas, que nada haveria a fazer quanto à sua vinculação a tais indicações de preço*»[989] e que «[a]*pós o recebimento das recomendações as várias lojas Auchan marcaram, autonomamente os seus preços, pelos seus próprios meios, de acordo com a política comercial interna da Auchan, explicada supra*»[990].

2181. Ora, ao contrário do alegado pela Auchan, conforme já resulta profusamente demonstrado ao longo da presente Decisão (cf. §§896 a 897, 998, 1197, 1282), as «recomendações» da Active Brands eram percecionadas pelas empresas de distribuição visadas (neste caso, a Auchan) como PVP a implementar, pelo que a referência do funcionário da Auchan a que «*as lojas já tem informação dos PVPS Rec.*», na sequência do pedido da Active Brands de que

[986] Cf. §496 da PNI Auchan.

[987] Cf. §497 da PNI Auchan.

[988] Cf. §498 da PNI Auchan.

[989] Cf. §499 da PNI Auchan.

[990] Cf. §500 da PNI Auchan.

essas «*recomendações*» fossem transmitidas para as lojas, num período temporal coincidente com idênticos pedidos a serem dirigidos pela Active Brands a insígnias suas concorrentes (cf. documentos ActiveBrands195 e ActiveBrands816, a atender para efeitos de consideração do período temporal em que ocorreram as referidas comunicações), num esforço conjunto de reposicionamento de PVP de determinados produtos após inserção dos mesmos em campanhas promocionais, só pode ser entendida como anuência à concertação.

2182. Assim, a AdC considera que estes documentos são paradigmáticos das condutas em causa, demonstrando o objetivo comum partilhado entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, neste caso a Auchan, de alinhamento de PVP no mercado, permitindo constatar que: *i)* a Active Brands define um determinado posicionamento de PVP (a «*normalização dos preços*» a realizar após as feiras de queijos e enchidos – FQE); *ii)* a Auchan informa que a alteração de PVP acontecerá nas suas lojas na data prevista e conforme a indicação da Active Brands; e *iii)* após insistência da Active Brands quanto às «*recomendações*», a Auchan confirma que as lojas já estão com os preços em causa.

2183. Se atendemos à data dos *e-mails* em causa, verificamos que o documento ActiveBrands191 precede o documento ActiveBrands822, aí referindo a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] que teria já obtido o compromisso da central da Auchan sobre o envio de uma comunicação para as lojas – indicando assim qual o posicionamento futuro dos preços a adotar. Declaração que é posteriormente confirmada no documento ActiveBrands822, no qual o colaborador da Auchan, após receber um reforço de informação do *KA* da Active Brands, confirma que «*as lojas já têm informação dos PVPS Rec*».

2184. Do exposto resulta provada a aquiescência por parte da Auchan relativamente a uma concertação de PVP e a implementação dos PVP previamente concertados, ou seja, a participação da Auchan no alinhamento concertado de PVP descrito no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, significando também a adesão e o consentimento desta empresa quanto ao reposicionamento de preços liderado pela Active Brands.

2185. Reafirma-se também que existe prova no processo que demonstra que o alinhamento dos PVP era realizado pela Auchan mediante o pressuposto, expectativa e condição de que estes serão transversalmente implementados no mercado.

2186. Neste sentido, a Auchan indica à Active Brands os desvios da sua concorrência ao PVP concertado, incitando o fornecedor a agir. Revisite-se o documento ActiveBrands807, *supra* descrito nos §§1295 a 1296 e 1652 a 1654:

RE: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

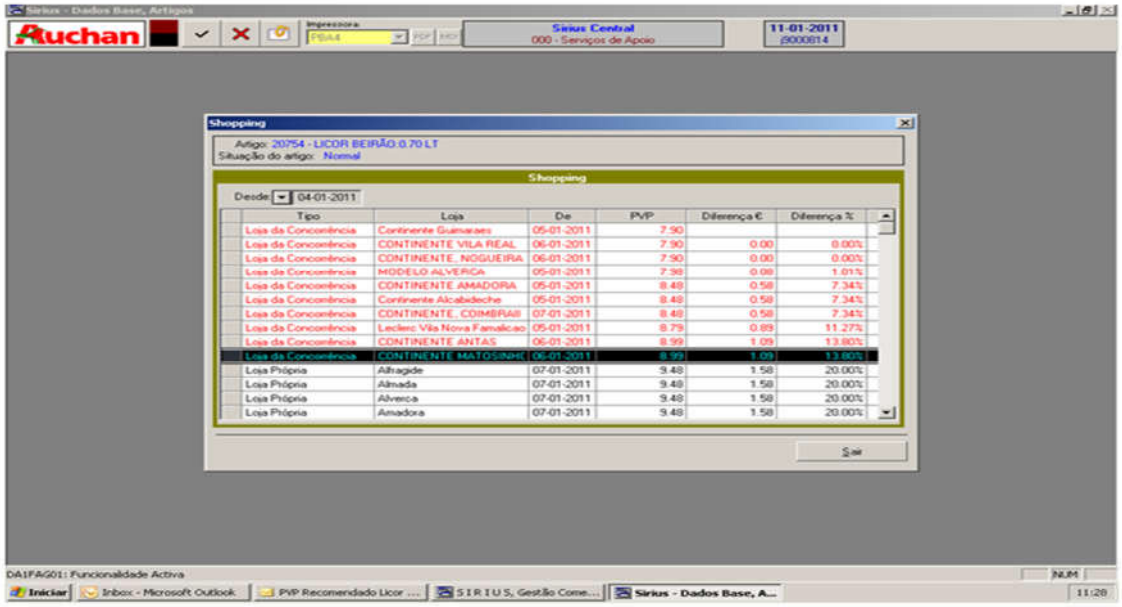
@auchan.pt>

11/01/2011

Para
Cc

Respondeu a esta mensagem a 11/01/2011 11:48.

Tenho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço. Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo, ou serei obrigado a responder.



De: @activebrands.pt]
Enviada: terça-feira, 11 de Janeiro de 2011 10:48
Para:
Assunto: PVP Recomendado Licor Beirão 9,48€

Bom dia
Se possível peço o favor de verificares o PVP de Licor Beirão. Actualmente recomendamos 9,48€.
Obg. e melhores cumprimentos,

2187. Quanto a este documento refere a Auchan que o que consta do mesmo é a solicitação, por parte da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], de «*uma verificação do preço praticado, tendo em conta a sua recomendação*»[991], e que «[n]*esta sequência o colaborador responde afirmando que está a praticar o preço recomendado e que se verá forçado a descer os preços para acompanhar os preços mais baixos da concorrência*»[992] e que «[n]*ão existe um pedido para a Active Brands intervir ou tentar alterar preços dos concorrentes nem "pressão e ameaças de retaliação" como alega a AdC no ponto 566 da NI, apenas o acompanhamento dos preços dos concorrentes, por forma a manter a competitividade através do preço mais baixo*»[993].

[991] Cf. §864 da PNI Auchan.

[992] Cf. §865 da PNI Auchan.

[993] Cf. §866 da PNI Auchan

2188. Ora, têm de improceder os argumentos da Auchan, uma vez que o desagrado expressado pelo colaborador da Auchan junto da Active Brands, referindo que espera «*que esta situação não se mantenha por muito mais tempo*», ou será «*obrigado a responder*», é demonstrativo de que a Auchan estaria a adotar o preço recomendado no pressuposto de que a sua concorrência o estaria a fazer da mesma forma.

2189. Em resposta, portanto, a um pedido de verificação de preço, o colaborador da Auchan confirma que «***todas as lojas do Grupo***» estão alinhadas com o preço recomendado, e através de um reporte de *shopping* da plataforma interna da Auchan (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]) confirma que o preço que pratica (recomendados pela Active Brands) é superior ao da concorrência. (destaques e sublinhados da Autoridade)

2190. É assim inequívoco que a Auchan implementa os PVP previamente concertados e corrige os desvios ao posicionamento concertado no pressuposto e expectativa de que as restantes empresas de distribuição visadas também o façam, pressionando a Active Brands para proceder às diligências necessárias à manutenção do preço recomendado, sob pena de reações – «*que esta situação não se mantenha por muito mais tempo*, *ou serei obrigado a responder*».

2191. Por um lado, além dos documentos ActiveBrands703, ActiveBrands638, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands723, ActiveBrands191, ActiveBrands822, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands151, ActiveBrands689, ActiveBrands1098, constam dos autos mais elementos de prova que provam a aquiescência e a participação por parte da Auchan na referida fixação de PVP.

2192. Veja-se os casos dos documentos ActiveBrands214, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands939, ActiveBrands936, ActiveBrands931, ActiveBrands891, ActiveBrands198, ActiveBrands190, ActiveBrands703 e ActiveBrands107.

2193. Por outro lado, de facto, o próprio teor dos documentos ActiveBrands1617, ActiveBrands963, ActiveBrands932, ActiveBrands723 e ActiveBrands710, demonstra que o procedimento de comunicação dos PVP para implementação estava devidamente consolidado entre a Auchan e o fornecedor, nomeadamente mediante acordo com a respetiva central[994].

2194. Ora, conforme decorre destes elementos de prova, o papel da central da Auchan é indiscutível, interpelando as lojas, tal como o seu conhecimento (e expectativa) de que estava verdadeiramente em causa um alinhamento de preços no mercado, o qual era agilizado tanto através da central, como junto das respetivas lojas.

[994] A Autoridade dá por reproduzida a apreciação constante dos §§1295 a 1299, 1554 a 1567 e 1888 a 1891, respetivamente, da presente Decisão, com base na qual se conclui pela improcedência das referidas alegações de defesa.

2195. Para este efeito vejam-se, igualmente, os documentos ActiveBrands1098, ActiveBrands191, ActiveBrands638 e ActiveBrands965.

2196. No documento ActiveBrands1098, de 16 de junho de 2011, com o assunto «*Acções Verão Auchan*», o diretor da Active Brands transmite aos seus *KA* um «*resumo das acções acordadas hoje no Auchan*», referindo: «*PVP : o cliente vai actualizar Porto Velhotes Tawny-Ruby-White 4,99€, Licor Carolans 9,69€ e Brandy 1920 7,29€ e* ***manterá estes preços trancados durante uma semana*** *(é importante que estejam em cima destes preços*)» (destaques da Autoridade).

2197. No documento ActiveBrands965, *supra* descrito nos §§1295 a 1296 e 1573 a 1574, [Diretor Off-Trade - Active Brands] refere: «*Equipa,* [a] *Auchan* ***trancou centralmente*** *os preços de Velhotes Tawny-Ruby-White nos 4,48€* ***durante uma semana*** *como resposta ao PD. Verifiquem por favor na segunda-feira se já está actualizaram para a nossa recomendação.*» (destaques da Autoridade).

2198. Nesta medida, confirma-se a função essencial assumida pela central da Auchan nesta prática, nomeadamente como recetora da informação do fornecedor e interveniente junto das lojas, chegando mesmo a «*bloquear*» os PVP no sistema.

2199. Importa ainda relembrar que, conforme já descrito *supra* nos §§1888 a 1890, no caso da Auchan, não obstante esta visada seguir um diferente modelo de negócio, a cliente da Active Brands é a respetiva central, cabendo-lhe a negociação de condições comerciais, bem como de ações promocionais[995], sendo os contactos a estes propósitos realizados, por excelência, com a mesma, que, por sua vez, envia a informação para as respetivas lojas.

2200. Não se negam, igualmente, os contactos entre a Active Brands e as lojas da Auchan, nomeadamente para efeitos de monitorização e correção de desvios (cf. os documentos Activebrands182 e ActiveBrands140). No entanto, como se demonstrou acima, na hipótese de as lojas não implementarem os preços fixados, os gestores de canal da Active Brands entram também em contacto com a central (cf., entre outros, o documento ActiveBrands153), tendo em vista (através desta) a prossecução do (re)alinhamento pretendido.

2201. Com base nestes elementos de prova, pode concluir-se que é efetivamente com a visada Auchan (central) que a Active Brands estabelece, prioritariamente, comunicações relativas à concertação de PVP.

2202. É ainda possível concluir que a visada Auchan transmite essa informação às lojas, nomeadamente através do sistema informático designado [*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]*, incluindo o posicionamento dos PVP, sendo inquestionável a possibilidade de bloquear os respetivos PVP.

[995] Neste sentido, veja-se a inquirição requerida por esta visada, nomeadamente a fls. 4042 a 4048 do processo.

2203. Por sua vez, o acompanhamento da implementação do alinhamento dos PVP pelo fornecedor era, esse sim e em regra (embora com exceções), nos termos acima descritos, efetuado loja a loja desta insígnia, recorrendo à respetiva central em caso de dificuldade, acabando por a mesma solucionar o constrangimento com a implementação dos PVP concertados.

2204. Estas conclusões são consentâneas com o que ficou demonstrado pelos elementos probatórios: a Active Brands concertava as condições com a central, estabelecendo contactos diretos tanto com a central como com as lojas Auchan para a implementação da fixação dos PVP a vigorar entre as insígnias, podendo por essas duas vias serem fixados e alterados os preços praticados pela Auchan.

2205. Assim, cumpre salientar que estas interações demonstram um claro afastamento da política comercial apresentada pela Auchan. Em segundo lugar, não obstante a atuação da Auchan loja a loja, como já ficou demonstrado, a central desta visada é um interveniente essencial atenta a sua posição de supervisão e coordenação no contexto da estrutura empresarial.

2206. Deste modo, não obstante a Auchan defender que dificilmente «*a globalidade da prova, pelo menos quanto à Auchan, não permite provar a existência de um acordo na modalidade de hub and spoke*»[996], essa mesma prova demonstra que a Auchan altera os PVP conjuntamente e a pedido da Active Brands e nas circunstâncias de coordenação/alinhamento descritas ao longo da Nota de Ilicitude e da presente Decisão.

2207. Do exposto, resulta provada a aquiescência e aderência 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, concluindo a Autoridade, deste modo, pela improcedência dos argumentos de defesa da Auchan a este propósito.

2208. Relativamente à alegada recusa expressa da Auchan em aceitar recomendações de PVP, a Autoridade faz notar que a simples leitura do acervo probatório já descrito demonstra, sem margem para interpretação divergente, que deles não consta nenhuma recusa expressa da parte da Auchan.

2209. Na realidade, na sua PNI, a Auchan utiliza documentos mencionados pela Autoridade associados ao comportamento sobre o controlo e monitorização e sobre a correção de desvios (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão), em que é possível descortinar que a Auchan estará, em alguns casos, desviada do posicionamento de PVP concertado, para concluir que esse desvio consubstancia uma recusa expressa em alinhar com o mercado.

2210. Ainda que se detetem, com maior frequência em relação às demais empresas de distribuição visadas, nomeadamente MCH e Pingo Doce, desvios da Auchan aos PVP concertados, a Autoridade entende que a conclusão da visada a esse propósito é excessiva

[996] Cf. §1128 da PNI Auchan.

e infundada, considerando o contexto que é estabelecido pela globalidade da prova, em que, a par de desvios (os quais, inclusivamente, são amiúde corrigidos, conforme se referiu *supra*), são evidenciadas inúmeras situações de alinhamento desta visada, conforme acima demonstrado.

2211. Ora esta prática perpetuou-se no tempo, sendo ainda evidente que a Auchan implementava ou, nos casos em que se desviava – e esse desvio era detetado pelo fornecedor ou pelas insígnias concorrentes – corrigia amiúde os PVP concertados (cf. documentos ActiveBrands151, ActiveBrands182, ActiveBrands183, ActiveBrands153, ActiveBrands710).

2212. Veja-se o caso do documento ActiveBrands710, *supra* descrito nos §§1352, 1488, 1559 a 1560 e 1779 a 1781:

No Subject.EML

From:
To:
Date: Mon, 08 Nov 2010 11:58:17 +0000

Estamos no inicio de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este preço

2213. Relativamente a este documento, a Auchan alega[997] que «*o colaborador Auchan apresenta o resultado do shopping à Active Brands para tentar negociar melhores condições comerciais junto do fornecedor, que permitam às lojas proporcionar um preço final mais baixo aos seus clientes*».

2214. No entanto, a mensagem da Auchan para a Active Brands é clara ao sinalizar que «*é urgente reposicionar este preço*» e ao identificar a concorrente onde tal intervenção do fornecedor deve ocorrer (Pingo Doce), inexistindo qualquer referência às alegadas condições comerciais que pretendia ver negociadas. Ademais, se de facto, como alega, a Auchan decidisse de forma autónoma a marcação dos seus PVP e se o seu objetivo era «*reposicionar*

[997] Cf. §567 da PNI Auchan.

o seu preço por forma a torná-lo mais competitivo»[998], poderia fazê-lo como resposta ao seu concorrente, à custa da sua margem, como empresa independente, sem pressionar a Active Brands para esse efeito (e sem colocar a tónica e a responsabilidade do «reposicionamento» no fornecedor).

2215. Recordando ainda o que já se referiu sobre a expressão «*partir preço*» – descida de preço face ao definido como «recomendado» pela Active Brands ou ao concertado entre esta e as empresas de distribuição visadas, estando neste caso associado à consequente «desvalorização» de um «produto de prestígio» no mercado – constata-se, mais uma vez, de forma bastante clara, a existência de um alinhamento de PVP, uma vez que este documento evidencia, conforme já exaustivamente desenvolvido *supra* (cf. capítulos III.3.1.3.1 e III.3.1.3.2 da presente Decisão), que a recomendação dos PVP era comunicada com a central e a sua implementação acompanhada pelo fornecedor nas lojas, sendo, aliás, múltiplos os casos em que a Auchan alinha efetivamente os PVP.

2216. Ora, resultam inequívocos tanto o pressuposto como a expectativa do colaborador da Auchan ao alterar os preços na sua loja, nomeadamente quanto ao alinhamento dos PVP no mercado, resultando provado, ao contrário do alegado pela Auchan, o reporte ao fornecedor dos desvios de concorrentes aqui co-visadas e o condicionamento da ação desta insígnia ao alinhamento (ou realinhamento) das demais, por via do fornecedor.

2217. Veja-se ainda o caso do documento ActiveBrands778, *supra* descrito nos §§1161 a 1163, em que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] se dirige à Pingo Doce para solicitar uma correção de desvio: «[s]*e possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar JMB Guimarães. Obg. e melhores cumprimentos*». (sublinhado da AdC)

2218. Quanto a este documento, refere a Auchan «[n]*esta conversa verifica-se, antes de mais e à semelhança dos elementos probatórios mencionados na NI, que a loja Auchan em questão praticava um preço mais baixo do que o recomendado pela Active Brands levando o Pingo Doce a acompanhar esse preço mais baixo*»[999] e que «*o facto de o preço marcado por determinada loja Auchan condicionar os comportamentos do Pingo Doce em nada pode responsabilizar a Auchan. Pelo contrário, demonstra que o posicionamento comercial da Auchan contribui e aumenta o nível de concorrência no mercado do retalho alimentar*»[1000].

2219. Conclui ainda que «*acresce que apenas está em causa a loja Jumbo de Guimarães. Mesmo que este email pudesse indiciar qualquer tipo de infração – o que não se verifica* (...)*, não se podendo responsabilizar a Auchan pela atuação de uma loja, que não pode controlar. A adesão da Auchan às práticas de concertação de preço, tal como descritas pela AdC seria, por isso, sempre*

[998] Cf. §569 da PNI Auchan.

[999] Cf. §418 da PNI Auchan.

[1000] Cf. §420 da PNI Auchan.

incompatível com a sua própria organização comercial interna»[1001] e que «*ainda que este documento pudesse constituir prova da alegada infração por parte da Auchan* (…) *observa-se que o mesmo se refere a um período muito limitado no tempo, sendo incapaz de contribuir para a conclusão de que a Auchan foi parte numa infração cometida, de forma permanente, durante quase 9 anos*»[1002].

2220. Ora, atendendo ao conteúdo do *e-mail*, a AdC discorda das conclusões dele retiradas pela Auchan. Com efeito, a resposta recebida por [Diretor Off-Trade - Active Brands] pela colaboradora da Pingo Doce é esclarecedora: «[e]*stá como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos*».

2221. Não obstante a Auchan não ser diretamente parte nestas mensagens, não deixa de ser expressamente mencionada. Ademais, o conteúdo ali 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 do mesmo.

2222. Ainda que se entenda que esse tipo de prova possa ter um valor probatório diferente de um *e-mail* enviado e/ou recebido pelo agente ao qual a infração se pretende imputar, o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 admite a sua utilização, no pressuposto de que a prova seja considerada relevante e apta a demonstrar o envolvimento dos agentes, ou a contribuir de forma grave para a sua demonstração, segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC.

2223. Ora, analisado o teor expresso destes documentos à luz da globalidade da prova, é possível concluir, de forma inequívoca, que a Auchan estava alinhada, acompanhando o movimento conjunto de concertação de PVP entre fornecedor e insígnias, existindo, 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.

2224. Ou seja, constata-se, que mesmo em casos de desvio ao PVP alinhado, por parte da Auchan, segue-se a sua correção, na sequência de intervenção do fornecedor.

2225. A este propósito, cabe ainda referir que na sua PNI, quando analisa *e-mails* internos de outras visadas, ou *e-mails* trocados entre o fornecedor e outra empresa de distribuição visada nos quais é mencionada a conduta da Auchan, é comum esta visada escudar-se na natureza interna ou no facto de não ser parte dessas comunicações para não se pronunciar sobre o seu conteúdo, afastando que do mesmo possa resultar qualquer implicação para a Auchan, chegando a fazer o seguinte *disclaimer*: «*a AdC insiste, através de generalizações e suposições desajustadas, em tentar demonstrar uma infração por parte da Auchan com base em documentos referentes a outras empresas de distribuição visadas e até a empresas que não são visadas no processo*»[1003].

[1001] Cf. §422 da PNI Auchan.

[1002] Cf. §423 da PNI Auchan.

[1003] Cf. §389 da PNI Auchan

2226. Assim, evidencia-se a falta de coerência da defesa da Auchan quanto às conclusões que, por vezes, extrai e, por outras, alega não poder extrair, de *e-mails* que são internos de outras visadas, ou dos quais não é remetente/destinatária, mas que claramente demonstram o seu envolvimento nas condutas objeto da presente Decisão (e que podem e devem ser usados pela AdC para fundamentar a imputação, tal como já se referiu *supra*).

2227. Deste modo, também não se pode ignorar que estas não são meras situações pontuais, ao contrário do alegado pela Auchan, que, a propósito de cada elemento de prova demonstrativo do seu envolvimento na prática *sub judice*, alega que «*ainda que este documento pudesse constituir prova da alegada infração por parte da Auchan - o que, como referido, não é o caso - observa-se que o mesmo se refere a um período muito limitado no tempo, sendo incapaz de contribuir para a conclusão de que a Auchan foi parte numa infração cometida, de forma permanente, durante quase 9 anos*»[1004].

2228. De facto, mesmo que a linguagem sofra alterações, o registo comportamental mantém-se inalterado ao longo do período de infração (entre 2009 e 2017, conforme se demonstrará *infra*), sabendo, as insígnias, que os PVP comunicados foram transversalmente divulgados no mercado.

2229. Não se contesta que estas comunicações sejam formalmente bilaterais, uma vez que a relação vertical estabelecida entre a Active Brands e cada empresa de distribuição visada é, evidentemente, bilateral. Esta é, todavia, também utilizada como elo de ligação indireta entre as insígnias concorrentes, que assim, por via do fornecedor, providenciam e têm acesso a informação comercialmente sensível relativamente aos comportamentos adotados ou perspetivados umas das outras.

2230. Ora, analisado o teor expresso destes documentos à luz da globalidade da prova, é possível concluir, de forma inequívoca, que a Auchan estava alinhada, acompanhando o movimento conjunto de concertação de PVP entre fornecedor e insígnias, existindo, 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.

2231. Veja-se ainda o caso do documento ActiveBrands151, *supra* descrito nos §§1413 e 1570 a 1572, no qual, após solicitação do *KA* da Active Brands no sentido de «*rectificar o PVP da CR&F Extra para 36,99€ preço recomendado pelo meu marketing ou estás a responder algum shopping?*», este responde «[a]*manhã já está ok, mas há lojas Auchan o meu lado, 10€ mais baratas*», obtendo do *KA* da Active Brands a reação de que «[n]*essas lojas 10€ mais baratas, o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock ou achas que só te ia incomodar a ti com este assunto?...*».

2232. A Auchan alega, quanto a este documento, que a AdC ignora uma tentativa de pressão por parte da Active Brands, já que «*a Active Brands parecia recusar fornecimento de outro produto*

[1004] Cf. §§179, 224, 376, 423, 570, 629, 648, 660, 682, 696, 742 e 874 da PNI Auchan.

como forma de coação, para que a loja em causa cedesse à alteração de preço»[1005], uma vez que, na última mensagem dessa conversação, a Active Brands refere à Auchan que «*o Aperol está aberto para a tua loja, a partir de amanhã já tenho o artigo disponível para entrega, já podes fazer o pedido*».

2233. Alega, ainda, esta visada que, do conteúdo deste documento não se pode depreender um reposicionamento geral da Auchan porque um «*reposicionamento geral da Auchan sempre seria impossível, atendendo a que as suas lojas marcam os preços autonomamente, pelos seus próprios critérios*»[1006], e que o «*colaborador Auchan apenas tenta demover o colaborador Active Brands de forçar a alteração de preços na sua loja, apresentando o argumento de que outras lojas fariam preços mais baixos, pelo que de nada adiantaria. Daí que posteriormente ainda tente subtilmente convencer o colaborador Active Brands de que tais lojas ainda teriam stock do produto. De todo o modo, até o tom do discurso apresentado denota a pressão a que está sujeito com a recusa no fornecimento do produto "Aperol"*»[1007].

2234. Conclui ainda, em relação a este e-mail, que «*atendendo ao tipo objetivo de ilícito em causa, a questão essencial que se deve colocar não é a de saber se uma insígnia reage em resultado de pressão do fornecedor, mas antes a de saber se o faz por ter celebrado ou ser parte de um acordo ou prática concertada proibidos*»[1008].

2235. Ora, ao contrário do alegado pela Auchan, constata-se que, em toda a conversação, que consta de cinco mensagens, apenas na última é feita uma referência ao produto «Aperol», referência essa descontextualizada do restante histórico de conversação que gira justamente em torno do alinhamento do preço do produto «CR&F Extra», utilizado inclusivamente para identificar o assunto dos *e-mails*.

2236. Assim, apenas no final da conversação é referido o produto «Aperol», com a indicação por parte da Active Brands de que «*o Aperol está aberto para a tua loja, **a partir de amanhã já tenho o artigo disponível para entrega**, já podes fazer o pedido*» Ora, do conteúdo desta mensagem verifica-se que o *KA* da Active Brands tem primeiro a prioridade de encerrar o assunto relativo ao stock de «CR&F Extra» nas lojas da Auchan que não estariam a praticar o PVP alinhado, e apenas depois se refere à disponibilidade do produto «Aperol» na loja do colaborador parte nesta mensagem (que já havia confirmado, três dias antes e noutra mensagem, que tinha procedido à correção solicitada). (destaques e sublinhados da AdC)

2237. Desta forma, conforme resulta do destaque dado à mensagem que suscita estas alegações por parte da Auchan, o motivo da falta de fornecimento do produto «Aperol» era a sua falta de disponibilidade para entrega, não tendo qualquer relação com o reposicionamento solicitado quanto ao produto «*CR&F Extra*». Assim, nada na referência feita ao produto

[1005] Cf. §725 da PNI Auchan.

[1006] Cf. §729 da PNI Auchan.

[1007] Cf. §734 da PNI Auchan.

[1008] Cf. §735 da PNI Auchan.

«Aperol», tendo em conta o contexto da menção ao mesmo, denuncia que o fornecimento do mesmo esteja a ser utilizado como ferramenta de pressão, coação ou retaliação por parte da Active Brands no contexto do documento em causa.

2238. Razões pelas quais a AdC mantém que o documento ActiveBrands151 é válido para demonstrar que a Auchan estava envolvida numa prática a nível nacional de alinhamento de preços nos termos descritos na presente Decisão, da qual faz parte a correção de desvios sinalizados, conforme o sucedido no documento em análise.

2239. No entanto, ainda relativamente ao documento ActiveBrands151 e conforme a Autoridade constata *supra* nos §§1413 e 1570 a 1572, quanto ao produto «CR&F Extra», o mesmo é revelador da pressão exercida pela Active Brands sobre as lojas Auchan «*10€ mais baratas*», nas quais «*o artigo foi retirado de linha e a loja já não tem stock*», entendendo-se que a adoção desta medida tem um caráter retaliatório e assim será valorado relativamente ao fornecedor.

2240. Recorde-se ainda o documento ActiveBrands182, *supra* descrito no §1395, em que após solicitação do *KA* da Active Brands («[o*] que posso fazer para que o Jumbo Castelo Branco corrija o preço do Velhotes Tawny para 4,99€? Se for resposta algum shopping, diga me qual é loja para poder justificar ao meu chefe*»), um colaborador da loja Auchan de Castelo Branco responde «*PVP corrigido para 4.98€».*

2241. Quanto a este documento, vem a Auchan referir que é lícita a atividade de shopping[1009] e que, do documento em análise, «n*ada* (…) *permite inferir que a Auchan realizasse ações de shopping com vista ao controlo de supostos desvios a um alegado alinhamento, antes o contrário, é a loja Auchan que é abordada em virtude do seu preço mais baixo*»[1010] e que perante «*incessantes pressões do fornecedor, evidenciadas pela prova junta à NI, nomeadamente no capítulo II.3.1.2, os colaboradores das lojas Auchan davam respostas que pudessem tranquilizar a Active Brands, sem realmente proceder a alterações, ou apenas mantendo os preços solicitados por um período muito limitado*»[1011].

2242. Ora, sem prejuízo do referido *supra* (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão) sobre a licitude dos mecanismos de monitorização, salienta-se que a interpretação dada pela Auchan ao presente *e-mail* esbarra com a sua própria argumentação de que se qualifica como «*insígnia desviante*»: ou seja, por um lado, a Auchan considera que existem incessantes pressões da parte do fornecedor e, por outro, admite ceder a tais pressões, gerando, em resposta e para «*tranquilizar a Active Brands*», a correção do desvio, ainda que «*circunscrita a um período isolado e curto*».

2243. De facto, não é apenas este documento que prova que a Auchan é parte nos comportamentos em análise na presente Decisão. É a totalidade do acervo probatório,

[1009] Cf. §§674 a 676 da PNI Auchan.

[1010] Cf. §675 da PNI Auchan.

[1011] Cf. §679 da PNI Auchan.

quando analisada e interpretada no seu conjunto, que assim o evidencia, sem prejuízo do contributo que cada um dos documentos possa individualmente aportar a esta interpretação.

2244. Por outro lado, da conversa em causa não resulta inequivocamente a existência de uma «pressão incessante» por parte da Active Brands, como a Auchan parece querer sugerir. Na verdade, denota-se da questão do *KA* da Active Brands uma tentativa de conhecer as razões da alteração do preço para poder «*justificar ao chefe*», expressão que revela que a preocupação seria a de perceber qual a origem do desvio ao preço recomendado – se seria da própria Auchan ou em resposta a alguma outra insígnia desviante (revelando, nesse caso, o propósito das ações de *shopping*).

2245. Por fim, a resposta do colaborador da Auchan demonstra também o conhecimento dos mecanismos em causa nos comportamentos analisados na presente Decisão. Não há nenhuma motivação – e a Auchan tão-pouco a apresenta na sua PNI – que justifique uma correção unilateral por parte da Auchan no caso de esta estar a adotar uma resposta puramente concorrencial, ainda que temporalmente esta ocorra após um pedido nesse sentido por parte da Active Brands.

2246. A existência de um desvio, e a sua correção na sequência do reporte desse desvio, encontra-se assim plenamente demonstrada pela linguagem adotada pelos intervenientes no presente documento.

2247. Cumpre relembrar que, como exposto no capítulo III.3.1.2, a verificação de desvios no caso concreto constitui apenas um reflexo de uma «*ambivalência genética*» caraterística 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. §§820 a 830 da presente Decisão).

2248. Cumpre ainda relembrar que há motivos subjacentes à verificação de desvios que nada têm a ver com a recusa em alinhar com os PVP de mercado (cf. §1304 da presente Decisão).

2249. 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*»[1012].

2250. A Autoridade conclui, deste modo, pela improcedência dos argumentos de defesa, não se podendo valorar, por ser contrariada pela prova apurada, a alegação de que a Auchan recusou expressamente participar na prática e adotou medidas concretas para dela se distanciar.

[1012] Cf. §1135 da PNI Auchan.

2251. Deve ainda referir-se que a prova demonstra também, embora com um menor número de elementos, que a Auchan participava nos comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

2252. Veja-se o caso particular dos documentos ActiveBrands200 e ActiveBrands677, *supra* descritos nos §§1791 a 1793:

RE: Marquês de Borba

From:
To:
Date: Thu, 20 Dec 2012 19:30:15 +0000

Ok . PVP recomendado 5,89€ (com desconto imediato de 1€ de 26 a 31 de Dezembro). Envia-me por favor o sell-out no início de Janeiro. Obrigado. Abraço.

De:
Enviada: quinta-feira, 20 de Dezembro de 2012 18:33
Para:
Assunto: RE: Marquês de Borba

vamos fazer a ação de 26 a 31 de Dezembro.

De:
Enviada: segunda-feira, 17 de Dezembro de 2012 20:13
Para:
Assunto: RE: Marques de Borba

Boa tarde
Tratou-se de uma acção temporária que durou 6 dias (de 11 a 16 de Dezembro). O cliente referido segue actualmente a recomendação do meu marketing (5,89€).
Queres realizar uma acção deste tipo (desconto imediato de 1,00€) na próxima semana?
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @auchan.pt]
Enviada: segunda-feira, 17 de Dezembro de 2012 14:40
Para:
Assunto: Marques de Borba

Boa tarde

temos o PD com este preço e não temos condições para praticar este pvp.

FW: Preços no Feira Nova de Aveiro em Destaque

From:
To:
Date: Mon, 09 Aug 2010 16:13:35 +0100

Boa tarde

Preciso de condições para acompanhar estes preços.

Cumpts.

Auchan - Central Compras
Rua Maria Luísa Holstein, nº4
1300-388 Lisboa
Telef.
Fax: +
E-mail @auchan.pt
Por favor pense no ambiente antes de imprimir este email. Please consider the environment before printing this mail note.

De:
Enviada: segunda-feira, 9 de Agosto de 2010 15:58
Para:
Cc:
Assunto: Preços no Feira Nova de Aveiro em Destaque

Para teu conhecimento a loja irá acompanhar estes preços.
Fala por favor com os fornecedores sobre estes preços e ver de que forma poderão ser compensados visto serem acções locais.

Destaques	Preço
Feira-nova 09-08	
Vinho Porto Velhotes tawny/ branco	3.99

Cumprimentos.

2253. Ambos os documentos aqui reproduzidos são analisados na PNI Auchan com argumentos semelhantes. Quanto ao documento ActiveBrands200, refere a Auchan que «[c]*omo se retira claramente deste documento, o colaborador Auchan solicita condições comerciais à Active Brands que lhe permitam, nomeadamente com respeito pelas regras da venda com prejuízo, competir com os seus concorrentes e proporcionar aos seus clientes um preço mais baixo*»[1013], e que «[n]*ada permite inferir que se tratasse de um desvio a um preço acordado ou concertado entre a Auchan, o Pingo Doce e a Active Brands. Aliás o documento demonstra precisamente o contrário, uma vez que os preços praticados nas lojas Auchan incluídas no email era inferior ao preço recomendado pela própria Active Brands*»[1014].

[1013] Cf. §1034 da PNI Auchan.

[1014] Cf. §1035 da PNI Auchan.

2254. Alega ainda que para o «*fornecedor é indiferente o que PVP que a Auchan está a praticar*» e que «*a Auchan não acordou ou anuir em cumprir qualquer tipo de PVP recomendado*»[1015].

2255. Refere ainda que «*para que não restem efetivamente dúvidas, a Auchan consultou o arquivo de pricing para o produto e períodos em análise. E, como referido, verifica- se que os preços são diferentes entre as várias lojas Auchan, e não são alterados nas semanas seguintes e que, todos, são inferiores ao PVP recomendado de 5.89€ sugerido pelo fornecedor (cf. grelha de pricing que ora se junta como Doc. n.º 8)*»[1016].

2256. Quanto ao alegado pela Auchan relativamente a este documento, a Autoridade manifesta a sua discordância pelas seguintes razões: o documento ActiveBrands200 demonstra, de forma evidente, que a Auchan reporta um preço desviante praticado por uma insígnia concorrente (*in casu*, a Pingo Doce) e que a pessoa singular visada reconhece que o preço praticado diferia da sua recomendação, indicando à Auchan o motivo do desvio da sua concorrente – a realização de uma campanha, descrita como «*acção temporária que durou 6 dias*» e reforçando que a insígnia em causa já seguiria naquele momento, «*a recomendação do meu marketing (5,89€)*», revelando que a Active Brands está disposta a despender um esforço de campanha igual junto da Auchan, caso esta pratique o mesmo PVP (desconto imediato de 1 euro e com PVP Recomendado de 5,89 euros) e, finalmente, que a Auchan concorda com os termos propostos, ajustando apenas o calendário («*PVP recomendado 5,89€ com desconto imediato de 1 € de 26 de 31 de Dezembro)*»).

2257. Ora, esta campanha significará um preço de venda final de 4,89 euros (5,89 euros do PVP recomendado – 1 euro de desconto imediato). O que, ao contrário do que alega a Auchan, é condicente com os dados constantes do documento n.º 8 anexo à PNI, uma vez que todos os valores aí indicados para o período em causa (26 a 31 de dezembro de 2012) correspondem exatamente a 4,89€, uniformemente praticados por todas as lojas para as quais são apresentados dados.

2258. *A contrario*, verifica-se que os valores disponíveis nesse documento para os períodos imediatamente anteriores a 26 de dezembro de 2012, ou posteriores a 31 de dezembro de 2012 apresentam valores diferentes de 4,89€ e distribuídos de forma heterogénea pelas diferentes lojas Auchan.

2259. Por esta razão, não se podem extrair do documento n.º 8 as conclusões alegadas pela Auchan, bem pelo contrário, o mesmo corrobora o entendimento da Autoridade de que a Auchan concerta com a Active Brands (e, indiretamente, com as restantes visadas) a adoção de acções promocionais condicionadas à prática de determinado PVP, nos termos já descritos.

2260. Quanto ao documento ActiveBrands677, refere a Auchan que «*é indiscutível que está em causa somente um pedido de condições comerciais que permitam à loja Auchan em causa*

[1015] Cf. §1040 da PNI Auchan.

[1016] Cf. §1042 da PNI Auchan.

competir com o preço de um concorrente»[1017] e que «[s]*e existe uma análise do mercado e uma adaptação inteligente ao mesmo por parte da Auchan, praticando um preço mais baixo, já nada permite inferir que se trataria de um "desvio" a um qualquer tipo de entendimento que envolvesse a Auchan*»[1018].

2261. No que concerne a este documento em particular, a argumentação da Auchan colide com a literalidade do seu teor. Na verdade, o documento demonstra que o colaborador de uma loja Auchan reporta um desvio de PVP numa loja concorrente à central, informando inclusivamente que irá unilateralmente acompanhar o preço mais baixo («*para teu conhecimento a loja irá acompanhar estes preços*»), o que claramente configura um comportamento retaliatório nos termos do capítulo III.3.1.5 *supra*, revelando também que o colaborador em causa insta a central a procurar mecanismos de financiamento que compensem a descida de PVP, o que revela não só o conhecimento dos mecanismos inerentes aos comportamentos analisados na presente Decisão, como também a preocupação pela manutenção das margens de lucro da Auchan e a necessidade de repercutir no fornecedor a perda acarretada pelo (novo) alinhamento de PVP («[f]*ala por favor com os fornecedores sobre estes preços e ver de que forma poderão ser compensados visto serem acções locais*»), sendo claro que a central estava ciente do comportamento retaliatório adotado e que agiu em conformidade, solicitando «*condições para acompanhar estes preços*», ou seja, transferindo os custos da descida de preços para o fornecedor.

2262. De resto, deve referir-se quanto aos dois documentos em análise, e quanto à sua validade para a prova dos comportamentos das visadas que, partindo de situações de base semelhantes (no caso do documento ActiveBrands200, está em causa a reação da Auchan a um preço mais baixo reportado através da plataforma *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];* e, no caso do documento ActiveBrands677, a resposta da Auchan a um *shopping* com um preço mais baixo), verifica-se uma identidade na linguagem do pedido com similares documentos que envolvem outras visadas (cf., entre outros, os documentos ActiveBrands656 e ActiveBrands748, ambos envolvendo a MCH e nos quais a solução é semelhante à que a Active Brands propõe no documento ActiveBrands200: a concessão de condições promocionais para compensar o desvio de preço).

2263. Ainda sobre os comportamentos adotados pela Auchan para que a manutenção da sua margem seja assegurada em caso de alinhamento em baixa por desvios de PVP, relembre-se o documento ActiveBrands153, *supra* descrito nos §§1362. O colaborador da Auchan refere que «*a margem do licor Beirão da minha loja vai piorar… tenho o artigo com PVP de 7.99€, por acompanhamento do shopping do E'Leclerc do dia 29/11/2010*», ao que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] responde «[n]*o caso CNT já pedi*

[1017] Cf. §1046 da PNI Auchan.

[1018] Cf. §1047 da PNI Auchan.

actualização 9,48 para amanhã. Relativamente ao LEC o meu colaborador [Confidencial – Dados Pessoais] *vai resolver na loja (ainda no decorrer desta semana)*».

2264. Sobre este documento, refere a Auchan que a expressão «"[n]*ão tenho condições para acompanhar o PVP do meu concorrente* [significa que] [a]*s condições comerciais que a Active Brands proporciona à Auchan não permitem acompanhar um preço tão baixo sem violar a proibição de venda o prejuízo ou esmagar totalmente a margem, pelo que se apresenta o resultado do shopping com vista à melhoria dessas condições*»[1019].

2265. Entende ainda que «[a] *Auchan não conhece os motivos nem poderá ser responsabilizada pelas escolhas e comportamentos do seu fornecedor, nomeadamente, quando perante uma reclamação face a condições comerciais este opta por dizer que pressionou ou irá pressionar os concorrentes a aumentar os PVPs, em vez de descer o preço de venda à Auchan*»[1020].

2266. E que «*estas comunicações nunca poderão ser interpretadas como um pedido de correção de um desvio, uma vez que, como se retira do shopping interno da Auchan, transcrito o ponto 462 da NI, as próprias lojas Auchan praticavam preços diversos entre si e todos eles inferiores ao preço que a Active Brands comunicou ("9.48")*»[1021].

2267. Conforme a Autoridade já reconheceu na presente Decisão (cf. §§1583 a 1586), o mecanismo de alinhamento estabelecido entre as visadas nem sempre funcionou em todas as situações descritas no acervo probatório. Não obstante, isso não invalida a valia deste documento como prova dos comportamentos das insígnias e do distribuidor, e o conhecimento por todas as visadas (neste caso, a Auchan) dos mecanismos inerentes às práticas em análise na presente Decisão.

2268. Com efeito, que sentido faria a Active Brands afirmar junto da Auchan a prática de um comportamento tendente à correção de desvios nas suas concorrentes (MCH e E.Leclerc) se aquela insígnia atuasse no mercado de forma concorrencial? Se, como refere a Auchan, o seu preço era já inferior ao recomendado pela Active Brands, então a disputa de preços não deveria ocorrer «a expensas» do fornecedor.

2269. Assim, a solicitação de melhores condições comerciais ou a opção pela correção do desvio, neste caso feita pela Active Brands, demonstra uma tentativa de apaziguamento e proteção da margem de lucro da insígnia Auchan, sem detrimento da margem da Active Brands, ao permitir manter os PVP num nível artificialmente mais alto, que beneficiaria todas as visadas.

2270. Ou seja, a comunicação da central à Active Brands em consequência deste reporte demonstra que a Auchan não estaria disposta a sacrificar mais sua margem para «*acompanhar o PVP do meu concorrente*», transferindo para a Active Brands a responsabilidade de lhe oferecer soluções para o efeito. Este comportamento evidencia,

[1019] Cf. §593 da PNI Auchan.

[1020] Cf. §594 da PNI Auchan.

[1021] Cf. §598 da PNI Auchan.

assim, o conhecimento que a Auchan tem acerca da metodologia de correção de desvios por parte do fornecedor, motivo pelo qual recorre à Active Brands para o efeito.

2271. Neste contexto, impõe-se ainda outra questão: se, em coerência com o defende na sua PNI, a Auchan não estivesse envolvida nos comportamentos em causa e pretendesse distanciar-se dos mesmos, não seria expectável que quisesse «*conhece*[r] *os motivos* (…) *quando perante uma reclamação face a condições comerciais este opta por dizer que pressionou ou irá pressionar os concorrentes a aumentar os PVPs, em vez de descer o preço de venda à Auchan*»? A Auchan, que tão veementemente nega o seu envolvimento na prática em causa, ao ver tal solução a ser proposta pelo seu fornecedor, sem qualquer reação acerca da sua alegada solicitação de melhores condições comerciais, não deveria demarcar-se de tal comportamento?

2272. Caso tal resposta existisse, sempre poderia a Auchan tê-la juntado à sua PNI e a mesma seria apreciada pela AdC no âmbito da sua defesa. Não se está, por esta via e de qualquer modo, a procurar inverter qualquer ónus probatório, mas apenas a evidenciar que a interpretação que as visadas (no caso, a Auchan) fazem da prova constante dos autos e, bem assim, a importância que lhe procuram atribuir distam de forma irrecuperável do teor factual explícito que a mesma sustenta.

2273. Recorde-se a este respeito, ainda e tal como se refere *infra* em resposta à Pingo Doce (cf. §§2708 a 2712 da presente Decisão), que quando os pedidos, reposicionamentos, correções, etc. são efetuados com sucesso entre visadas, nenhuma comunicação entre as partes é necessária e, portanto, nessas circunstâncias, tipicamente, não resultará produzida (e, consequentemente, apreendida) nenhuma prova.

2274. É este o caso, demonstrativo da naturalidade com que eram encarados, por todas as visadas (logo, pela própria Auchan), os pedidos de correção de PVP que dirigiam à Active Brands.

2275. Em suma, e considerando o *supra* referido, não obstante o facto de o acervo probatório registar um menor número de elementos de prova quanto à Auchan quando comparada com outras empresas de distribuição visadas concorrentes e o facto de registar uma maior taxa de incidência de desvios quando comparada com as restantes empresas de distribuição visadas concorrentes – o que será devidamente considerado para efeitos de determinação do grau de participação da visada, com a respetiva repercussão na subsequente determinação das sanções aplicáveis – verifica-se, ainda assim, a existência de prova suficiente que demonstra o envolvimento da Auchan em comportamentos de pressão, coação e retaliação (bem como em todos os outros comportamentos já enunciados).

2276. Esta apreciação de factos leva a AdC a manter a convicção de que a visada Auchan tem o propósito de participar – participando efetivamente – na prática investigada, manifestando à Active Brands a sua concordância com o posicionamento futuro de PVP e a sua intenção de se concertar com as restantes insígnias num movimento de alinhamento de PVP, sendo

igualmente informada sobre a adesão das restantes insígnias ao alinhamento e procedendo, quando necessário, a medidas de retaliação[1022].

2277. A prova sustenta, portanto, a conclusão de que as insígnias, incluindo a Auchan, participam na fixação de PVP, revelando a intenção expressa de o fazer. Para o efeito, confirma-se a existência de um conjunto de incentivos e circunstâncias determinantes para a formação da sua vontade, acabando por colocar 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.

2278. Deste modo, resulta provado que a Auchan tinha conhecimento e de forma livre, deliberada e esclarecida atuou, juntamente com o fornecedor e mais insígnias de acordo com o objetivo comum.

2279. 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.

2280. Quanto à duração do envolvimento da Auchan na prática investigada, a Nota de Ilicitude estabelecia que, de acordo com os elementos analisados, a Auchan iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 29 de outubro de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo - cf. documento ActiveBrands224), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 19 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente constante do processo cf. documento ActiveBrands1565).

2281. 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.

2282. Neste sentido, a AdC considerará que a Auchan esteve envolvida na prática investigada desde 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721), pelo menos, até 19 de maio de 2017, conforme referido *supra*.

2283. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.4.3III.3.4.3 da presente Decisão, imputáveis à Auchan, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, ainda que com um grau menor de participação face às demais

[1022] Condição regularmente reclamada por este tipo de visadas para aderirem ao alinhamento.

empresas de distribuição visadas, o que será valorado para efeitos de determinação da coima aplicável[1023].

III.3.4.4 MCH

2284. De acordo com os elementos de prova analisados, a MCH[1024] iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 8 de julho de 2009 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento MCH1721), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands520).

2285. Sem prejuízo do exposto quanto à determinação do período em que a MCH terá estado envolvida na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à visada, a AdC limitará a duração da prática imputável à MCH ao período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor[1025].

2286. Neste sentido, a AdC considerará que a MCH esteve envolvida na prática investigada até 19 de maio de 2017 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Auchan – cf. documento ActiveBrands1565).

2287. A Autoridade deu como provada a relevância probatória deste documento na presente Decisão, pelo que o utilizará também como meio de prova para determinar o final da infração correspondente à prática investigada.

2288. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a MCH:

(i) Concertava com a Active Brands e, indiretamente, através da Active Brands, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1025, ActiveBrands1019, ActiveBrands1026, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands119, ActiveBrands195, ActiveBrands191, ActiveBrands831, ActiveBrands550, MCH1523, ActiveBrands772, ActiveBrands572, ActiveBrands663);

[1023] A este respeito, a AdC remete para o capítulo IV.2.2 da presente Decisão.

[1024] 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.

[1025] Sem prejuízo de, ainda assim, na sua análise a AdC ter em conta *e-mails* anteriores e posteriores às datas consideradas, uma vez que se consideram relevantes na contextualização do relacionamento comercial entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

(ii) Informava a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands195, ActiveBrands191, ActiveBrands793, ActiveBrands231, ActiveBrands1505, ActiveBrands92, ActiveBrands269, ActiveBrands579, ActiveBrands382, ActiveBrands95, ActiveBrands248, ActiveBrands92, ActiveBrands348, ActiveBrands312, ActiveBrands410, ActiveBrands653, ActiveBrands1282, ActiveBrands272, ActiveBrands58, MCH2730, ActiveBrands916, ActiveBrands835, ActiveBrands181, ActiveBrands1514);

(iii) Era informada pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes (cf. os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands673, ActiveBrands119, MCH958, ActiveBrands772, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands198, ActiveBrands572, MCH1410, ActiveBrands748, ActiveBrands834, ActiveBrands185);

(iv) Implementava efetivamente e/ou corrigia a pedido da Active Brands desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf. os documentos ActiveBrands641, ActiveBrands799, ActiveBrands1027, ActiveBrands673, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands191, ActiveBrands814, ActiveBrands181, ActiveBrands684, ActiveBrands1002, ActiveBrands808);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Active Brands para o efeito, reportando à Active Brands comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. os documentos ActiveBrands786, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands665, ActiveBrands780, ActiveBrands123, ActiveBrands90, ActiveBrands663 e MCH1965[1026], ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands873, ActiveBrands877, ActiveBrands614, ActiveBrands557, ActiveBrands989, MCH918, ActiveBrands971, ActiveBrands629, ActiveBrands261, ActiveBrands1397, ActiveBrands643, ActiveBrands38, ActiveBrands775, ActiveBrands836, MCH549, ActiveBrands328, ActiveBrands208, ActiveBrands395, MCH2192, ActiveBrands939, ActiveBrands726, ActiveBrands940, ActiveBrands1591, ActiveBrands548 e MCH2094, ActiveBrands571, ActiveBrands488, ActiveBrands1208, ActiveBrands823, ActiveBrands646, ActiveBrands214, MCH1417, ActiveBrands1126, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands688, ActiveBrands634, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands686, ActiveBrands210, MCH1410, ActiveBrands110, MCH1471, ActiveBrands904, ActiveBrands666, ActiveBrands906, ActiveBrands923, ActiveBrands93, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands916, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands1114, ActiveBrands821, ActiveBrands107, ActiveBrands748, ActiveBrands104, ActiveBrands697, ActiveBrands697, ActiveBrands854, ActiveBrands1008, MCH1770, MCH1781, MCH1471, MCH1468, ActiveBrands190, ActiveBrands199, ActiveBrands1218, ActiveBrands93, ActiveBrands886, ActiveBrands834, MCH2193, MCH2914, MCH2915, ActiveBrands53, ActiveBrands250, ActiveBrands369, ActiveBrands427, ActiveBrands553,

[1026] Os *e-mails* integram a conversação n.º 4 que inclui o envio de *e-mail* idêntico pela MCH a um conjunto de fornecedores.

ActiveBrands554, ActiveBrands556, ActiveBrands558, ActiveBrands636, ActiveBrands639, ActiveBrands640, ActiveBrands656, ActiveBrands704, ActiveBrands726, ActiveBrands737, ActiveBrands858, ActiveBrands859, ActiveBrands875, ActiveBrands885, ActiveBrands908, ActiveBrands938, ActiveBrands1057, ActiveBrands1060, ActiveBrands607, ActiveBrands522, ActiveBrands610, ActiveBrands30, ActiveBrands1561, ActiveBrands621, ActiveBrands558, ActiveBrands1057, ActiveBrands1060, ActiveBrands138, ActiveBrands487, ActiveBrands900, ActiveBrands1196);

(vi) Pressionava a Active Brands 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. os documentos ActiveBrands823, ActiveBrands646, ActiveBrands214, MCH1417, ActiveBrands1021 ActiveBrands1028, ActiveBrands873, ActiveBrands877, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands634, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands210, ActiveBrands686, MCH1410, ActiveBrands110, MCH1471, ActiveBrands904, ActiveBrands666, ActiveBrands93, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands1010, ActiveBrands550, ActiveBrands576, MCH1523, ActiveBrands821, ActiveBrands107, ActiveBrands748, ActiveBrands104, MCH1471, ActiveBrands190, ActiveBrands199, ActiveBrands834, ActiveBrands859, ActiveBrands872, ActiveBrands875); e

(vii) Ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. os documentos ActiveBrands786, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands906, ActiveBrands916, ActiveBrands847, ActiveBrands614, ActiveBrands576, ActiveBrands557, MCH1523, MCH1579, ActiveBrands871, ActiveBrands989, MCH2915, MCH918, MCH922, ActiveBrands629, ActiveBrands261, ActiveBrands1000, ActiveBrands1397, ActiveBrands643, ActiveBrands38, ActiveBrands775, ActiveBrands836, MCH549, ActiveBrands328, ActiveBrands395, MCH2192, ActiveBrands939, ActiveBrands726, ActiveBrands939, ActiveBrands940, ActiveBrands1591, ActiveBrands548, MCH2094, ActiveBrands571, ActiveBrands488, ActiveBrands1208, ActiveBrands1126, ActiveBrands831, ActiveBrands666, ActiveBrands576, ActiveBrands646, ActiveBrands628, ActiveBrands1114, ActiveBrands748, ActiveBrands697, ActiveBrands854, ActiveBrands1008, MCH1770, MCH1781, MCH1468, ActiveBrands1218, ActiveBrands93, ActiveBrands886, ActiveBrands1093, MCH2193, MCH2914, MH2915, ActiveBrands53, ActiveBrands250, ActiveBrands554, ActiveBrands556, ActiveBrands558, ActiveBrands636, ActiveBrands639, ActiveBrands640, ActiveBrands656, ActiveBrands704, ActiveBrands852, ActiveBrands858, ActiveBrands885, ActiveBrands908, 1057, 1060, ActiveBrands607, ActiveBrands522, ActiveBrands610, ActiveBrands30, ActiveBrands1561, ActiveBrands621, ActiveBrands558, ActiveBrands1057, ActiveBrands1060, ActiveBrands1367, ActiveBrands138, ActiveBrands487, ActiveBrands900, ActiveBrands1196).

2289. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos MCH1721, ActiveBrands520, ActiveBrands227, ActiveBrands795, ActiveBrands1484, ActiveBrands241, ActiveBrands1531, ActiveBrands1481, ActiveBrands1479, ActiveBrands1538,

ActiveBrands1473, ActiveBrands1474, ActiveBrands249, ActiveBrands626, ActiveBrands562, ActiveBrands793, ActiveBrands231, ActiveBrands304, ActiveBrands1505, ActiveBrands92, ActiveBrands269, ActiveBrands579, ActiveBrands382, ActiveBrands95, ActiveBrands248, ActiveBrands1474, ActiveBrands92, ActiveBrands348, ActiveBrands312, ActiveBrands410, ActiveBrands653, ActiveBrands1282, ActiveBrands272, ActiveBrands58, MCH2730, ActiveBrands1045, ActiveBrands628, ActiveBrands794, ActiveBrands648, ActiveBrands1122, ActiveBrands1482, ActiveBrands1483, ActiveBrands251, ActiveBrands1505, ActiveBrands226, ActiveBrands232, ActiveBrands233, MCH1509, ActiveBrands742, AtiveBrands792, ActiveBrands1093, ActiveBrands973, ActiveBrands991, MCH1770, MCH2193, ActiveBrands43, ActiveBrands48, ActiveBrands51, ActiveBrands285, ActiveBrands376, ActiveBrands385, ActiveBrands390, ActiveBrands439, ActiveBrands454, ActiveBrands500, ActiveBrands538, ActiveBrands551, ActiveBrands552, ActiveBrands564, ActiveBrands580, ActiveBrands585, ActiveBrands655, ActiveBrands1012, ActiveBrands1058, ActiveBrands1211, ActiveBrands1330, ActiveBrands283, ActiveBrands336, ActiveBrands330, ActiveBrands384 e ActiveBrands1403.

2290. Particularmente revelador do envolvimento concreto da MCH é o documento ActiveBrands550, que consiste num *e-mail* de 19 de maio de 2016, em que uma colaboradora da MCH informa a Active Brands sobre o não reposicionamento da Pingo Doce (permitindo concluir que existia um alinhamento previamente concertado com o preço a praticar entre as duas insígnias mediado pela Active Brands) e solicita expressamente a intervenção da Active Brands:

RE:

From:
To:
Date: Thu, 19 May 2016 11:36:32 +0100

Olá

Muito obrigada desde já.

Aproveito para informar que verifiquei que o PD não reposicionou na Madeira, e agradeço a sua atenção para essa situação, por favor.

Obrigada

Melhores cumprimentos,

Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits
E-mail:
Tel:

2291. Ou o conteúdo do documento MCH1523, em que uma colaboradora da MCH escreve ao Diretor Off-Trade da Active Brands: «[t]*emos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias – a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços…Hoje vamos ter novamente de baixar o preço para os 8,28 em todo o lado, pois todo o mercado se encontra a este preço ou abaixo do mesmo.* (…) *Para além disso, preciso também que me confirme que nos irá compensar pelas compras já feitas e pelas que continuamos a fazer, ao PVP que tivermos que praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD*».

2292. Veja-se ainda o conteúdo do documento ActiveBrands832, em que a colaboradora da MCH envia ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands uma tabela contendo o *shopping* do PVP praticado por um conjunto de insígnias concorrentes (incluindo a Auchan e a Pingo Doce) *«para conhecimento e análise»*. Em reação a este *e-mail,* o referido Diretor transmite aos seus *KA* a urgência em corrigir o PVP junto das lojas Jumbo/Auchan: «[e]*quipa. Muito urgente: corrigir PVP Jumbo».*

2293. Conforme decorre dos capítulos precedentes, para os quais se remete, muitas outras situações poderiam ser destacadas, no sentido da imputação dos comportamentos em causa à MCH.

III.3.4.4.1 Pronúncia da visada

2294. Para além dos argumentos que foram sendo apresentados e apreciados nos capítulos anteriores da presente Decisão a respeito de cada comportamento específico, a MCH contesta o seu envolvimento na prática investigada e alicerça a sua defesa no argumento de que as conclusões da AdC são desajustadas face à realidade e que a prova utilizada revela apenas uma negociação intensa, em permanente ebulição, típica da relação comercial entre fornecedor e retalhistas, no decorrer da qual as partes defendem interesses ambivalentes (comuns e conflituantes), reagindo às adversidades de forma normal, racional e competitiva, no contexto específico deste mercado[1027].

2295. De forma perentória, a MCH assegura que os PVP praticados variam constantemente e escassas vezes correspondem aos PVPR, o que sucede apenas quando os interesses comerciais próprios da MCH coincidem com a recomendação do fornecedor[1028], esclarecendo a visada que «***decide autonomamente o preço efectivo dos produtos fornecidos pela Active Brands, produtos esses que revende nos termos e condições*** (…)

[1027] Cf. §§378 e 675 da PNI MCH.

[1028] Cf. §497 da PNI MCH.

que, em cada momento e em cada loja, entende serem os mais convenientes, em função e vários factores»[1029], sendo o PVPR somente um desses fatores. (destaque original)

2296. A MCH alega que não existe troca de comunicações direta 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 Ilicitude ocorrem[1030].

2297. 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 Ilicitude estabelecem a conexão entre a infração e a visada, recorrendo a 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.3.4.4.2 Apreciação da Autoridade

2298. Como nota prévia, constata-se que, para justificar a estratégia de defesa adotada, a visada refere que «[n]*ão cabendo à MCH impugnar especificadamente cada um dos segmentos, o que sempre significaria compactuar com uma inversão inadmissível do ónus da prova*»[1031], resta-lhe «*esperar por alguma dose de sensatez e pela reconsideração dos factos, à luz de uma materialidade real e não fictícia*»[1032].

2299. 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)[1033].

2300. 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.

2301. Às visadas caberá, se assim o entenderem, pronunciarem-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 19/21012).

[1029] Cf. §523 e ss. da PNI MCH.

[1030] Cf. §§13, 335 e 350 da PNI MCH.

[1031] Cf. §343 da PNI MCH.

[1032] Cf. §344 da PNI MCH.

[1033] Cf. Ac. do STJ, de 13 de maio de 1998, proferido no âmbito do processo n.º 212/98, 3ª secção.

2302. 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.

2303. 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, porque motivo(s) o acervo probatório recolhido no âmbito da atividade investigatória levada a cabo pela Autoridade não permite corroborar a existência de uma infração jusconcorrencial.

2304. Trata-se, pois, de reconhecer que a factualidade apontada pela Autoridade na Nota de Ilicitude 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, querendo, reverter e elidir as conclusões formuladas pela Autoridade na Nota de Ilicitude.

2305. 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.

2306. Inexiste, portanto, qualquer alegada inversão do ónus da prova nos termos alegados pela MCH, improcedendo este argumento de defesa, uma vez que, tendo optado por não se pronunciar em concreto sobre os factos e as provas carreados pela AdC, a MCH o fez *motu proprio*, não se encontrando na lei esteio que imponha ou determine essa opção.

2307. Sucede que, no presente caso, perante a notificação da Nota de Ilicitude, na qual 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 lhes 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, que descreve em termos teóricos e genéricos.

2308. 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.

2309. Conforme referido anteriormente, a caracterização, em termos genéricos, do mercado no presente caso não é incompatível com os factos investigados na Nota de Ilicitude 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 (cf. capitulo III.3.1.2 da presente Decisão).

2310. 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 tem de concluir pela improcedência da defesa e pela manutenção do juízo formulado na Nota de Ilicitude quanto ao envolvimento da visada MCH na prática em causa.

2311. Veja-se, então, em que se traduzem os comportamentos da MCH e qual é o seu grau de participação na prática investigada.

2312. Nos termos melhor desenvolvidos nos capítulos III.3.1.2, III.3.1.3.1.2, III.3.1.3.2.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.3.2 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.

2313. No que respeita ao envolvimento das insígnias, e em particular da MCH, 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 determinação de preços, 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.3.1.5 da presente Decisão).

2314. Assim, nos termos descritos no §2288 da presente Decisão, em conformidade com a matéria de facto considerada provada nos capítulos III.3.1.2, III.3.1.3.1.2, III.3.1.3.2.2, III.3.1.4.2, 0 e III.3.3.2, a MCH *i)* concertou com a Active Brands e, indiretamente, através desta, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento; *ii)* informou a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro; *iii)* foi informada pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes; *iv)* implementou efetivamente e/ou corrigiu, a pedido da Active Brands, desvios ao posicionamento de PVP concertado; *v)* monitorizou o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitou expressamente à Active Brands para o efeito, reportando-lhe comportamentos desviantes de insígnias concorrentes; *vi)* pressionou a Active Brands para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes, de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado; e *vii)* ameaçou exercer, e exerceu, ações de retaliação com o intuito de

pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

2315. Através do fornecedor, as insígnias, e em particular a MCH, tomam conhecimento de que os PVP comunicados são o ponto focal para a convergência de preços no retalho e quais as intenções futuras das suas concorrentes relativamente a esses PVP e respetiva calendarização (cf. documentos ActiveBrands626, ActiveBrands226, ActiveBrands1502, ActiveBrands1482, ActiveBrands1479, ActiveBrands648, ActiveBrands251, ActiveBrands232, ActiveBrands1483, ActiveBrands233, ActiveBrands250).

2316. Sendo evidente, em múltiplos casos, a existência de um entendimento prévio com a MCH de forma a garantir a agilização da implementação dos PVP concertados no mercado (cf. documentos ActiveBrands232, ActiveBrands231, ActiveBrands1019, ActiveBrands973).

2317. 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 ActiveBrands835, ActiveBrands1538, ActiveBrands1019, ActiveBrands1005, ActiveBrands572, ActiveBrands1027, ActiveBrands834, ActiveBrands818, ActiveBrands673, ActiveBrands562, ActiveBrands260, ActiveBrands249, ActiveBrands210, ActiveBrands195, MCH2094, MCH1781, MCH1410, MCH960.

2318. Neste sentido, recorde-se, entre outros, mas com particular expressão o conteúdo do documento ActiveBrands572[1034], no qual é solicitado pela MCH à Active Brands a «*indicação de uma data para reposicionamento de PVPs no mercado, para garantir que não ficamos descompetitivos*».

2319. A eficácia da adesão da MCH a esta política é atestada por documentos como o ActiveBrands1027, *supra* descrito nos §§232, 1103 e 1104, em que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] informa a sua equipa que «***A Sonae actualizou hoje os preços de dois artigos**. CR&F passou para 12,99€ com o **compromisso de actualização PD na próxima quarta-feira***» (destaques da Autoridade).

2320. A prova sustenta, portanto, a conclusão de que as insígnias, em particular a MCH, participam na fixação e alinhamento de PVP, revelando a intenção expressa de o fazer. Para o efeito, confirma-se a existência de um conjunto de incentivos e circunstâncias determinantes para a formação da sua vontade, acabando por colocar 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.

2321. A implementação dos PVP é, posteriormente, objeto de monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao

[1034] Cf. §1205915 *supra.*

posicionamento e calendário concertados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

2322. A prova demonstra que as insígnias e, em concreto, a MCH, utilizam ferramentas de monitorização de PVP e os respetivos resultados, com o propósito de *i)* confirmar se as suas concorrentes estão a implementar o PVP de acordo com o posicionamento previamente concertado, na data fixada; *ii)* identificar as insígnias que não posicionaram os PVP conforme concertado e qual o desvio; *iii)* remeter para o fornecedor os PVP que precisam de ser corrigidos; e, caso este objetivo não seja atingido, *iv)* solicitar ao fornecedor condições promocionais para o acompanhamento dos preços do concorrente desviante (cf. documentos ActiveBrands835, ActiveBrands214, MCH1417, ActiveBrands916, ActiveBrands1027, ActiveBrands1126, ActiveBrands940, ActiveBrands831, ActiveBrands666, ActiveBrands643, ActiveBrands550, ActiveBrands107, ActiveBrands1021, ActiveBrands1010, ActiveBrands1005, ActiveBrands939, ActiveBrands834, ActiveBrands828, ActiveBrands576, ActiveBrands199, ActiveBrands190, ActiveBrands110).

2323. Em resposta, a Active Brands não só confirma alguns preços praticados nas lojas concorrentes de acordo com o concertado, como envida esforços para «*verificar*» as situações indicadas ou ainda «*resolver*» ou «*corrigir*» as que ainda existem.

2324. A Active Brands, de resto, preocupava-se com os efeitos dos desvios praticados pela MCH, indicando a esta insígnia as dificuldades que tinha quanto ao reposicionamento. Veja-se o documento ActiveBrands831, *supra* descrito nos §§1366 a 1368, em que uma colaboradora da MCH questiona a Active Brands sobre «[q]*uando podemos ter o PVP recomendado de 4,69 euros? Ainda esta semana? Necessito de uma reposta rápida.*». Ao que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] responde «[s]*e bem se recorda a espiral descendente começou com o seu catálogo de Natal. Na altura alertei repetidas vezes para este risco. Estou a tentar reposicionar mas não está a ser fácil devido à campanha 0%.*».

2325. 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.

2326. Verificando-se também que a Active Brands reportava as alterações produzidas à MCH. Veja-se o documento MCH1417[1035], *supra* descrito no §§1883:

[1035] Deve referir-se, quanto ao documento ora descrito, que não obstante o assunto identificar a empresa «Sogrape», é compreensível, pelo contexto da conversação, que em causa na discussão estão produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, nomeadamente os vinhos «Loios» e «Marquês de Borba», bem como a gama de vinho do Porto «Velhotes», todos produtos que constam do *portfolio* deste fornecedor (cf. §548 da presente Decisão), entendendo-se que se trata de um lapso na identificação do assunto por parte da MCH.

From: @activebrands.pt>
Sent: 10 de fevereiro de 2011 18:00
To @sonaemc.com>
Cc: @sonaemc.com>
Subject: RE: Sogrape semana 07 a 13 Fev.xls

Boa tarde
Agradeço o envio do ficheiro.
No caso do Loios Tinto e Branco a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 2,99. As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias. O mesmo sucede com Marquês de Borba Branco onde actualmente recomendamos 4,99.
No caso de Marquês de Borba Tinto a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 5,89. Não percebo MP 4,75 e JMB 4,75 (quando estes preços já foram alterados na semana passada para a nossa recomendação conforme talão enviado). Peço-lhe que verifique por favor.
No caso do Porto Velhotes Tawny-Ruby-White a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 4,39. As situações pontuais que se verificam em algumas lojas JMB serão corrigidas nos próximos dias.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @sonaemc.com]
Enviada: quinta-feira, 10 de Fevereiro de 2011 11:33
Para:
Cc:
Assunto: Sogrape semana 07 a 13 Fev.xls

Bom dia,

Anexo shopping para seu conhecimento e análise.

MC

2327. Após o envio de um ficheiro com *shopping* de alguns produtos, a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] responde alegando que, quanto ao produto «*Marquês de Borba Tinto*», tinha já procedido à correção de desvios e enviado à MCH talão comprovativo de tal diligência, não compreendendo o motivo de preços diferentes nos dados remetidos pela colaboradora da MCH: «[n]*ão percebo MP 4,75 e JMB 4,75 (****quando estes preços já foram alterados na semana passada para a nossa recomendação conforme talão enviado****). Peço-lhe que verifique por favor*» (destaques da Autoridade).

2328. Assim, não se excluindo que possam existir, em abstrato, também objetivos lícitos subjacentes ao controlo e monitorização dos PVP levados 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.

2329. De facto, a prova evidencia que as estas ações têm por finalidade verificar o cumprimento dos PVP definidos nos termos do capítulo III.3.1.3 da presente Decisão.

2330. Recorde-se também, neste sentido, os documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands873, ActiveBrands877 (referidos nos §§1337 a 1343 *supra*), os quais evidenciam que a MCH reporta à Active Brands alguns desvios face aos PVP concertados, 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.

2331. Nesses documentos, o seguimento interno que é dado pela Active Brands, por parte da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] à sua equipa, é demonstrativo do resultado do controlo e monitorização de PVP levado a cabo pela MCH e comunicado ao fornecedor, ou seja, do desencadear da 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: «[e]*quipa, Muito urgente subir PVP < 8,98*(…)» (cf. documento ActiveBrands1021); «[Confidencial – Dados Pessoais]*,* (…) [a] *Sonae tem no shopping Loios no Jumbo de Setúbal a 2,29€. Será possível? Recomenda subida sff*» (cf. documento ActiveBrands877).

2332. 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.

2333. 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 Active Brands, com o intuito de atestar um determinado cumprimento do posicionamento (ou reposicionamento) de PVP pretendido.

2334. Recorde-se o conteúdo do documento MCH1417, *supra* descrito no §1883, no qual, após o envio de uma tabela de *shopping* «*para seu conhecimento e análise*» à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], este responde: «[n]*o caso de Marquês de Borba Tinto a generalidade do mercado segue a nossa recomendação de 5,89. Não percebo MP 4,75 e JMB 4,75 (quando estes preços já foram alterados na semana passada* ***para a nossa recomendação conforme talão enviado****). Peço-lhe que verifique por favor* (…)» ou ainda do documento ActiveBrands1024, *supra* descrito nos §§1105 e 1530, no qual, após indicação da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] que «[é] *provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€»,* este dá indicações a uma sua colaboradora para lhe mandar «*um sms e envia-me o talão se não te importares (e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan).* ***Envia também para a*** [Confidencial – Dados Pessoais] ***com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega*** [Diretor Off-Trade - Active Brands] ***junto envio talão CR&F PD 12,99"***» (destaques da Autoridade).

2335. A prova demonstra, igualmente, que a MCH pressiona o fornecedor para que este atue junte das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão desviados face ao posicionamento previamente concertado (cf. documentos ActiveBrands939 e ActiveBrands871), 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., entre outros, documentos ActiveBrands857, ActiveBrands775, ActiveBrands786, ActiveBrands666, ActiveBrands548).

2336. 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 ActiveBrands820, ActiveBrands819, ActiveBrands572, ActiveBrands562, ActiveBrands126, ActiveBrands641, ActiveBrands673).

2337. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a prova junta ao processo revela não só uma «*negociação intensa*» entre fornecedor e retalhistas, como alega a MCH, 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, no que ao presente capítulo respeita, à MCH, nos termos que têm vindo a descrever-se e analisar-se.

2338. 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 da respetiva subida.

2339. 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.

2340. De facto, o uso de expressões como «*reposicionar*», «*reposicionamento*», «*situação normalizada*», «*corrigido*», «*alterado*», «*resolvido*», entre outras, que aparecem com frequência ao longo das comunicações (cf. documentos ActiveBrands1028, ActiveBrands886, ActiveBrands126, ActiveBrands1019, ActiveBrands831, ActiveBrands748, ActiveBrands673, ActiveBrands572, ActiveBrands550, ActiveBrands548, MCH1410, ActiveBrands874, ActiveBrands814, ActiveBrands688, ActiveBrands665, MCH1523), não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

2341. Assim, o confronto com a globalidade da prova, demonstra que a prática imputada à MCH ocorreu nos termos descritos pela Autoridade na Nota de Ilicitude e ora retomados na presente Decisão, sendo de referir o impressivo volume de prova que demonstra o envolvimento desta visada na prática *sub judice*.

2342. Com efeito, é muitas vezes a MCH a impulsionadora das ações de monitorização do mercado, da deteção e solicitação de correção dos desvios perante a Active Brands 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 subtipos de comportamentos descritos e imputados.

2343. Veja-se o caso do documento ActiveBrands786, *supra* descrito nos §§1122 a 1123:

RE: Porto Velhotes 4,19

From:
To:
Cc:

Date: Fri, 18 Jun 2010 11:57:26 +0100

Bom dia

No que se refere ao Porto Velhotes o PVP de 4.19€ deve-se ao PVP do JUMBO da Amadora e do JUMBO de Cascais, conforme shopping enviado dia 16/06/2010.

Estarei ao dispor para qualquer esclarecimento que considere necessário.

Obrigada.

Analista de Preço

DCA - Un. Bebidas

SONAE
Estrada da Outurela, nº118
Edifício Imopolis, Bloco C/D
2790-114 Carnaxide
Portugal

T.
Ext
F.
e.mail:
www.sonae.pt

From:
Sent: quinta-feira. 17 de Junho de 2010 18:39
To:
Subject: Porto Velhotes 4,19

Boa tarde

Verifiquei na loja MCH da Amadora que marcava Porto Velhotes a 4,19. Assim não consigo manter 4,69 PD e Dia.

De igual forma que em algumas lojas se verifica Beirão < 9,48 (assim não consigo manter 9,48).

Peço-lhe o favor de verificar.

Obg. e melhores cumprimentos,

2344. Em resposta a uma verificação de preços da Active Brands relativa ao produto «Porto Velhotes», a MCH responde que «*o PVP de 4.19€ deve-se ao PVP do JUMBO da Amadora e do JUMBO de Cascais, conforme shopping enviado dia 16/06/2010*», confirmando assim que se

desvia da «recomendação» da Active Brands, reduzindo unilateralmente o PVP, por resposta a preços concorrentes não alinhados, de forma a pressionar a Active Brands para que esta assegure o realinhamento do mercado.

2345. Veja-se também o caso do documento ActiveBrands548, *supra* descrito no §1701, no qual a MCH pressiona a Active Brands para encontrar uma solução para o posicionamento de preço recomendado por este fornecedor. Com efeito, no referido *e-mail*, a colaboradora da MCH contacta a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], quanto aos produtos «Marquês de Borba» e «Tons de Duorum», referindo: «[b]*om dia* [Diretor Off-Trade - Active Brands] (…) [o] *shopping que tenho recebido destes artigos mantem se sem alterações* (…) [f]*ace a esta situação que já dura a 1 mês pelo menos, precisamos de rever condições de preço de compra para acompanhar o mercado* (…) [a]*guardamos a vossa melhor proposta que garanta competividade e sem degradação da margem*».

2346. Poder-se-ia alvitrar que se trataria aqui de negociações lícitas entre a MCH e o fornecedor. No entanto, a resposta da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] é claríssima e não deixa margem a interpretações divergentes: «*Bom dia* [Confidencial – Dados Pessoais], [o] *reposicionamento está a demorar um pouco mais do que o previsto* (…) [n]*o caso da Sonae, o reposicionamento não significou uma degradação da condição de compra.* [i]*nformo logo que tenha desenvolvimentos*».

2347. O reposicionamento a que se alega nesta resposta corresponde sem dúvida ao alinhamento dos preços junto dos restantes distribuidores, como referido acima nos §§2338 a 2340.

2348. Tanto assim é que, em resposta à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], a mesma colaboradora coloca pressão sobre a Active Brands para a apresentação de uma solução, seja através da correção dos desvios detetados (veja-se, quanto a isto, o já referido no capítulo III.3.1.4), ou seja pela via de atribuição de novas condições de compra (ou seja, através de uma comparticipação da Active Brands nos termos acima descritos no capítulo III.3.1.5, opção alternativa, que apenas mobiliza no caso de insucesso do fornecedor na correção do desvio): «[Diretor Off-Trade - Active Brands] (…) [e]*ntendemos o que nos diz, mas precisamos apesar de não termos um degradação de margem temos um problema cronico de margem nestes artigos que temos de resolver* (…) ***Se não conseguimos pela via do pvp , devemos tentar uma solução de rebaixa de preço de compra***» (destaques e sublinhados da Autoridade).

2349. Percebe-se, assim, que a MCH tem um papel preponderante, 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 PVP, sendo essa a sua expetativa e solução preferencial quando reclama junto deste acerca dos PVP praticados pelos seus concorrentes.

2350. Da leitura integrada do capítulo III.3.2, em conformidade com a matéria de facto considerada provada nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 e com as conversações e documentos suprarreferidos é possível concluir que:

(i) A MCH implementa os PVP concertados (cf. documentos ActiveBrands835, ActiveBrands1538, ActiveBrands1019, ActiveBrands1005, ActiveBrands1002, ActiveBrands866, ActiveBrands795, ActiveBrands794, ActiveBrands684, ActiveBrands572, ActiveBrands260, ActiveBrands249, ActiveBrands248, ActiveBrands226, MCH960, ActiveBrands1484, ActiveBrands1483, ActiveBrands1482, ActiveBrands1481, ActiveBrands1479, ActiveBrands1474, ActiveBrands1473, ActiveBrands900, ActiveBrands420);

(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. documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands835, ActiveBrands1010, ActiveBrands1005, ActiveBrands940, ActiveBrands930, ActiveBrands834, ActiveBrands748, ActiveBrands210, ActiveBrands199, ActiveBrands110, ActiveBrands107, MCH960, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands105, ActiveBrands104, MCH1503, ActiveBrands576);

(iii) A MCH exerce pressão sobre a Active Brands para que esta garanta o alinhamento do mercado, ameaçando o fornecedor, nomeadamente, com a exigência de condições especiais e/ou com a descida dos seus PVP (cf. documentos ActiveBrands831, ActiveBrands786, ActiveBrands576, ActiveBrands190, ActiveBrands1126, ActiveBrands971, ActiveBrands775, ActiveBrands666, ActiveBrands643, ActiveBrands110, MCH1471, ActiveBrands1561, ActiveBrands989, ActiveBrands854); e

(iv) A MCH reposiciona quando obtém garantia por parte do fornecedor de que o mercado está (ou estará, em determinada data) alinhado (cf. documentos ActiveBrands814, ActiveBrands641, ActiveBrands1002, ActiveBrands748, ActiveBrands673).

2351. 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).

2352. 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 Active Brands 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 Active Brands.

2353. Deste modo, considerando a matéria de facto dada por provada na presente Decisão e a manutenção da relevância e aptidão probatória atribuída aos documentos utilizados na Nota de Ilicitude, a AdC conclui pela improcedência da defesa da MCH.

2354. A AdC forma, portanto, a sua convicção de que a MCH participa ativamente na prática investigada, com um papel preponderante, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de fixação de PVP de mercado.

2355. Finalmente, a argumentação da MCH, nomeadamente no que diz respeito às condições de fornecimento no mercado de distribuição retalhista alimentar[1036], demonstra, na verdade, a motivação das visadas na prática desta infração.

2356. Por um lado, a Active Brands 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.

2357. 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 Active Brands 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.

2358. 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 (cf., entre outros, documentos MCH1417, ActiveBrands155, ActiveBrands105, ActiveBrands107).

2359. Quanto à duração do envolvimento da MCH na prática investigada, a Nota de Ilicitude estabelecia que, de acordo com os elementos analisados, a MCH iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 8 de julho de 2009 (i.e. data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo – cf. documento MCH1721), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente constante do processo – cf. documento ActiveBrands520).

2360. Sem prejuízo do exposto, quando à determinação do período e que a MCH terá estado envolvida na prática investigada, tendo em consideração a circunstância de se tratar de uma prática de dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma perspetiva mais favorável à visada, a AdC limitará a duração da prática imputável à MCH ao período

[1036] As quais, recorde-se, assentam num sistema de «*retail minus*», em que se negoceiam descontos, reduções ou abatimentos calculados sobre o PVPR e não sobre preço grossista de compra. Desta forma, as insígnias utilizam o PVP «recomendado» pela Active Brands 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 comparticipação, forma de manterem a sua margem, quando o PVP de algum dos seus concorrentes não está de acordo com o proposto pelo fornecedor.

relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor.

2361. Neste sentido, e uma vez que a MCH nada alega, na sua defesa, quanto às datas indicadas na Nota de Ilicitude para determinar o início e o fim do seu envolvimento na prática investigada, tão pouco contesta a utilização dos documentos referenciados para este (ou qualquer outro) efeito, a AdC considerará que a MCH esteve envolvida na prática investigada desde 8 de julho de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 19 de maio de 2017 (i.e., utilizando para este efeito o documento que estabelece o fim do envolvimento da visada Auchan – cf. documento ActiveBrands1565), conforme referido *supra*.

2362. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.4.4 da presente Decisão, imputáveis à MCH, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, com um grau de participação preponderante face às demais visadas, incluindo a Active Brands.

III.3.4.5 Pingo Doce

2363. De acordo com os elementos analisados, a Pingo Doce[1037] iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 28 de agosto de 2009 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento MCH1523), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18 de abril de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands1055).

2364. A Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meio de prova para determinar o início e o final da infração correspondente à prática investigada.

2365. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Pingo Doce:

(i) Concertava com a Active Brands e, indiretamente, através da Active Brands, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento (cf. os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1025, ActiveBrands1019, ActiveBrands1026, ActiveBrands880, ActiveBrands780, ActiveBrands193, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands220, ActiveBrands550, MCH1523);

(ii) Informava a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro (cf. os documentos ActiveBrands894, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024,

[1037] Relembra-se que, para efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da LdC, e por virtude de o 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*.

ActiveBrands1025, ActiveBrands193, ActiveBrands119, ActiveBrands880, ActiveBrands780, ActiveBrands778, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands857, ActiveBrands1093, ActiveBrands123, ActiveBrands187, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands843, ActiveBrands1092, ActiveBrands247, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands895, ActiveBrands312, ActiveBrands919, ActiveBrands1297, ActiveBrands820, ActiveBrands179, ActiveBrands108, ActiveBrands1111, ActiveBrands271, ActiveBrands1514);

(iii) Era informada pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes (cf. os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands186, ActiveBrands119, ActiveBrands189, ActiveBrands654, ActiveBrands820);

(iv) Implementava efetivamente o posicionamento de PVP concertado e/ou corrigia a pedido da Active Brands desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf. os documentos ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands189, ActiveBrands816, ActiveBrands922, ActiveBrands220, ActiveBrands806, ActiveBrands820, ActiveBrands819, ActiveBrands179, ActiveBrands271, ActiveBrands733, ActiveBrands812, ActiveBrands780, ActiveBrands183, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands1016, ActiveBrands993);

(v) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Active Brands para o efeito, reportando à Active Brands comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. os documentos ActiveBrands780, ActiveBrands778, ActiveBrands90, ActiveBrands663 e MCH1965[1038], ActiveBrands1055, ActiveBrands192, ActiveBrands936, ActiveBrands910, ActiveBrands868, ActiveBrands102, ActiveBrands754, ActiveBrands220, ActiveBrands857, ActiveBrands156, ActiveBrands118, ActiveBrands992 e ActiveBrands109, ActiveBrands923, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands122, ActiveBrands855, ActiveBrands1111, ActiveBrands117, ActiveBrands990);

(vi) Pressionava a Active Brands 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. os documentos ActiveBrands778, ActiveBrands102, ActiveBrands936, ActiveBrands910, ActiveBrands868, ActiveBrands754, ActiveBrands220, ActiveBrands857, ActiveBrands857, ActiveBrands156, ActiveBrands118, ActiveBrands992 e ActiveBrands109, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands1055, MCH1523, ActiveBrands855, ActiveBrands1111, ActiveBrands117); e

(vii) Ameaçava exercer e exercia ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. os documentos ActiveBrands814, ActiveBrands688, ActiveBrands992, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands936, ActiveBrands910, ActiveBrands857, ActiveBrands192, ActiveBrands815,

[1038] Os *e-mails* integram a conversação n.º 4 que inclui o envio de *e-mail* idêntico pela MCH a um conjunto de fornecedores.

ActiveBrands1071, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands122, ActiveBrands855, ActiveBrands1111, ActiveBrands713).

2366. Considera-se igualmente relevante para efeitos de imputação dos comportamentos acabados de descrever o acervo probatório constante dos documentos ActiveBrands71, ActiveBrands247, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands895, ActiveBrands312, ActiveBrands919, ActiveBrands1297, ActiveBrands1055, ActiveBrands1117, ActiveBrands42, ActiveBrands127 e ActiveBrands168.

2367. Não se ignora que resulta do acervo probatório que a Pingo Doce, por vezes, não implementa o concertado com as restantes empresas visadas (cf. documentos ActiveBrands1019 ou ActiveBrands780). Sem prejuízo, tal não altera o facto de tal concertação se verificar, demonstrando apenas que por vezes não funcionava de forma eficaz, ao que acresce que a prova demonstra que, em muitas outras vezes, a Pingo Doce participa ativamente nas condutas que constituem a infração.

2368. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Pingo Doce o documento ActiveBrands936, em que uma colaboradora da referida insígnia transmite ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o *shopping* dos seus concorrentes com a mensagem: «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*». O Diretor *Off-Trade* da Active Brands envia então à equipa as seguintes instruções: «[j]*á pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby…envia-me por favor o talão. No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)…verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão (…) Altera por favor amanhã e envia-me talão… Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby. Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto*».

2369. Ou ainda o conteúdo do documento ActiveBrands778, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands solicita a uma colaboradora da Pingo Doce: «[se] *possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar JMB Guimarães*». A referida colaboradora comunica então que «[e]*stá como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos*».

2370. Destaca-se também o documento ActiveBrands1092, de 14 de fevereiro de 2013, em que o Diretor Geral/Administrador da Active Brands solicita expressamente à colaboradora da Pingo Doce para manter as ações promocionais conforme definidas no início do ano e não «*colocar em causa todo o* ***trabalho de reposicionamento da Marca Velhotes (que foi realizado com a Vossa preciosa ajuda é claro****) ao realizar promoções que nos levariam a PVP's inferiores aos Recomendados e mesmo, inferiores aos do ano passado.* ***Isto para não falar de que todo o mercado entraria numa espiral de resposta e promoção de preço que colocaria em causa o Verão»*** (realce da Autoridade).

III.3.4.5.1 Pronúncia da Visada

2371. A pronúncia da Pingo Doce 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, inexiste 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*»[1039].

2372. 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 retalhistas[1040].

2373. Segundo a Pingo Doce, o seu objetivo é [Confidencial – estratégia comercial da visada][1041].

2374. Alega a Pingo Doce que, a partir do «*famoso "1 de Maio de 2012"*», infletiu a sua estratégia comercial, tendo-se acentuado a sua estratégia promocional de redução de PVP, à custa de duras negociações com os fornecedores, que geram conflitos de interesses[1042].

2375. Assim, entende a Pingo Doce que os elementos probatórios demonstram a existência de um ambiente altamente concorrencial, onde se evidenciam os interesses antagónicos da Active Brands e das empresas de distribuição visadas, que discutem entre si apenas legítimas recomendações de preços e que as caraterísticas do mercado (*v.g.* intensa atividade promocional) impossibilitam a prática de qualquer cartelização[1043].

2376. 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 Active Brands*»[1044].

2377. 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*[1045].

2378. A Pingo Doce apresenta ainda alguns argumentos de defesa adicionais, de índole geral:

[1039] Cf. §201 da PNI Pingo Doce.

[1040] Cf. §209 da PNI Pingo Doce.

[1041] Cf. §§207 e 592 da PNI Pingo Doce.

[1042] Cf. §§212 a 214 da PNI Pingo Doce.

[1043] Cf. §§88 e 157 da PNI Pingo Doce.

[1044] Cf. §208 da PNI Pingo Doce.

[1045] Cf. §644 da PNI Pingo Doce.

(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 produtos), pelo que necessita de fazer um permanente [Confidencial – estratégia comercial da visada][1046];

(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 positivamente[1047]; e

(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 2008 e 2010[1048].

2379. Ademais, acerca do seu envolvimento na alegada infração, a Pingo Doce argui que a AdC apreendeu 969 documentos, desentranhou 890 e utilizou apenas 51 documentos na Nota de Ilicitude em que a visada surge como remetente/destinatário dos *e-mails*[1049].

2380. A visada impugna ainda as conclusões da AdC quanto à duração da infração que lhe é imputada, alegando que «*de condutas **permanentes**, **regulares** e até **quotidianas**, não resultou a apreensão de qualquer e-mail – nas diligências de busca e apreensão nas instalações de PINGO DOCE – que fosse efectivamente utilizado na NI neste processo contra-ordenacional*»[1050], contestando a utilização de prova indireta para fundamentar a imputação de uma infração tão gravosa, nomeadamente o uso de apenas 19 e-mails em que a Pingo Doce intervém, por referência aos 5 anos anteriores à sua constituição como visada[1051]. (destaques originais)

2381. Segundo a Pingo Doce, «*os alegados elementos "probatórios" (i.e., as tais trocas de e-mails) revelam que o Pingo Doce não "participava" em tais práticas (pelo menos, em conduta ilícita)*»[1052], destacando a imensidão dos saltos temporais quanto à prova alegadamente incriminatória e a falta de conexão merceológica entre si, quanto a produtos, preços e regiões[1053].

[1046] Cf. §226 da PNI Pingo Doce.

[1047] Cf. §227 da PNI Pingo Doce.

[1048] Cf. §§229 a 233 da PNI Pingo Doce.

[1049] Cf. §§246 e ss. da PNI Pingo Doce.

[1050] Cf. §262 da PNI Pingo Doce.

[1051] Cf. §§263 e 282 a 286 da PNI Pingo Doce.

[1052] Cf. §287 da PNI Pingo Doce.

[1053] Cf. §§289 e ss. da PNI Pingo Doce.

2382. Refere também que existe uma «*contradição insanável entre a história e a "prova"*»[1054] e que «*os autos desmentem quer a infracção, quer a sua intensidade, desde logo quanto ao PINGO DOCE*»[1055].

2383. Assim, segundo a visada, a AdC não pode afirmar que a Pingo Doce participou na prática durante os períodos de intermitência[1056].

III.3.4.5.2 Apreciação da Autoridade

2384. 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*»[1057].

2385. 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, e *ii)* dado que a visada já demonstrou, nas pronúncias escritas sobre as Notas de Ilicitude que apresentou nos processos n.º PRC/2017/1 e PRC/2017/7, a insubsistência da acusação, sem que a AdC tenha arquivado os processos, deduz a Pingo Doce que não existe uma disponibilidade séria da AdC para compreender o contexto e a realidade do mercado[1058].

2386. A propósito deste argumento, 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 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)[1059].

2387. Significa isto 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 LdC.

2388. Improcede, portanto, este argumento de defesa, conforme melhor desenvolvido nos §§2298 a 2310 da presente Decisão, para os quais se remete, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva análise.

2389. 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 subjacentes determinados factos, um universo de

[1054] Cf. §294 da PNI Pingo Doce.

[1055] Cf. §304 da PNI Pingo Doce.

[1056] Cf. §314 da PNI Pingo Doce.

[1057] Cf. §256 da PNI Pingo Doce.

[1058] Cf. §§257 a 259 da PNI Pingo Doce.

[1059] Cf. acórdão do STJ, proferido em 13 de maio de 1998, no processo n.º 212/98, 3ª secção.

entidades envolvidas e uma determinada duração, bem como um acervo probatório próprio, motivos pelos quais, apesar de se tratar de comportamentos da mesma tipologia, inexistem relações de causa-efeito entre os processos em causa e as práticas investigadas em cada um deles, não podendo os argumentos apresentados no contexto específico de um processo ser aproveitados e valorados, sem mais, no contexto de outro(s) (cf. capítulo I.1 da presente Decisão).

2390. 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 a pronunciar-se sobre os elementos de prova utilizados na Nota de Ilicitude, que subjazem à apreciação dos factos e à teoria do dano formulada pela AdC, renunciando ao exercício do direito de defesa e do contraditório.

2391. Quanto ao argumento de que a AdC utilizou apenas 19 documentos em que a Pingo Doce surge como remetente/destinatário de *e-mails*, a AdC recorda que a investigação e a análise vertidas na Nota de Ilicitude (e na presente Decisão) alicerçam-se na totalidade dos ficheiros que formam o acervo probatório do processo, tendo sido utilizada uma parte como meio de prova para caracterizar a infração e os seus agentes – precisamente todos os identificados na Nota de Ilicitude (*mutatis mutandis*, na presente Decisão) e nos respetivos Anexos (nomeadamente o Anexo 1, cf. §§311 a 315 e 771 da presente Decisão).

2392. Assim, todos os ficheiros eletrónicos ou *e-mails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilicitude (e na presente Decisão) e nos respetivos Anexos, tendo a AdC utilizado uma parte para caracterizar e ilustrar na Nota de Ilicitude (e na presente Decisão) os comportamentos ocorridos, e identificado outra parte no respetivo Anexo 1, que lista os *e-mails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilicitude (e na presente Decisão), consoante o comportamento em causa.

2393. Além dessa menção e identificação, dos capítulos III.3.1, III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2, III.3.3 e III.3.4 da presente Decisão (e das correspondentes na Nota de Ilicitude) consta a associação a cada uma das visadas da totalidade da prova descrita.

2394. Assim, e no que se refere à visada Pingo Doce, relevam, portanto, todos os não só os documentos identificados nos capítulos II.3.1., II.3.1.2 e II.3.1.3. da Nota de Ilicitude (ou nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 da presente Decisão) mas também nos respetivos Anexos, que lhe fazem referência direta ou indireta, e em especial, no que se refere ao seu envolvimento concreto, os documentos identificados no capítulo II.3.4.4 da Nota de Ilicitude (ou no capítulo III.3.4.5 da presente Decisão).

2395. Conforme decorre expressamente da Nota de Ilicitude notificada às visadas, esta 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.

2396. A Nota de Ilicitude 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 medida da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.

2397. Analisada a Nota de Ilicitude, 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.

2398. Depois fez, nos termos acima descritos, essa mesma apreciação por referência a cada visada, para efeitos de imputação específica dos comportamentos objeto do processo.

2399. 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, nada obstando a que a AdC utilize documentos que consubstanciem prova indireta, indiciária ou circunstancial na formação da sua convicção.

2400. No presente processo a Nota de Ilicitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza, com base em prova direta, indireta, indiciária ou mesmo circunstancial.

2401. Inexiste, portanto, qualquer violação dos direitos de defesa da visada a esse propósito.

2402. Aliás, considera-se que os elementos de prova mobilizados e acima detalhados permitem sustentar o envolvimento da Pingo Doce nas condutas investigadas. Permitem-no atendendo ao respetivo teor, origem, relevância e frequência, entre outros aspetos valorados e analisados.

2403. A esse respeito, não logrou a visada demonstrar em que medida os argumentos que mobiliza (do alegado escasso número de *e-mails* em que a Pingo Doce surge como remetente/destinatário ou do facto de outros *e-mails* se tratar de conversações meramente internas desta) a isentariam da responsabilidade que lhe foi imputada, precisamente com base, também mas não só, no teor dessa prova.

2404. Relativamente à utilização de prova indireta, remete-se para os §§864 a 880 da presente Decisão, onde a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação e nos termos dos quais se conclui que nada obsta a que a AdC utilize, para além de prova direta, documentos que consubstanciem prova indireta, indiciária ou circunstancial na formação da sua convicção.

2405. 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 mercado[1060].

2406. 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.

2407. A prática existe. Os interesses próprios das empresas visadas, se e quando conflituantes 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.

2408. Estas conclusões são suportadas pela prova, que é muito clara sobre a existência do referido objetivo comum de evitar *«uma espiral descendente que a todos prejudicará»* nomeadamente nas solicitações que a Active Brands dirige às insígnias no sentido de *posicionarem*, *reposicionarem, alterarem, nivelarem* ou *verificarem* os PVP de acordo com o nível de preço 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. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão e documentos ActiveBrands894, ActiveBrands778, ActiveBrands186, ActiveBrands1297, ActiveBrands168, ActiveBrands1092, ActiveBrands1071, ActiveBrands958, ActiveBrands819, ActiveBrands815, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands98, ActiveBrands1078, ActiveBrands922, ActiveBrands1026, ActiveBrands1025, ActiveBrands820, , ActiveBrands1111, ActiveBrands949, ActiveBrands947, ActiveBrands1055, ActiveBrands816 e ActiveBrands115).

2409. Objetivo comum para o qual contribuem as próprias empresas de distribuição visadas, com solicitações expressas ao fornecedor para que as suas concorrentes implementassem efetivamente o posicionamento de PVP concertado e/ou corrigissem desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf., no caso da Pingo Doce, os documentos ActiveBrands936, ActiveBrands778, ActiveBrands220).

2410. No que respeita à Pingo Doce a este propósito, para lá do paradigmático e acima referido documento ActiveBrands1092[1061], também revelador da coordenação com o mercado é o documento ActiveBrands1111, *supra* descrito nos §§1760 e seguintes:

[1060] Cf. capítulos III.2.6, III.3.1.2, III.3.1.3.1.2, III.3.1.3.2.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.3.2da presente Decisão.

[1061] Cf. §2370.

RE: Velhotes

From:
To:
Cc:
Date: Mon, 08 Oct 2012 11:51:19 +0100

Bom dia
O actual preço de mercado, bem como a recomendação do meu marketing, é 4,99€.
Uma vez que decidiu acompanhar a promoção temporária e pontual do ITMP peço-lhe que o faça até ao dia 9 de Outubro (altura em termina a referida promoção) sob pena de se gerar uma espiral descendente que a todos prejudicará.
Obg. e melhores cumprimentos,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: quinta-feira, 4 de Outubro de 2012 15:16
Para:
Assunto: Velhotes

Boa tarde

Na impossibilidade de contacto telefónico, informo que iremos reposicionar o PVP de Velhotes para 3,99€ como resposta ao actual PVP de mercado.

Cumprimentos,

Tel.
@jeronimo-martins.pt

2411. Neste documento, verifica-se que existe por parte da Pingo Doce uma tentativa de acompanhamento de um desvio ao preço recomendado por parte de uma insígnia sua concorrente, alteração de PVP essa que nunca seria decidida autonomamente – ao contrário do que a Pingo Doce alega que é sua prática –, mas apenas após contacto prévio com a Active Brands, seja pelo telefone, seja por *e-mail*, como acabou por ocorrer.

2412. Existe também um alerta por parte da Active Brands, indicando não só que o preço que a Pingo Doce estaria a acompanhar ou replicar seria uma ação «*temporária e pontual*» da sua concorrente, como também um pedido expresso quanto à data para o fim desse acompanhamento, no sentido de induzir o regresso ao preço recomendado a partir da data do final da promoção da concorrência, de forma a garantir a harmonia do mercado e evitar «*uma espiral descendente que a todos prejudicará*».

2413. Ou seja, como constatado anteriormente, 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.3.1.3.2, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

2414. Recorda-se, ainda, que a prova revela que a Active Brands obtém o acordo das insígnias relativamente ao reposicionamento de PVP pretendido, o que leva a que o plano comum de alinhamento de mercado seja, assim, muitas vezes alcançado, encontrando-se as insígnias alinhadas entre si (cf. no que à Pingo Doce diz, especificamente respeito, documentos ActiveBrands820, ActiveBrands1005, ActiveBrands119, ActiveBrands819, ActiveBrands816, ActiveBrands806, ActiveBrands808, ActiveBrands42, ActiveBrands806, ActiveBrands922).

2415. A este propósito, revisite-se o documento ActiveBrands816, *supra* descrito nos §§1177 e 1178, no qual a pessoa singular visada dirige o seguinte pedido à Pingo Doce: «*Uma vez terminadas as feiras junto envio recomendações actualizadas para (6 de Março) : Loios Branco (artigo 409108) 2,98€; Loios Tinto (artigo 409109) 2,98€; Tons de Duorum Tinto (artigo 654988) 3,98€;* ***Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€****; Duorum Tinto (artigo 696500) 9,99€, Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) 5,89€* ». A resposta da colaboradora da Pingo Doce indica que «*já estava tudo parametrizado em sistema*». (destaques da Autoridade)

2416. No mesmo sentido, relembre-se o documento ActiveBrands922, *supra* descrito no §1179, em que a pessoa singular visada informa a Pingo Doce de uma «*recomendação de preços*», nos seguintes termos: «*Se possível peço o favor de verificar o PVP do Tons de Duorum Branco (artigo 698010)* ***onde actualmente recomendamos 3,98€.***». A Pingo Doce responde que «*está ok!! Desde 5 de Março…*». (destaques da Autoridade)

2417. Improcede, pois, este argumento de defesa da Pingo Doce, relativo à alegada inexistência de convergência de interesses entre as insígnias, o qual é frontalmente afastado pelo teor da prova produzida e da factualidade demonstrada.

2418. 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 intuitos 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.

2419. Não se exclui que, em teoria, as ferramentas de controlo e monitorização de mercado possam ser utilizadas com fins lícitos, mas o que resulta da prova que instrui os presentes autos é que essas ferramentas foram mobilizadas para garantia do controlo do alinhamento de PVP pré-definido entre as visadas.

2420. Improcede, também, portanto, este argumento de defesa.

2421. Quanto ao argumento sobre a realização de ações de *compliance* desde o ano de 2012, a AdC constata, com base no acervo probatório junto aos autos, que essas ações não foram suficientes para eliminar os comportamentos anticoncorrenciais da visada identificados na presente Decisão, tão-pouco para sustentar uma tomada de posição da Pingo Doce no sentido do 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), pelo que esse facto, ainda que positivo, não será suscetível de valoração a favor da visada Pingo Doce para efeitos de determinação da coima aplicável, nos termos por esta pretendidos[1062].

2422. Não pode, portanto, nesta sede, proceder o argumento de defesa nos termos pretendidos pela Pingo Doce.

2423. 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.

2424. As exposições apresentadas à AdC não continham, portanto, quaisquer elementos que determinassem ou reclamassem a investigação do tipo de indícios que constituíram notícia da infração neste processo, pelo que a prática aqui em causa não foi, pura e simplesmente, investigada nessa ocasião.

2425. 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.

2426. A AdC conclui, assim, pela improcedência de todos os argumentos apresentados pela defesa e pela manutenção do juízo acusatório formulado na Nota de Ilicitude quanto ao envolvimento da visada Pingo Doce.

2427. 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.

2428. Recorde-se que, nos termos da apreciação melhor desenvolvida nos capítulos III.3.1.2, III.3.1.3.1.2, III.3.1.3.2.2, III.3.1.4.2 e III.3.1.5.2 da presente Decisão, a AdC conclui pela existência de comportamentos que traduzem uma fixação de PVP entre as empresas de

[1062] A este respeito, a AdC remete para o capítulo IV.2.2 da presente Decisão.

distribuição visadas, concertada de forma indireta, por via de contactos estabelecidos por estas com o fornecedor.

2429. 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 determinação de preços, utilizando ferramentas de controlo e monitorização para sinalizar e corrigir desvios ao posicionamento e calendário previamente concertados e adotando comportamentos que se traduzem em ações de retaliação quando o alinhamento não acontece.

2430. Nos termos descritos no capítulo III.3.4 da presente Decisão, em conformidade com a matéria de facto considerada provada nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5, a Pingo Doce *i)* concertava com a Active Brands e, indiretamente, através desta, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP que as várias insígnias implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento; *(ii)* informava a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro; *(iii)* era informada pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes; *(iv)* implementava efetivamente o posicionamento de PVP concertado e/ou corrigia a pedido da Active Brands desvios ao posicionamento de PVP concertado; *(v)* monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Active Brands para o efeito, reportando-lhe comportamentos desviantes de insígnias concorrentes; *(vi)* pressionava a Active Brands para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes, de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado; e *(vii)* ameaçava exercer, e exercia, ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

2431. 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.

2432. Ademais, a linguagem utilizada nos documentos apreendidos é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas 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.

2433. De facto, o uso de expressões como «*generalidade do mercado*», «*conjunto do mercado*», «*manter*», «*conter*», «*corrigido*», «*ok*», entre outras que aparecem com frequência ao longo das comunicações (cf. documentos ActiveBrands916, ActiveBrands130, ActiveBrands973, ActiveBrands930, ActiveBrands723, ActiveBrands894, ActiveBrands220, ActiveBrands808, ActiveBrands922, ActiveBrands820, ActiveBrands810, ActiveBrands816, ActiveBrands806,

ActiveBrands819 e ActiveBrands808), não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

2434. Não obstante ser verdade que a Pingo Doce não é diretamente envolvida em alguns dos elementos probatórios suprarreferidos (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 reveladores do envolvimento da visada na infração.

2435. Recorde-se o teor do documento ActiveBrands816, *supra* descrito no §1177:

Re: PVP recomendados

From:
To:
Date: Mon, 04 Mar 2013 18:58:31 +0000

Já estava tudo parametrizado em sistema.

Tel.
@jeronimo-martins.pt

From:
To: @jeronimo-martins.pt>
Date: 04-03-2013 18:39
Subject: PVP recomendados

Boa tarde
Uma vez terminadas as feiras junto envio recomendações actualizadas para (6 de Março) :
Loios Branco (artigo 409108) 2,98€
Loios Tinto (artigo 409109) 2,98€
Tons de Duorum Tinto (artigo 654988) 3,98€
Tons de Duorum Branco (artigo 698010) 3,98€
Duorum Tinto (artigo 696500) 9,99€
Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) 5,89€
Melhores cumprimentos,

2436. Deste documento resulta claramente que a Active Brands pretendia o regresso dos preços a um determinado nível, numa determinada data, confirmando a Pingo Doce que se encontrava alinhada com as «*recomendações*» da Active Brands para a data prevista, garantindo ao fornecedor que «[j]*á estava tudo parametrizado em sistema*».

2437. 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 Active Brands 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.

2438. Vejam-se também os casos dos documentos ActiveBrands820, de 13 de maio de 2011, com assunto «*Re: PVP Recomendados*» e ActiveBrands810, de 3 de dezembro de 2013:

Re: PVP recomendados

From:
To:
Date: Fri, 13 May 2011 12:44:15 +0100

Olá, Boa tarde.

Os colegas da central jános tinham avisado destas alterações.

Os PVP's, hoje, já estão alterados nas lojas.

Obrigada

@activebrands.pt> To' @jeronimo-martins.pt>
13-05-2011 10:49
cc
Subject PVP recomendados

Bom dia ,
Na sequência da actualização verificada no continente peço-lhe se possível o favor de verificar o PVP de alguns dos meus artigos.
PVP recomendado Licor Beirão 9,98€.
PVP recomendado Aguardente Reserva CR&F 12,98€.
Obg. e melhores cumprimentos,

Autoridade da Concorrência

RE: PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€

From:
To:
Date: Tue, 03 Dec 2013 12:23:51 +0000

Bom dia

Esta alterado

JERÓNIMO MARTINS

Cpts

Assistente Comercial Garrafeira / Mercearia
Telef / Fax:
Email: @jeronimo-martins.pt

---02-12-2013 09:51:28---Bom dia Também já enviei recomendação para o PD do continente.

From:
To:
Date: 02-12-2013 09:51
Subject: RE: PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€

Bom dia
Também ja enviei recomendação para o PD do continente.
Melhores cumprimentos,

De: jeronimo-martins.pt [mailto: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: sexta-feira, 29 de Novembro de 2013
Para:
Assunto: Re: PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€

boa tarde

Nuno o pvp a nivel nacional esta a 3.69?

JERÓNIMO MARTINS

Cpts

Assistente Comercial Garrafeira / Mercearia
Telef: / Fax:
Email

---29-11-2013 16:41:30---Boa tarde , Se possivel peço o favor de verificares o PVP do Marquês de Borba Tinto 37,50cl (ar

From:
To:
Date: 29-11-2013 16:41
Subject: PVP recomendado Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) 2,99€

Boa tarde
Se possivel peço o favor de verificares o PVP do Marquês de Borba Tinto 37,50cl (artigo 670840) onde a recomendação actual do meu marketing é 2,99€.
Obg. e melhores cumprimentos,

2439. Ambos os documentos demonstram que, quando a Pingo Doce interagia com a Active Brands a propósito de PVP, não existiam negociações, discussões e/ou exigências relacionadas com a melhoria de condições comerciais, mas antes a prossecução do objetivo comum de alinhamento de determinados PVP para determinados produtos, em coordenação com o mercado.

2440. As respostas dos colaboradores da Pingo Doce confirmam que a respetiva política de preços se encontrava de facto alinhada com as indicações da Active Brands: «[b]*om dia Esta alterado*» (cf. documento ActiveBrands810); e «[o]*s colegas da central já nos tinham avisado destas alterações. Os PVP's, hoje, já estão alterados nas lojas.*» (cf. documento ActiveBrands820).

2441. Recorde-se também o conteúdo do documento ActiveBrands119, *supra* descrito no §1152:

PVP - URGENTE

From:
To:

Date: Thu, 13 Sep 2012 11:05:35 +0100

e
A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD. podes dar-me uma ajuda (uma vez que c vai estar no Porto)?
O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide. peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)...o fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica.
Obg. e um abraço,

2442. Não obstante tratar-se de um *e-mail* interno da Active Brands, resulta do seu teor que a Pingo Doce, à semelhança das restantes empresas de distribuição visadas, estabelecia com o fornecedor comum as datas de implementação de determinados PVP previamente concertados, não sendo a sua política de preços determinada de forma autónoma.

2443. No caso do documento *supra*, as alterações eram justificadas tendo por base a apresentação às empresas de distribuição visadas dos talões das concorrentes, em datas concretas, o que determinaria a alteração dos preços no dia seguinte. A Pingo Doce acompanhava também a subida em diferentes concorrentes, de acordo com produto e data, conforme se depreende do texto do *e-mail*, acompanharia o preço da MCH no produto «CR&F» e da Auchan nos produtos «CR&F» e «Carolans».

2444. Destarte, não obstante a Pingo Doce não ser diretamente parte nestas mensagens, não deixa de aí ser expressamente mencionada no sentido de ter adotado ou vir a adotar 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.

2445. A visada Pingo Doce era também parte ativa nos comportamentos de monitorização e correção de desvios, em articulação com a referida política de definição e alinhamento de PVP.

2446. Veja-se o caso do documento ActiveBrands220, *supra* descrito nos §§1545 a 1546:

From:
To:
Date: 26-10-2012 10:58
Subject: RE: Shopping sem 42

Bom dia
CR&F CNT Colombo está (e sempre esteve) ok.
Tons Tinto JMB Alfragide já mandei verificar (e corrigir).
Velhotes Tawny MOD Póvoa já mandei verificar (e corrigir).
Obg. e melhores cumprimentos,

De: [redacted] jeronimo-martins.pt]
Enviada: quinta-feira, 25 de Outubro de 2012 14:55
Para
Assunto: Shopping sem 42

Atenção a CR&F e Velhotes que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter.

2447. Em resposta ao envio de um *shopping* por parte de uma colaboradora da Pingo Doce, que sinaliza à Active Brands «[a]*tenção a CR&F e Velhotes* ***que recentemente alterámos. Preciso de talões para manter***» o diretor da Active Brands reporta a esta mesma colaboradora que as situações de desvio (desmentindo em concreto o desvio de «CR&F») serão corrigidas. A indicação da própria Pingo Doce de que teria recentemente alterado o preço de «Velhotes» e «CR&F» demonstra indubitavelmente que esta visada seguia as indicações de PVP da Active Brands, exigia deste fornecedor que corrigisse situações que se desviassem do preço alinhado e solicitava talões comprovativos desse facto. (destaques e sublinhados da Autoridade)

2448. 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.

2449. 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 a consequente destabilização do mercado.

2450. Situação que ocorreu repetidamente e ao longo dos anos em que durou a infração, cf. documentos ActiveBrands156, ActiveBrands754, ActiveBrands220, ActiveBrands117, ActiveBrands118, ActiveBrands102, ActiveBrands156, ActiveBrands220 e ActiveBrands936.

2451. A prática da visada Pingo Doce envolvia, em alguns dos casos supramencionados, o simples envio dos resultados de *shopping*, espoletando o procedimento de correção de desvios por parte da Active Brands. Veja-se a resposta ao documento ActiveBrands117, *supra* descrito nos §§1387 a 1388, no qual uma colaboradora da Pingo Doce remete à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] o reporte de *shopping* de alguns produtos («*Loios tinto 75cl*», «*Tons de Duorum Tinto 75 cl*», «*Porto Cálem Velhotes Ruby 75cl*»), originando a resposta deste para os seus colaboradores: «[Confidencial – Dados Pessoais] *envia-me por favor talão Loios Tinto ITMP Mafra 2,98€ até à próxima terça-feira (de manhã)* (…)*Carlos envia-me por favor talão Velhotes Ruby MCH Colombo 4,99€ até à próxima terça-feira (de manhã)…de certeza que se tratou de recolha incorrecta pois o online confirma o nosso preço*. (…) *Quim envia-me por favor talão com os três artigos referidos BD Ramalde (Loios Tinto 2,98€, Tons de Duorum Tinto 3,98€ e Velhotes Ruby 4,99€) até à próxima terça-feira (de manhã)…já pedi à central para verificar*».

2452. Fica também demonstrado, pelas indicações dadas na sequência do envio do reporte de *shopping*, 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.

2453. Sendo inclusivamente exigidos de forma expressa pela própria Pingo Doce em alguns dos documentos elencados acima: «(…) [q]*uanto ao Jumbo não sei que loja lê o site, pelo que é importante o envio de talões comprovativos* (…)» (cf. documento ActiveBrands220); «(…) [p]*reciso de talões para manter.*» (cf. documento ActiveBrands220); e «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*» (cf. documento ActiveBrands936).

2454. A leitura dos referidos documentos permite concluir que *i)* existe uma concertação de PVP em vários produtos 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 (bem como a exigência de envio de talões por parte desta) demonstra que o fornecedor tem como intuito garantir e promover o alinhamento, para comprovar à Pingo Doce o resultado das diligências que tem efetivamente levado a cabo nesse sentido.

2455. Para além disso, há elementos de prova que evidenciam que a Pingo Doce exerce efetivamente pressão sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento do mercado solicitando o envio de múltiplos talões comprovativos de que a situação já estaria resolvida (cf. documentos ActiveBrands220, ActiveBrands936), exercendo ainda atos de retaliação em caso de insucesso.

2456. Revisite-se o caso do documento ActiveBrands936, *supra* referido no §§2453, que consiste numa mensagem interna da Active Brands em resposta a um reporte de *shopping* recebido da Pingo Doce:

FW: Shopping Sem 12

From:

To:
Date: Tue, 26 Mar 2013 17:17:06 +0000

Já pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby...envia-me por favor o talão.
No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)...verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão.
Obg. e um abraço,

Altera por favor amanhã e envia-me talão...
Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby.
Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto.
Obg. e um abraço,

De: @jeronimo-martins.pt]
Enviada: terça-feira, 26 de Março de 2013 16:23
Para:
Assunto: Shopping Sem 12

Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente:

2457. Da leitura do documento conclui-se que, ao invés de «baixar» os preços de forma autónoma, esta visada opta, uma vez mais, por recorrer ao fornecedor para corrigir o desvio detetado, não só questionando o seu próprio posicionamento – «[t]*alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*» –, como pressionando a Active Brands para agilizar o reposicionamento dos desvios das suas concorrentes refletidos no reporte de *shopping*.

2458. Ou ainda o caso do documento ActiveBrands1111, *supra* descrito nos §§1760 e seguintes, em que, após receber um reporte de *shopping*, a colaboradora da Pingo Doce informa a Active Brands que «[n]*a impossibilidade de contacto telefónico, informo que iremos reposicionar o PVP de Velhotes para 3,99€ como resposta ao actual PVP de mercado*».

2459. Assim, por mais sintética que seja a forma de comunicar adotada pela Pingo Doce nesta matéria, a prova evidencia o exercício de pressão sobre o fornecedor, constatando-se que o verdadeiro intuito das suas ameaças/ações (de descida de PVP ou de solicitação de condições comerciais) é a garantia do alinhamento do mercado, que é muito diferente da alegada ambição de se tornar a insígnia mais competitiva no mercado.

2460. Finalmente, não obstante o facto de o acervo probatório registar um caso de recusa da Pingo Doce na adesão à prática em causa (cf. documento ActiveBrands811), verifica-se,

ainda assim, a existência de prova suficiente que demonstra o envolvimento da Pingo Doce de forma consistente ao longo da duração da infração em todos os comportamentos já enunciados.

2461. Com efeito, a resposta da Pingo Doce neste caso concreto constitui uma exceção, não refletindo o comportamento da visada, que, tal como resulta da presente Decisão, por via de regra aceita e articula com o fornecedor os PVP dos respetivos produtos.

2462. Sem embargo, tal dissídio pontual – que não se não verifica com outras empresas de distribuição visadas concorrentes (nomeadamente a MCH) – não deixará de ser devidamente considerado para efeitos de determinação do grau de participação da visada, com a respetiva repercussão na subsequente determinação das sanções aplicáveis.

2463. A AdC forma assim a sua convicção de que a Pingo Doce participa ativamente na prática investigada, tendo intenção expressa 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 desse objetivo.

2464. Quanto 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 Ilicitude e na presente Decisão.

2465. Na verdade, ainda que se verifiquem na prova períodos de intermitência (os quais, no entanto, não têm a amplitude que a Pingo Doce lhes atribui[1063]), 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 e exaustivamente analisado no capítulo III.3.3 da presente Decisão, para o qual se remete.

2466. A AdC fundamenta, assim, as suas conclusões a respeito da duração do envolvimento 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.

2467. A saber, a imputação da infração a cada visada é sustentada pelos meios de prova identificados no respetivo subcapítulo do envolvimento, bem como pela prova identificada em cada capítulo em que se descreve a prática (cf. toda a prova citada nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2, III.3.3 e III.3.4.5 da presente Decisão e no respetivo Anexo 1).

[1063] Simplesmente porque esta visada desconsidera prova que, nos termos que se demonstraram nos parágrafos precedentes, lhe pode e deve ser imputada.

2468. 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, o que comprova a continuidade do envolvimento na prática, tendo-se o mesmo iniciado, pelo menos, em 2009. Em concreto, entre outros já referidos ao longo da presente Decisão, vejam-se os documentos ActiveBrands1027, de 2009, ActiveBrands880, de 2010, ActiveBrands814, de 2011, ActiveBrands198, de 2012, ActiveBrands806, de 2013, ActiveBrands990, de 2014, ActiveBrands919, de 2015, ActiveBrands42, de 2016 e ActiveBrands1055 de 2017.

2469. Acresce que ao longo de todo o período considerado não existem evidências de que a Pingo Doce se haja externamente distanciado, junto do fornecedor ou demais empresas de distribuição visadas, da prática em curso, circunstância que estaria seguramente documentada e que facilmente a visada Pingo Doce – tendo tido oportunidade processual para tanto – já poderia ter carreado para os autos, caso tivesse ocorrido.

2470. Em virtude do exposto, a AdC forma a sua convicção de que a Pingo Doce participou na prática investigada, pelo menos, entre 28 de agosto de 2009 (i.e. data do elemento de prova relevante mais antigo – cf. documento MCH1523) e 18 de abril de 2017 (i.e. data do elemento de prova relevante mais recente – cf. documento ActiveBrands1055), de forma ininterrupta.

2471. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos da Pingo Doce descritos no capítulo III.3.4.5 da presente Decisão, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, com um grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas, com a exceção da MCH.

III.3.5 Conclusões da Autoridade sobre a matéria de facto

2472. Reapreciada a matéria de facto e a prova que lhe subjaz à luz das defesas apresentadas (e respetiva prova produzida) pelas visadas Active Brands, Pingo Doce, Auchan, MCH e [Diretor Off-Trade - Active Brands] (cf. capítulo I.11), e dos resultados das diligências complementares de prova (cf. capítulo I.13) e da audição oral (cf. capítulo I.12) realizadas na fase de instrução, a Autoridade conclui pela manutenção da teoria do dano corporizada na Nota de Ilicitude, formando a sua convicção de que a Active Brands, as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) e a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], adotaram comportamentos que, conjuntamente, resultaram na existência de um longo e contínuo processo de fixação dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, com o intuito de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, nos termos já analisados e que de seguida se sintetizam .

2473. Com efeito, ao longo de determinado período de tempo (pelo menos, entre 2009 e 2017), as empresas de distribuição visadas socorreram-se do seu relacionamento vertical com o fornecedor Active Brands para, mediante sucessivos contactos com este, promover o

alinhamento artificial, em termos horizontais, dos PVP que praticam em determinados produtos no mercado retalhista de base alimentar.

2474. Tal processo de fixação e alinhamento horizontal dos PVP envolveu o estabelecimento de comunicações bilaterais, através das quais o fornecedor articulou com e/ou transmitiu às empresas de distribuição visadas um determinado posicionamento de PVP que devia ser implementado em determinada altura por todas as empresas de distribuição de forma concertada.

2475. Analisando as referidas comunicações individualmente e de forma isolada (i.e., sem proceder à sua leitura no contexto jurídico e económico da prática mais abrangente em que tiveram lugar), poder-se-ia concluir estar-se perante vários conjuntos de feixes verticais em que o fornecedor e as diferentes empresas de distribuição visadas concertam os PVP de determinados produtos, sendo certo que são esses os preços que o mercado pratica (ou que irá praticar) num determinado momento.

2476. Esses acordos, nos termos que se qualificarão detalhadamente *infra*, no capítulo IV, constituiriam, em si mesmos, um tipo de prática restritiva da concorrência, de natureza vertical.

2477. Não é essa, no entanto, a leitura que melhor reflete e capta a realidade plasmada no acervo probatório junto ao processo.

2478. Ou seja, ainda que restritivos da concorrência em si mesmos, os acordos bilaterais entre fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas são instrumentais e constituem apenas uma etapa de uma prática restritiva com contornos mais amplos, que os consome.

2479. Com efeito, do referido acervo probatório resulta demonstrado de forma séria, precisa e concordante a existência de uma ação concertada entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas que visou a fixação dos PVP dos produtos da Active Brands, com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, por intermédio do fornecedor, que desempenha um papel de *pivot* na concertação, o que consubstancia uma prática concertada de «*hub and spoke*», nos termos que melhor se qualificarão no capítulo subsequente.

2480. Dessa forma, a fixação, a indicação ou recomendação (que, como se demonstrou, não é apenas uma recomendação) do PVP a praticar no mercado trata-se apenas de um elemento da prática concertada de fixação de PVP em que estão envolvidas todas as visadas, com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o respetivo alinhamento no mercado.

2481. Importa destacar que este não se trata de um caso isolado, porventura motivado pelo facto de envolver um fornecedor com representatividade no(s) respetivo(s) mercado(s).

2482. Com efeito, a AdC já decidiu[1064] e tem pendente, em fase de instrução[1065], diversas investigações com contornos semelhantes, de colusão horizontal, que envolvem empresas de distribuição retalhista de base alimentar (muitas das quais visadas no presente processo) e um fornecedor comum, em mercados relativos a categorias diversificadas de bens de grande consumo.

2483. Trata-se, pois, de um *modus operandi* mantido por empresas de distribuição ao longo de, pelo menos, aproximadamente oito anos que se alastra a uma multiplicidade de categorias de produtos por si vendidos ao consumidor final.

2484. O processo de fixação e alinhamento dos PVP envolve também a monitorização cruzada dos PVP efetivamente praticados, através da qual a Active Brands e as empresas de distribuição visadas conseguem facilmente aferir se, num determinado momento e para um conjunto determinado de produtos, alguma empresa de distribuição está a desviar-se dos PVP concertados.

2485. Importa esclarecer que, embora os elementos de prova juntos aos autos não demonstrem a ocorrência de troca de informação diretamente entre as empresas de distribuição visadas[1066], o que se verifica é que são as empresas de distribuição visadas (as *«spokes»*) a utilizar o seu relacionamento vertical com o fornecedor (o *«hub»*) para, através de sucessivos contactos com este e do envio de mensagens que este veicula entre as empresas de distribuição visadas, promover a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado retalhista.

2486. O fornecedor (Active Brands) 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 para trocar a informação e assegurar a prossecução de um objetivo comum[1067] de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover que todas as empresas de distribuição concorrentes pratiquem determinado PVP.

2487. Em resultado da monitorização, mal seja detetada, pelos «*spokes*», ou pelo *«hub»*, a existência de desvios aos PVP pretendidos, é exercida pressão pelas empresas de

[1064] Vejam-se os processos contraordenacionais com os n.os 2017/01, 2017/03, 2017/04, 2017/05, 2017/07, 2017/08, 2017/11 e 2017/13.

[1065] Veja-se o processo contraordenacional com o n.º 2017/12.

[1066] O que equivaleria a um tradicional cartel.

[1067] Há uma comunhão/convergência de interesses entre o fornecedor (que beneficia da comercialização dos seus produtos a um determinado nível de preços, tendencialmente gerido e controlado por si, negoceia e garante as suas margens, bem como as dos retalhistas e intervém na definição das profundidades promocionais e no posicionamento de produtos) e insígnias (que conscientemente substituem a concorrência entre si pela manutenção do *statu quo*, garantindo simultaneamente as suas margens, com prejuízo para os consumidores, que beneficiariam do funcionamento livre e concorrencial do mercado).

distribuição sob o fornecedor e, sucessivamente, pelo fornecedor sob a(s) empresa(s) de distribuição desviante(s) para que esta(s) proceda(m) à correção imediata do desvio.

2488. Caso tal não venha a suceder, verificam-se retaliações por parte das empresas de distribuição ao fornecedor comum para que este interceda junto da concorrência no sentido de obter a pretendida estabilização de preços, nomeadamente em caso de insucesso na correção de desvios.

2489. Quanto aos comportamentos concretamente adotados pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas no presente processo assentam, sinteticamente:

(i) Na fixação de um determinado posicionamento futuro de PVP para os produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, que é definido pela Active Brands ou concertado conjuntamente entre esse 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 comum, para a promoção de um alinhamento horizontal dos preços e/ou fixação dos mesmos (cf. capítulos III.3.1.3.2 e III.3.1.4III.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 concertado 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. capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão); e

(iv) Na consequente ameaça de aplicação ou efetiva aplicação de retaliações 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.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

2490. Este *status quo* foi voluntariamente criado pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas e foi mantido ao longo de um período temporal bastante alargado, correspondente, pelo menos, a aproximadamente oito anos, conforme detalhado no capítulo IV.1.5 *infra* da presente Decisão.

2491. Assim, embora cada um dos elementos probatórios juntos aos autos possa não refletir, por si só, o conjunto de todas as ações inerente ao procedimento com vista à fixação e ao alinhamento horizontal dos preços, a análise da globalidade do acervo probatório permite demonstrar a conduta descrita nos capítulos precedentes da presente Decisão, na totalidade dos seus elementos.

2492. Neste contexto, cumpre ainda salientar que este tipo de prática concertada é por natureza secreta e muito difícil de detetar; os agentes envolvidos não só recorrem a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo (como o caso do telefone – cf., em particular, os documentos referidos e analisados *supra* ActiveBrands857, ActiveBrands1071, ActiveBrands751, ActiveBrands1017, ActiveBrands1025,

ActiveBrands1026, ActiveBrands739, ActiveBrands870 e MCH1579), como recorrem a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada (cf., *inter alia*, documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands832, ActiveBrands828, MCH1410, ActiveBrands831, ActiveBrands210, ActiveBrands686, ActiveBrands153), para além de, em alguns casos, chegarem mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir (cf. o documento MCH1721, descrito no §1858 *supra*).

2493. Portanto, mesmo a análise da globalidade da prova constante dos autos poderá não revelar na íntegra os verdadeiros e reais contornos da prática em causa.

2494. E o que a globalidade da prova demonstra no presente caso é que, independentemente dos métodos concretamente utilizados e do grau de participação de cada visada, a Active Brands, a MCH, a Pingo Doce e a Auchan, estiveram diretamente envolvidas na prossecução de uma prática concertada de fixação de PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands, com o objetivo comum de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a existência de um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

2495. É o que resulta de um conjunto de situações descritas nos capítulos precedentes, com base em factos constantes dos documentos que integram o acervo probatório do presente processo, sendo especialmente reveladoras da existência de um objetivo comum, partilhado pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas, algumas passagens constantes de *e-mails* referidos e analisados *supra*, tais como:

i. «*A Sonae atualizou hoje os preços de dois artigos. CR&F passou para 12,99€ com o compromisso de atualização PD na próxima quarta-feira (verifiquem e enviem-me o talão sff – basta um).* (…) *É provável que PD altere amanhã a CR&F para 12,99€. Como vou estar fora peço o favor de verificares. Manda-me um sms e envia-me o talão se não te importares (e para os teus colegas para usarem nas lojas Intermarché e Auchan). Envia também para a Drª. Helena Sousa da Sonae com uma mensagem do tipo "na sequência do pedido do meu colega* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *junto envio talão CR&F PD 12,99. De seguida falarei com o Dia para me certificar que o folheto sai a esse preço*» (cf. documentos ActiveBrands1027 e ActiveBrands1024, que consistem em trocas internas de mensagens de correio eletrónico da Active Brands);

ii. «*Verifiquei na loja MCH da Amadora que marcava Porto Velhotes a 4,19. Assim não consigo manter 4,69 PD e Dia. De igual forma que em algumas lojas se verifica Beirão < 9,48 (assim não consigo manter 9,48). Peço-lhe o favor de verificar. (…) O PVP 9.48 vai ser reposicionado para amanhã*» (cf. documento ActiveBrands673, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a MCH);

iii. «*Se possível peço-lhe o favor de verificar o preço de Marquês de Borba Tinto (artigo 289391) na loja PD de Guimarães. A actual recomendação do meu marketing é 5,89€. Só assim conseguirei alterar JMB Guimarães.* (…) *Está como resposta ao Jumbo. Se conseguir alterar e me enviar talão, também alteraremos*» (cf. documento ActiveBrands778, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a Pingo Doce);

iv. «*A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.* [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)? O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.* [Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões. Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica*» (cf. documento ActiveBrands119, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Active Brands);

v. «*Na virtude da actualização de preços no Pingo Doce no passado dia 13/05, no Licor Beirão 70 cl e CR&F, segue em anexo o talão como comprovativo das mesmas alterações e uma vez que este artigos estão temporariamente suspensos na Sonae. Agradeço a reavaliação dos vossos preços*» (cf. documento ActiveBrands183, que consiste numa mensagem de correio eletrónico enviada pela Active Brands à Auchan);

vi. «*Quando o mercado estará com estas condições? 4277058 VT RIB CONDE VIMIOSO TINTO 2008 75CL 2,99€; 4625612 VB TEJO CONDE DE VIMIOSO BRANCO 2010 75CL 2,99€; 4473052 VR TEJO CONDE DE VIMIOSO ROSÉ 2010 75CL 2,99€ (…) Em princípio já na próxima semana…logo que possível envio comprovativo*» (cf. documento ActiveBrands772, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a MCH);

vii. «*Aproveito para informar que verifiquei que o PD não reposicionou na Madeira, e agradeço a sua atenção para essa situação, por favor*» (cf. documento ActiveBrands550, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a MCH);

viii. «*Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente. Já pedi alteração (por telefone) na Sonae para amanhã de Loios Tinto, Velhotes Tawny e Velhotes Ruby…envia-me por favor o talão. No caso do Dia pedi alteração de Loios Tinto (por e-mail)…verifica por favor Ermesinde e se estiver ok envia-me talão* (…) *Altera por favor amanhã e envia-me talão… Jumbo Alfragide : Velhotes Tawny e Velhotes Ruby. Jumbo Alverca : Velhotes Tawny, Velhotes Ruby, CR&F e Loios Tinto*» (cf. documento ActiveBrands936, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a Pingo Doce);

ix. «*Estamos no início de Novembro e a JM já parte o preço ao Carolans, é urgente reposicionar este preço*» (cf. documento ActiveBrands710, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a Auchan);

x. «*Relativamente à sua proposta de aumento de PVP, após análise ao shopping conclui que apenas o Intermarché tem o PVP 6.99€, toda a restante concorrência, PD / FN / Jumbo, comercializam o artigo ao PVP 6.49€, qual a sua estratégia para normalização de PVP no mercado?* (…) *Estamos a produzir recomendação idêntica para PD e (consequentemente) Auchan (PVP >= Constantino)*» (cf. documentos MCH1503 e ActiveBrands113, que consistem numa troca de mensagens entre a Active Brands e a MCH);

xi. «*Na sequência da conversa que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *teve com o Sr. Manuel Ferreira do PD : - Carolans passa para 9,48€ e CR&F passa para 12,48€ na próxima quarta-feira / recomendem estes PVP nas lojas (Jumbo, Pão-de-Açucar, Intermarché…) em especial naquelas que são lidas pelo shopping PD e Sonae…se necessário comprovem com talão*» (cf. documento ActiveBrands780, que consiste numa troca interna de mensagens da Active Brands); e

xii. «*Temos andado a oscilar o PVP do licor beirão entre os 8,19 e os 8,98 em todo o país, durante este período, sendo que 8,98 estamos descompetitivos vs. todas as cadeias – a maior parte dos Jumbos também está a 8,28, pelo que se o [Diretor Off-Trade - Active Brands] não trabalhar com eles, de facto vai ser difícil convencer o Pingo Doce a subir preços…Hoje vamos ter novamente de baixar o preço para os 8,28 em todo o lado, pois todo o mercado se encontra a este preço ou abaixo do mesmo.* (…) *Para além disso, preciso também que me confirme que nos irá compensar pelas compras já feitas e pelas que continuamos a fazer, ao PVP que tivermos que praticar – será sempre em função do mercado e apenas depende do que quiser fazer com o PD*» (cf. documento MCH1523, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Active Brands e a MCH).

2496. O facto de se verificarem, ao longo do período de tempo considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado para reposicionamento em determinada data, não contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum de fixação e alinhamento de preços.

2497. 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, responder a preços praticados por eventuais insígnias desviantes, ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente.

2498. Dos elementos probatórios juntos aos autos resulta, pois, que cada empresa de distribuição visada teve acesso, com particular detalhe, rigor e atualidade, por via do fornecedor comum, à estratégia comercial futura das demais empresas de distribuição concorrentes, o que permite reduzir o risco da pressão concorrencial e a incerteza normalmente associada ao comportamento estratégico de um concorrente.

2499. Tal distingue-se totalmente de uma recolha unilateral de informação relativa a preços e/ou de outras informações disponíveis no domínio público, de acesso e compilação mais fáceis (por exemplo, o *shopping*[1068]).

2500. Pela sua natureza, e por não se configurar suscetível de consubstanciar uma violação das regras de concorrência, a mera recolha deste tipo de informação e a respetiva utilização de

[1068] Como se viu nos capítulos precedentes, no âmbito do presente processo, o *shopping* é frequentemente usado não como um referencial utilizado, de forma independente, para definir a postura concorrencial da empresa que recolheu a respetiva informação, mas como uma ferramenta de monitorização de comportamentos, de deteção de desvios e como comprovativo da respetiva correção.

forma independente pelas empresas de distribuição para efeito de ajustamento da posição concorrencial encontra-se excluída do âmbito da presente Decisão.

2501. De acordo com a investigação desenvolvida todas as visadas estão ativamente envolvidas na prática investigada, em todos os comportamentos identificados, tendo um grau de participação diferente:

(i) A Active Brands iniciou a sua participação nos comportamentos descritos *supra*, pelo menos, em 8 de julho de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017, assumindo uma postura ativa e incontornável na estratégia de nivelamento e alinhamento de PVP entre as empresas de distribuição (cf. capítulo III.3.4.1);

(ii) [Diretor Off-Trade - Active Brands] iniciou a sua participação nos comportamentos descritos *supra*, pelo menos, em 8 de julho de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017 (cf. capítulo III.3.4.2);

(iii) A Auchan iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 8 de julho de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 19 de maio de 2017, com um grau menor de participação face às demais visadas (cf. capítuloIII.3.4.3);

(iv) A MCH iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 8 de julho de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017, com um grau de participação preponderante face às demais visadas, incluindo o fornecedor (cf. capítulo III.3.4.4); e

(v) A Pingo Doce iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 28 de agosto de 2009, tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18 de abril de 2017, com um grau de participação preponderante face às demais empresas visadas, com exceção da MCH e do fornecedor (cf. capítulo III.3.4.5).

IV DO DIREITO

IV.1 Apreciação jurídica e económica dos comportamentos das visadas

2502. Da matéria de facto considerada provada na presente Decisão resulta que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, consciente e voluntariamente, implementaram uma prática concertada de fixação dos PVP dos produtos da Active Brands distribuídos/comercializados no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, com o objetivo comum de garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços nos respetivos mercados nacionais em que estão ativas.

2503. Tais comportamentos, nos termos que passarão a detalhar-se, consubstanciam uma prática restritiva da concorrência, no âmbito do disposto do 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.

2504. 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

2505. 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).

2506. 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 19/2012[1069] – é coincidente nos três diplomas suprarreferidos.

2507. 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 nacional[1070].

2508. 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.

[1069] 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.

[1070] 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

2509. Do ponto de vista substantivo, o artigo 3.º do RGCO, 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*».

2510. Acresce que, nos termos do artigo 5.º do RGCO, «*o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado*».

2511. 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 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.

2512. 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.

2513. No presente caso, como melhor se verá adiante no capítulo IV.1.5, está em causa uma única infração de natureza permanente, que decorreu, de forma ininterrupta, ao longo de, pelo menos, aproximadamente oito anos, entre 8 de julho de 2009 e 29 de maio de 2017.

2514. Deste modo, sem prejuízo de a execução do ato ilícito se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003 (designadamente, de acordo com a prova descrita *supra* no capítulo III.3 da presente Decisão), nos termos da qual já era punível[1071], 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 RGCO *ex vi* artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.

2515. 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 e do Regulamento n.º 330/2010, que, no decurso da elaboração da presente Decisão, foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas[1072].

[1071] Nos termos do artigo 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003.

[1072] JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

IV.1.1.2 Regime processual

2516. 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 Regime Jurídico da Concorrência só se aplica «*aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei*».

2517. 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.1.2 Mercados relevantes

2518. O preenchimento dos tipos de infração previstos na Lei n.º 19/2012 implica, em regra, a definição prévia dos mercados relevantes, com referência aos quais se determina a existência de uma prática restritiva da concorrência.

2519. 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.

2520. Não poderá, contudo, deixar de se referir que a definição 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.

2521. A jurisprudência constante dos tribunais da União Europeia confirma a desnecessidade de se determinar ou apurar (de forma precisa) o mercado relevante quando os acordos ou práticas restritivas da concorrência em causa sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros e tenham como objeto a restrição da concorrência no mercado comum.

2522. 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.°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.°159, e de 11 de dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão, T-61/99, Colet., EU:T:2003:335, n.°27), 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.°, n.°1, 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.°74, e Adriatica di Navigazione/Comissão, já referido, EU:T:2003:335, n.°27; v., também, acórdão de 12 de setembro de 2007, Prym e Prym Consumer/Comissão, T-30/05, EU:T:2007:267, n.°86 e jurisprudência aí referida).

Assim, no quadro do artigo 101.º, n.º 1, 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.º 1, 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.° 150, supra, EU:T:2004:218, n.°132).»[1073] (sublinhados da Autoridade).

2523. No caso em análise, pode concluir-se com base neste postulado que não será necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados relevantes, na medida em que se está, nos termos melhor detalhados *infra,* perante uma restrição da concorrência 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.

2524. Ainda assim, para efeitos de enquadramento da prática restritiva da concorrência em causa, passa-se à descrição dos mercados relevantes, na sequência da factualidade apurada *supra* no capítulo III.2., para o qual, desde já, se remete.

IV.1.2.1 Mercado relevante do produto ou serviço

2525. 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*

[1073] 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.

considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida»[1074].

2526. Para a definição do mercado de produto relevante, a substituição pelo lado da procura, ou seja, a substituibilidade na perspetiva dos compradores, constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um determinado produto.

2527. Já a substituibilidade 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

2528. 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 homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas*»[1075].

2529. Para a definição do mercado geográfico relevante podem, assim, analisar-se diversos fatores, tais como as variações de preços entre áreas geográficas diferentes, as caraterísticas básicas da procura, 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.

IV.1.2.3 Mercados relevantes identificados

2530. No capítulo III.2.3 da presente Decisão foram identificados e caracterizados os mercados (relevantes) no presente processo, tendo subjacentes os critérios acima mencionados para efeitos de determinação dos mercados dos produtos ou serviços e do mercado geográfico.

2531. Neste sentido, com base nessa análise – para a qual se remete – e dada a natureza da prática em causa, consideram-se relevantes os seguintes mercados:

(i) Mercado nacional dos brandies/conhaques para revenda no canal alimentar (cf. §§596 a 598);

(ii) Mercado nacional dos vinhos tranquilos para revenda no canal alimentar (cf. §§599 a 602);

(iii) Mercado nacional dos vinhos espumantes para revenda no canal alimentar (cf. §§603 a 606);

[1074] 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.

[1075] 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) Mercado nacional dos vinhos fortificados para revenda no canal alimentar (cf. §§607 a 609);

(v) Mercado nacional dos whiskies para revenda no canal alimentar (cf. §§610 a 613);

(vi) Mercado nacional dos gins para revenda no canal alimentar (cf. §§614 a 616);

(vii) Mercado nacional das vodcas para revenda no canal alimentar (cf. §§617 a 621);

(viii) Mercado nacional das sidras para revenda no canal alimentar (cf. §§622 a 624);

(ix) Mercado nacional dos licores para revenda no canal alimentar (cf. §§625 a 627);

(x) Mercado nacional das aguardentes para revenda no canal alimentar (cf. §§628 a 630);

(xi) Mercado nacional dos aperitivos para revenda no canal alimentar (cf. §§631 a 633);

(xii) Mercado nacional dos azeites para revenda no canal alimentar (cf. §§634 a 637); e

(xiii) Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar (cf. §§638 a 642).

2532. Nos que respeita ao escoamento dos produtos no retalho, considera-se apenas o mercado retalhista de base alimentar como mercado relevante, excluindo, pelas razões detalhadas no capítulo III.2 da presente Decisão, a distribuição retalhista em que a componente alimentar não seja a dominante, o comércio especializado, as lojas tradicionais e os *cash and carry*.

2533. Quanto à dimensão geográfica dos mercados relevantes identificados, constatou-se que as empresas de distribuição visadas no presente processo são grandes cadeias de retalho com atuação e com estratégias definidas ao nível nacional (por exemplo, de fixação de preços, publicidade, ações promocionais, logística e centralização de compras) e com lojas espalhadas por todo o país – considerando-se, por esse conjunto de razões, no presente processo, o mercado geográfico de uma forma mais ampla, ou seja, correspondendo à totalidade do território nacional (cf. §§643 a 652 da presente Decisão).

2534. Tal como referido *supra*, não é necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados relevantes em processos por práticas restritivas da concorrência relativos a acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja atribuído um objeto restritivo da concorrência.

2535. Estando perante uma restrição à concorrência 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, a definição exata dos mercados relevantes não é indispensável e pode ser deixada em aberto, na medida em que, independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração não se alterariam[1076].

[1076] 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.

2536. No caso concreto, sem prejuízo desta premissa, foi possível apurar os mercados relevantes identificados nos parágrafos anteriores.

IV.1.2.3.1 Pronúncias das visadas

2537. Na sua pronúncia escrita, a Auchan alega que os mercados identificados na Nota de Ilicitude 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 investigada, opondo-se também à qualificação da dimensão geográfica dos mesmos como nacional[1077].

2538. Já a Pingo Doce entende que a AdC «*subsume automaticamente aquelas práticas concertadas à categoria de "restrições por objecto"*»[1078], mas que se impunha, assim, «*uma análise ao nível dos efeitos*»[1079].

IV.1.2.3.2 Apreciação da Autoridade

2539. Apreciadas as pronúncias das visadas, a Autoridade salienta o que se segue.

2540. Conforme referido *supra*, a definição 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[1080], pois independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração (e, em particular, à restrição efetiva ou potencial da concorrência) não se alterariam, pelo que não é necessário examinar os seus efeitos concretos na concorrência.

2541. É o que sucede no presente processo, conforme se detalha no capítulo IV.1.3.3, *infra*.

2542. Em todo o caso e na realidade, como facilmente se demonstra pela leitura da Nota de Ilicitude e da presente Decisão, 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 enquadrar tais condutas e contextualizar a respetiva análise.

2543. De facto, no capítulo II.2 da Nota de Ilicitude e, *mutatis mutandis*, no capítulo III.2 da presente Decisão, a Autoridade identificou e caracterizou todos os mercados em que, ao

---

[1077] Cf. Capítulo III.1.1. da PNI Auchan. Entende a Auchan que, «*por um lado, as características do mercado e da procura levaram sempre a uma definição de mercado local. Por outro lado, os factos neste processo até demonstram que a política comercial da Auchan era descentralizada (feita loja-a-loja) e tinha como objetivo primordial estar desalinhada com os preços praticados pelas lojas locais dos seus concorrentes; ou seja, os factos demonstram precisamente o contrário do que a AdC pretende demonstrar*» (§1284 da PNI Auchan).

[1078] Cf. Capítulo III.A, em particular §346 da PNI Pingo Doce.

[1079] Cf. Capítulo III.A, em particular §336 da PNI Pingo Doce.

[1080] Cf. Capítulo III.3.2 da presente Decisão.

nível grossista da cadeia de distribuição, a Active Brands comercializa os seus produtos e o mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

2544. Apreciada a matéria de facto descrita na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilicitude nesta matéria.

2545. Com efeito, os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Active Brands comercializa os seus produtos são os mercados em que 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.

2546. 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 os movimentos (as subidas) simultâneos de PVP.

2547. Ambos os níveis da cadeia de distribuição relevam pois, ao contrário do que procura sustentar a Auchan, para efeitos da prática investigada.

2548. 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, na medida em que a prática investigada não só concretiza uma «*estratégia nacional*» que engloba as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, como os comportamentos que lhe subjazem e os respetivos efeitos se concretizam no alinhamento de PVP em todo o país.

2549. Não significa isto que os PVP sejam sempre – a todo o momento – os mesmos em todas as regiões do país, mas apenas que a estratégia de alinhamento é comum a todo o território, ainda que com a possibilidade de eventuais variações locais pontuais (que, conforme já se identificou no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão, são reportadas pelas visadas como desvios que prontamente se apressam a corrigir).

2550. Conforme a própria Auchan afirma no §1544 da sua PNI, «*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*».

2551. Há que notar 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, pelo que outra abrangência geográfica não faria qualquer sentido em face da prova apurada.

2552. A Autoridade reitera, portanto, a posição adotada na Nota de Ilicitude a este respeito, não relevando no contexto da presente Decisão eventuais agregações ou segmentações, quer ao nível do mercado do produto ou serviço, quer ao nível do mercado geográfico.

2553. Improcedem pois, nos termos e pelas razões aduzidos, os argumentos da Pingo Doce e da Auchan.

IV.1.3 Tipo objetivo da infração

2554. Da factualidade descrita e considerada provada na presente Decisão resulta demonstrada a prática de 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, como melhor se demonstrará de seguida.

2555. 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;*
>
> (...)».

2556. Este preceito tem a sua fonte no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, do qual resulta que: «[s]*ão incompatíveis com o mercado interno e proibidos* [...] *todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno* [...]».

2557. É pacífico que a jurisprudência nacional e europeia é unânime a considerar que uma fixação (direta ou indireta) dos preços de venda (com caráter vertical e/ou horizontal), pela sua própria natureza e independentemente dos seus efeitos concretos no mercado, configura uma restrição da concorrência por objeto[1081].

2558. 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.

2559. 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

[1081] Cf. detalhado *infra* no capítulo IV.1.3.3.

empresas em causa vão pôr em prática, o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o caráter restritivo pelo objeto destes comportamentos – como se verá em maior detalhe no capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão.

2560. 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, objetivos e subjetivos, para que determinada prática seja abrangida pelo respetivo âmbito de aplicação.

2561. Tais elementos para o preenchimento do tipo objetivo são cumulativos e consistem na verificação de: *(i)* qualificação das pessoas jurídicas relevantes como «*empresas*», *(ii)* existência de um conluio (concurso de vontades ou colusão) entre as mesmas, *(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*».

2562. No caso do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE[1082], é ainda necessário que tal acordo ou prática concertada afete sensivelmente as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

2563. 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*»[1083].

2564. Mais recentemente, o TCRS referiu que:

[1082] Nos termos do n.º 1 do artigo 101.° do TFUE:

«São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

a) *Limitar de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;* (...)».

[1083] 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.

«Apesar de teoricamente os acordos entre empresas serem distintos das práticas concertadas, muitas vezes, na prática, não é fácil proceder à exacta distinção entre as duas realidades, especialmente se estas apresentarem um carácter complexo e duradouro. Porque assim é, a jurisprudência comunitária aceita a possibilidade de qualificar uma prática como um acordo e prática concertada (vide, acórdão do TGUE de 20 de Abril de 1999, NV Limburgse Vinyl Maatschappij (T-305/94 etc.), acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, Anic (C-49/92), acórdão do TGUE de 20 de Março de 2002, HFP (T-9/99))»[1084].

2565. 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 horizontal[1085] e pelas Orientações relativas às restrições verticais[1086], que constituem importantes elementos de interpretação da norma nacional.

2566. 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 requisitos elencados, verificando se o tipo objetivo da infração ali prevista se encontra preenchido no caso concreto.

IV.1.3.1 Qualidade de empresa

2567. A noção de empresa relevante 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.

2568. 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.

2569. 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*

[1084] Cf. sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1085] 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. O documento em causa encontra-se a ser revisto pela Comissão Europeia, tendo a respetiva consulta pública terminado em 26 de abril de 2022.

[1086] Cf. Comunicação da Comissão «*Orientações relativas às restrições verticais*», JO de 30 de junho de 2022, C 248/01.

financiamento», não sendo necessário que o exercício da atividade económica tenha fins lucrativos.

2570. A Lei n.º 19/2012 consagra deste modo, no plano nacional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça quanto ao conceito de empresa[1087].

2571. No caso *sub judice*, tanto a Active Brands (cf. §§546 a 558 *supra*), como a Gestvinus (cf. §§540 a 545 *supra*), a Auchan (cf. §§562 a 571 *supra*), a MCH (cf. §§579 a 582 *supra*) e a Pingo Doce (cf. §§572 a 577 *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).

2572. Refira-se que, mesmo estando em fase de liquidação, a Active Brands mantém a sua personalidade jurídica nos termos do artigo 146.º, n.º 2, e do artigo 160.º, n.º 2, ambos do Código das Sociedades Comerciais, bem como a qualidade de empresa para efeitos de aplicação das normas jusconcorrenciais[1088].

2573. 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 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 unam essa mesma entidade.

2574. 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:

1. de uma participação maioritária no capital;
2. da detenção de mais de metade dos votos atribuído pela detenção de participações sociais;
3. da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; e

[1087] 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.

[1088] Cf. Sentença do 2.º juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, proferida em 2 de maio de 2007 (Vatel, Salexpor, Aveirense e Salmex c. Autoridade, processo n.º 965/06.9TYLSB), p. 80.

4. do poder de gerir os respetivos negócios[1089].

2575. As referidas disposições nacionais refletem o entendimento que resulta da jurisprudência europeia assente, segundo o qual o conceito de empresa deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[1090,1091].

2576. Tal significa, pois, que pessoas coletivas em relação de domínio ou de grupo, mormente relacionadas por ligações societárias, consubstanciadas em participações de capital e/ou partilha de membros de órgãos sociais, poderão constituir uma mesma unidade económica e, nesta aceção, uma única empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência.

2577. A Gestvinus detém 100% do capital da Active Brands desde 1 de novembro de 2013, sendo que as referidas entidades têm atualmente 3 administradores em comum e tiveram administradores comuns em determinados períodos do hiato temporal da infração *sub judice* (cf. capítulos III.1.1 e IV.1.7 da presente Decisão)[1092].

2578. Do exposto resulta que a Gestvinus e a Active Brands constituem uma mesma unidade económica e, como tal, uma única empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência.

2579. Por outro lado, a Active Brands/Gestvinus 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, §§765 e 766 *supra*).

2580. Nesse sentido, nada obsta à sua responsabilização, nos presentes autos, autonomamente, 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, a qualidade de empresa das visadas).

IV.1.3.2 Existência de um conluio

2581. 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 conluio (concurso de vontades ou colusão) que

[1089] 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.

[1090] Cf. acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Colect., p. I-11987, n.° 40.

[1091] Cf. processo C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e o. contra Comissão*.

[1092] Cf. respostas de 19 de agosto de 2020 da Gestvinus e de 19 de junho de 2020 da Active Brands aos pedidos de elementos da AdC. Antes da referida data, a Gestvinus deteve, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2011, 33% do capital da Active Brands e entre dezembro de 2011 e 31 de outubro de 2013, 50% do mesmo.

se concretize num acordo entre empresas, numa prática concertada entre empresas ou numa decisão de associação de empresas.

2582. 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*»[1093].

2583. 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 futuro[1094].

2584. 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*»[1095].

2585. 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.

2586. 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*»[1096].

2587. No mesmo sentido, veja-se o entendimento do TCRS:

> «*Como já assumimos supra, apesar de ser necessário distinguir os verdadeiros acordos de acções unilaterais, certo é que em determinadas circunstâncias, medidas adoptadas ou impostas de maneira aparentemente unilateral pelo fabricante no quadro das relações comerciais continuadas que mantém com os seus distribuidores foram consideradas constitutivas de um "acordo" pela jurisprudência que também acima já fizemos alusão.*

[1093] 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.

[1094] 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.

[1095] 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.

[1096] 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.

Dissecando de forma mais pormenorizada esta jurisprudência, da mesma resulta que importa diferenciar as situações em que uma empresa tenha adoptado uma medida verdadeiramente unilateral, ou seja, sem a participação expressa ou tácita de uma outra empresa, daquelas em que o carácter unilateral é unicamente aparente.

Se as primeiras não são abrangidas pelo conceito de acordo, as segundas já devem ser encaradas como um verdadeiro acordo, para os efeitos que aqui se analisam. Neste segundo caso, incluem-se designadamente práticas que adoptadas aparentemente de um modo unilateral pelo fabricante no quadro das suas relações contratuais com os seus revendedores, recebem, todavia, aquiescência, pelo menos tácita, destes últimos (acórdão Bayer acima já citado)»[1097].

2588. Na verdade, independentemente da apreciação jurídica, pode até tratar-se de um contrato inválido à luz da ordem jurídica em que se insere[1098], bastando que o entendimento alcançado estabeleça o quadro geral dentro do qual as participantes deixarão de atuar com independência.

2589. Podendo mesmo tratar-se de um contrato que as empresas participantes tencionassem ignorar ou incumprir[1099], ou se tenham considerado forçadas a aderir[1100], não sendo necessário que uma empresa participe ativamente dando o seu consentimento expresso ou conhecendo todos os elementos do acordo para se considerar parte do mesmo.

2590. A qualificação e a forma que as empresas participantes atribuam ao acordo é assim irrelevante (abarca até os designados «acordos de cavalheiros»[1101,1102]), não sendo necessário um contrato formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja, de facto, assinado[1103].

[1097] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1098] 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.

[1099] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 1980, *Heintz van Landewyck SARL e outros 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.

[1100] 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.

[1101] Na terminologia anglo-saxónica, «*gentlemen´s agreements*».

[1102] 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.

[1103] Cf. decisão da Comissão Europeia 79/934/CEE de 5 de setembro de 1979, *BP Kemi - DDSF*.

2591. Como salienta o TCRS, «*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*»[1104].

2592. No que concerne 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.

2593. 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*»[1105].

2594. No acórdão *T-Mobile*, o Tribunal de justiça reforçou que:

> «[O]*s 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*»[1106].

2595. 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 empresas" ou "decisões de associações de empresas", é com a preocupação de apreender, nas proibições deste*

[1104] Cf. sentença do TCRS de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (*GPL*), p. 159.

[1105] 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.

[1106] 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.

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*»[1107].

2596. Também os tribunais nacionais já se pronunciaram quanto ao conceito de prática concertada. Desde logo, o TCRS, no denominado caso da *Restauração coletiva,* refere que:

«*A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu caráter 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.*

(⋯) [N]*este 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*»[1108].

2597. 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.

2598. Em conclusão, basta que se verifique a existência de elementos constitutivos de um conluio, colusão ou *concurso de vontades* 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.

2599. No caso *sub judice*, 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.

2600. Nos termos que se detalharão de seguida e que decorrem dos factos elencados no capítulo III.3 *supra*, para o qual se remete, é, pois, manifesta a coordenação de comportamentos

[1107] 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.

[1108] Cf. sentença do TCRS de 19 de julho de 2013, 1.º juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração coletiva*).

das visadas orientada para esse objetivo comum[1109], numa conduta que se qualifica como prática concertada.

2601. Note-se que, caso a realidade dos comportamentos, sustentada na prova disponível (conforme analisada no capítulo III.3–, mas não só, nos subcapítulos III.3.1.3.1, III.3.1.3.2, III.3.1.4 e III.3.1.5), se reconduzisse a uma mera fixação vertical dos preços de revenda no mercado retalhista de base alimentar, essas mesmas condutas, traduzidas em verdadeiros acordos entre fornecedor e empresas de distribuição visadas, seriam em si mesmas suscetíveis de configurar práticas restritivas da concorrência.

2602. Não é essa, todavia, a leitura que efetivamente capta e reflete cabal e adequadamente a (globalidade da) prática consignada no acervo probatório junto ao processo, a qual aponta, de forma inequívoca, para uma dimensão horizontal dessa prática, em acréscimo às componentes puramente verticais, nos termos que se detalharão de seguida.

IV.1.3.2.1 Prática concertada de fixação indireta de preços (dita de «*hub and spoke*»)

2603. No direito da concorrência, a prática de fixação e alinhamento dos PVP entre empresas concorrentes por intermédio do fornecedor tem natureza híbrida (porquanto apresenta caraterísticas 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 (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 contatarem diretamente entre si, utilizando para esse efeito um «*hub*», neste caso, o referido fornecedor comum).

2604. No caso em apreço, é a empresa que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição (o fornecedor – designado como «*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 – designadas como «*spokes*»).

2605. Os elementos de prova juntos aos autos demonstram que tais feixes verticais se concretizam por contactos diretos entre o fornecedor (Active Brands) e cada uma das empresas de distribuição visadas, através dos quais são concertados os PVP que devem ser praticados para um conjunto determinado de produtos, num determinado momento, garantindo igualmente que serão esses os preços que o mercado (i.e. as empresas de distribuição suas concorrentes), se encontra a praticar ou irá praticar em determinada data.

[1109] 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.

2606. Ao longo de todo o capítulo III.3, para o qual se remete, são elencados os elementos de prova ilustrativos das diferentes tipologias e categorias de contactos estabelecidos entre empresas de distribuição visadas e fornecedor com este propósito.

2607. A saber, a definição e comunicação de PVP pela Active Brands às empresas de distribuição visadas (ou a concertação com estas) tendo em vista a utilização de tais PVP como um ponto de referência para o alinhamento horizontal de PVP entre as insígnias (cf. capítulo III.3.1.3.2), a permanente troca de informação entre as visadas para efeitos de controlo e monitorização da implementação dos PVP comunicados e, no caso de deteção de desvios, a correção dos mesmos (cf. capítulo III.3.1.4), e ainda a utilização de formas de pressão, coação ou retaliação com o objetivo de garantir o (re)posicionamento de PVP nos termos concertados - (cf. capítulo III.3.1.5).

2608. 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 visadas, para, desta forma, alcançarem o alinhamento dos PVP no mercado retalhista.

2609. A fixação vertical de preços é, nessa medida, instrumental do alinhamento horizontal dos PVP no mercado da distribuição retalhista de base alimentar.

2610. O alinhamento dos PVP no mercado retalhista é pretendido pelo fornecedor porque beneficia da comercialização dos seus produtos a um determinado nível de preços (posicionamento destes no mercado), gerido e controlado predominantemente por si, ao mesmo tempo que negoceia e garante as suas margens (assim como as dos retalhistas) e intervém na definição do posicionamento, ciclos e profundidades promocionais dos seus produtos (cf., *inter alia*, a análise realizada *supra*, bem como o capítulo III.3.1.3 e o conteúdo dos documentos aí mencionados).

2611. O referido alinhamento dos PVP no mercado retalhista também é pretendido pelas empresas de distribuição visadas, que substituem conscientemente a concorrência entre si pela manutenção concertada do *statu quo*, sem sacrifício de margens, com prejuízo para os consumidores, que beneficiariam do funcionamento livre e concorrencial do mercado (cf., *inter alia*, a análise realizada *supra*, bem como capítulo III.3.1.3 e o conteúdo dos documentos aí mencionados).

2612. Do exposto resulta que, no presente caso, esta prática concertada de «*hub and spoke*» visa um objetivo comum, partilhado pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas: o de garantir ou, pelo menos, promover a existência de um alinhamento de PVP dos produtos da Active Brands no mercado retalhista, permitindo que todas as empresas de distribuição retalhista possam convergir os seus movimentos comerciais estratégicos (designadamente, a fixação dos seus PVP) no mesmo sentido, eliminando o grau de incerteza inerente à livre concorrência.

2613. É, pois, manifesto no caso em apreço, com base na prova produzida, a existência de um conluio (e de uma convergência) de vontades entre visadas (a este respeito e a título

meramente exemplificativo, vejam-se os §§920 920 a 922, 1126 a 1128, 1130 a 1131, 1151 a 1156, 1161 a 1163, 1189 a 1192, 1348 e 1349, 1353 a 1359, 1366 a 1368, 1414 e 1415, 1437, e 1639 a 1647 da presente Decisão).

2614. A propósito desta matéria, justifica-se uma referência aos casos *Treuhand I*[1110], *AC Treuhand II*[1111], *Eturas*[1112] *e VM Remonts*[1113] que apresentam algumas semelhanças com a presente prática.

2615. Os dois primeiros casos versam sobre o papel assumido por 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*»[1114].

2616. No respetivo acórdão, o Tribunal de Justiça estabeleceu os critérios legais que a Comissão terá de provar para demonstrar a participação de uma empresa numa infração deste tipo, nomeadamente: *(i)* a existência de um objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; *(ii)* a intenção dos participantes de contribuir, através do seu próprio comportamento, para esse mesmo objetivo comum; e *(iii)* o conhecimento, pelos participantes, dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum, ou a possibilidade razoável de prever os mesmos, estando dispostos a aceitar o risco[1115].

2617. Assim, e não obstante estar em causa uma empresa («*cartel facilitator*») não ativa 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.

[1110] 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.

[1111] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º C-194/14 P.

[1112] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, *Eturas UAB e outros c. Lietuvos Respublikos konkurrencijos taryba,* processo n-º C-74/14.

[1113] 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.

[1114] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão supra* citado, p. 37.

[1115] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão supra* citado, p. 30.

2618. 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 nas páginas eletrónicas das agências através de aquisição de licenças junto da *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 viagens na sequência do envio de uma mensagem do diretor da UAB Eturas, na qual este 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 existia qualquer cláusula quanto à possibilidade de o administrador alterar os preços dos serviços apresentados pelas agências de viagens que utilizavam o sistema, nos respetivos contratos.

2619. Neste contexto, 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*»[1116].

2620. Já o caso *VM Remonts* surgiu na sequência de um concurso para fornecimento de produtos alimentares a estabelecimentos de ensino, tendo três empresas apresentado as suas propostas. Para o fazer, uma das empresas (*Partikas kompanija*) 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*), a elaborar as propostas das outras duas proponentes e, para o fazer, baseou-se na proposta da mesma. Em concreto, no caso, foram questionados quais os requisitos necessários para se poder responsabilizar a primeira proponente (*Partikas*) por uma prática concertada assente em atos de um prestador de serviços independente.

2621. 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 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 risco*»[1117]. (sublinhado da Autoridade).

[1116] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça *Eturas supra* citado, p. 50.

[1117] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts supra* citado, p. 29.

2622. 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*»[1118].

2623. Recorde-se que, já em 1988, o Tribunal de Justiça, no acórdão *Erauw-Jacquery,* veio reconhecer os efeitos horizontais produzidos por um conjunto de restrições verticais similares. 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 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 comum*»[1119] (sublinhado da Autoridade).

2624. 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 o 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.

2625. Mas não é apenas na jurisprudência da União Europeia que a prática de «*hub and spoke*» encontra ecos.

2626. 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*»[1120].

2627. 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.

2628. 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

[1118]Cf. acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts supra* citado, p. 31.

[1119] 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.

[1120] 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.

2629. Com exceção da *Tesco*, todos os fornecedores e retalhistas admitiram as infrações que lhes foram imputadas, tendo consequentemente 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, ao longo do ano de 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 libras[1121].

2630. Anteriormente, em 2003, o OFT adotou uma decisão condenatória contra uma empresa fornecedora de equipamentos de futebol, a *Umbro Holdings Ltd*[1122], 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*)[1123] por práticas de «*hub and spoke*».

2631. Em síntese, o OFT considerou 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 a *JJB Sports* e a *Allsports* exerciam 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.

2632. 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.

2633. 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*[1124]), 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

[1121] Cf. decisão do OFT de 26 de julho de 2011, processo n.º CE/3094-03 (*Dairy retail price initiatives*).

[1122] À data, a *Umbro* possuía licenças exclusivas para a produção de réplicas de camisolas oficiais da seleção inglesa e do Manchester United.

[1123] Cf. decisão do OFT de 1 de agosto de 2003, processo n.º CP/0871/01 (*Price-fixing of Replica Football Kit*).

[1124] 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*).

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*»[1125].

2634. 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.

2635. Em 2015, a autoridade da concorrência belga adotou uma decisão condenatória (em procedimento de transação) e aplicou coimas a 18 visadas, nomeadamente a empresas retalhistas na área da distribuição e aos respetivos fornecedores, pelo seu envolvimento numa prática colusiva de natureza simultaneamente 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 informação[1126].

2636. Em 2020, a autoridade da concorrência holandesa adotou uma decisão condenatória de quatro dos principais produtores de cigarros, por, entre julho de 2008 e julho de 2011, terem trocado informações através dos seus revendedores sobre os preços futuros dos maços de tabaco. A autoridade concluiu que os produtores ajustavam regularmente os seus preços de venda ao público com base na informação sobre preços futuros dos seus concorrentes que recebiam dos revendedores comuns. Como consequência, existiu uma distorção da concorrência, já que os produtores puderam, desta forma, coordenar as suas estratégias de preços[1127].

2637. 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)[1128], bem como o recente caso em matéria de «*hub and spoke*» no panorama internacional, o acórdão do *Tribunal de Defensa*

[1125] 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.

[1126] 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.

[1127] Cf. decisão da Autoriteit Consument en Markt (ACM) de 27 de maio de 2020, processo n.º ACM/19/035337.

[1128] Trata-se de casos clássicos de «*hub and spoke*» reconhecidos pela jurisprudência norte-americana como violações do *Sherman Act*, o último dos quais com uma configuração factual particularmente semelhante ao presente processo.

de la Libre Competencia do Chile[1129], de 28 de fevereiro de 2019, Sentencia n.º 167/2019, caso *Walmart*.

2638. Os casos anteriormente expostos – sem prejuízo das naturais dissemelhanças dos factos – são representativos de exemplos em que as autoridades de concorrência e 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.

2639. 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.

2640. A caraterização da prática efetuada pela AdC na Nota de Ilicitude e na presente Decisão tem correspondência com um dos cenários de «*hub and spoke*» descritos pela OCDE[1130], no caso em que o fornecedor (Active Brands) se encontra perante aumentos de preços que pretende repercutir nos clientes finais dos seus produtos (os consumidores).

2641. Com efeito, refere a OCDE que «*um segundo cenário ocorre quando um fornecedor se encontra perante aumentos de preços que pretende repercutir, pelo menos parcialmente, nos distribuidores. Se o mercado de distribuição é concorrencial, então os distribuidores poderão não conseguir repercutir esse aumento nos consumidores finais. Para facilitar as discussões entre fornecedor-distribuidor sobre um aumento de preços grossistas, o fornecedor pode tentar uma repercussão do aumento de preços através dos distribuidores até aos consumidores finais, através de preços de venda ao público mais elevados. A maneira mais óbvia de o fazer será prometer e facilitar um aumento geral dos preços de venda ao público, transversal a todos os distribuidores – através da transmissão de informação, garantias, monitorização e incentivos ou*

[1129] Confirmado pelo Supremo Tribunal Chileno que, em 8 de abril de 2020, condenou as empresas *Cencosud, SMU* e *Walmart*, ao pagamento de uma coima de 21 milhões de dólares americanos.

[1130] «*OECD (2019) Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*», DAF/COMP(2019)14, parágrafo 14, disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf, cópia junta aos autos a fl. 4621do processo.

sanções – para se certificar que nenhum distribuidor sofre qualquer desvantagem ao aderir ao novo esquema de preços. (...)»[1131].

2642. 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), tendo reiterado a sua posição quanto à natureza e gravidade deste tipo de restrição da concorrência, e sublinhado, uma vez mais, que a fixação de 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 expendido na sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 11.3.2008, nos seguintes termos: "[A] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, consequentemente, também ao segundo. A fixação do preço 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 horizontal de preços*[1132]*], 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*"»[1133].

[1131] Tradução livre da AdC do parágrafo 24 original da Nota da OCDE: «*A second scenario is a supplier facing cost increases he wants to pass on at least partly to retailers. If the retail market is competitive, then the retailers may not be able to pass this increase on to final consumers. To facilitate supplier-retailer discussions about a wholesale price increase, the supplier could seek to enable a passing on of the price increase by the retailers to end consumers in the form of higher retail prices. The obvious way to do this is to promise and facilitate a general increase of the retail price level across retailers - by providing information, assurance, monitoring and incentives or sanctions- to ensure that no retailer suffers a disadvantage when adhering to the new pricing scheme. (...)*».

[1132] 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.

[1133] Cf. neste sentido, o acórdão do TRL de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1, p. 32 a 35; cf. igualmente, sentença do TCRS de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR (*Lactogal*).

2643. No mesmo sentido e mais recentemente, veja-se o entendimento do TCRS:

> «*Sendo como foi, o objectivo do acordo de estabelecer um limite mínimo dos preços a praticar, estamos perante um acordo que, objectivamente, ataca a concorrência, sendo este um dos exemplos que logo em primeiro lugar são elencados pelo n.º 1 do artigo 9.º do RJC.*
>
> *A fixação, directa e indirecta, dos preços mínimos implica (pelo menos esse era o objectivo) a coarctação da liberdade dos distribuidores em determinar efectivamente os preços a praticar (diminuindo-os, se assim entendessem), abaixo dos patamares estabelecidos, eliminando a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixavam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos.*
>
> *O prejuízo para os consumidores é especialmente grave no caso concreto, tendo em conta os mercados em causa e a preponderância que a* (⋯) *neles ocupa, bem como o facto da prática ter sido implementada por uma rede de distribuidores com cobertura da quase integralidade do território nacional.*
>
> *A restrição daquela liberdade determina, necessariamente, uma distorção no mercado, já que influencia a lei da oferta e da procura (porque é o factor preço que se apresenta como decisivo), eliminando (ou pretendendo eliminar) a incerteza do comportamento das empresas concorrentes.*
>
> *Com efeito, a fixação dos preços deve resultar apenas do livre jogo do mercado, muito embora o mesmo deva respeitar as normas que a esse respeito sejam aplicáveis, as quais se propõem a regular o funcionamento do mercado e não a introduzir-lhe distorções.*
>
> *O acordo entre empresas sob análise integra, por si, uma restrição sensível da concorrência, independentemente dos seus efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador*.»[1134]

2644. Do mesmo modo, importa, neste quadro, fazer igualmente referência à sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glintt* em que, no contexto de um acordo vertical, 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, consequentemente, 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*»[1135].

2645. 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

[1134] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1135] 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.

que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente.

2646. Neste sentido, esclarece o Tribunal de Justiça, no já referido 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*»[1136].

2647. Tal significa que «*se é exato que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contatos 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*»[1137].

2648. 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 mercado[1138].

2649. Como se tem demonstrado, o caso *sub judice* corresponde, precisamente, a uma prática concertada operacionalizada pelo meio de troca de informação estratégica através de um fornecedor comum.

2650. Mais especificamente, de forma a promoverem o alinhamento dos PVP no mercado retalhista, o fornecedor (Active Brands) transmite às empresas de distribuição visadas (Auchan, MCH e Pingo Doce) 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 (cf. capítulo III.3.1.3 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada). A implementação dos PVP é, depois, monitorizada pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas, os desvios

[1136] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, *Suiker Unie c. Comissão supra* citado, p. 173.

[1137] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, *Suiker Unie c. Comissão supra* citado, p. 174.

[1138] 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.

detetados são corrigidos (cf. capítulo III.3.1.4 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada) e, nalguns casos, são empregues meios de coação ou retaliação perante comportamentos divergentes da coordenação estabelecida (cf. capítulo III.3.1.5 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2651. 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 as empresas em causa vão pôr em prática[1139], o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o caráter restritivo – pelo próprio objeto, como se concluirá *infra* – destes comportamentos.

2652. A este respeito, a jurisprudência dos tribunais da União Europeia considera ainda que o conceito de prática concertada restritiva da concorrência implica que possa presumir-se um comportamento no mercado que dê seguimento a essa concertação e um nexo causa/efeito entre esses dois elementos.

2653. A esse respeito, o Tribunal de Justiça observou que:

> «(...) *há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que cabe aos operadores interessados apresentar, que as empresas que participam na concertação e que estão ativas no mercado atendem às informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Assim, por maioria de razão, isto verifica-se igualmente quando a concertação ocorrer regularmente durante um longo período.*
>
> (...) *a presunção de causalidade decorre do artigo 81.º, n.º 1, CE* [atual artigo 101.º, n.º 1 do TFUE]*, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça e que, por conseguinte, é parte integrante do direito comunitário aplicável.*
>
> *Face ao exposto,* (...) *no âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado das empresas que participam nessa concertação, nexo este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE* [atual n.º 1 do artigo 101.º do TFUE]*, o juiz nacional é obrigado, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas fazer, a aplicar a presunção de causalidade enunciada pela*

[1139] 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, parágrafos 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.

jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual as empresas, quando continuam activas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes»[1140].

2654. 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*»[1141]. (Sublinhado da Autoridade)

2655. 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»[1142] (sublinhado da Autoridade).

2656. 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

[1140] Cf. 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, parágrafo 51 a 53; cf. igualmente, 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, §127.

[1141] 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. §58.

[1142] 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 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. Consequentemente, 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. §61.

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»[1143] (sublinhado da Autoridade).

2657. 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, consequentemente, reduzir a incerteza estratégica no mercado.

2658. 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*»[1144].

2659. No caso concreto, a tipologia de informação trocada entre as empresas de distribuição visadas através do fornecedor assume, inequivocamente, caráter estratégico, uma vez que se refere às intenções de cada uma daquelas empresas de distribuição em matéria de determinação de preços futuros (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, e III.3.1.5 *supra*).

2660. Além da aferição do valor estratégico da informação trocada entre concorrentes, poderá ainda considerar-se a natureza da informação trocada na infração em causa, i.e., se se trata

[1143] 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, §67.

[1144] 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, §86.

de informação agregada ou individualizada[1145], histórica ou atual[1146], pública[1147] e se foi trocada em privado ou em público[1148].

2661. 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.

2662. Acresce ainda, a importância da frequência da troca de informação, com o objetivo de descortinar se esta representa um ato isolado, ocasional ou, pelo contrário, como no presente caso (cf. §§907, 1189 a 1194, 1374 a 1376, 1421 a 1427, 1654 e 1656 *supra*), uma prática duradoura. Esclarece, a este respeito, a Comissão que «[o]*s intercâmbios de*

[1145] «[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.

[1146] «*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.

[1147] «*Normalmente, é pouco provável que os intercâmbios de informações verdadeiramente públicas constituam uma infração ao artigo 101º. 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.

[1148] «*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.

informações frequentes, que facilitam um melhor entendimento comum sobre o mercado e o controlo dos desvios, aumentam os riscos de adoção de um comportamento colusivo»[1149].

2663. Com efeito, no presente caso, a informação trocada através do fornecedor é frequente e permite que os concorrentes cheguem a um entendimento comum sobre os preços a praticar, realizando alterações de preços (i.e. subidas) sem correrem qualquer risco, como o risco de perda de vendas em virtude de determinada subida. Tal entendimento comum tem, como resultado, a remoção do risco e da incerteza associados à estratégia comercial e ao comportamento prosseguido pelos concorrentes no mercado.

2664. Por fim, importa compreender a cobertura do mercado das empresas envolvidas na troca de informações objeto da infração. Esclarece a Comissão que:

«*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*»[1150].

2665. No caso *sub judice*, os elementos de prova analisados e pormenorizadamente descritos no capítulo III.3 da presente Decisão revelam de forma séria, precisa e concordante a existência de uma prática concertada entre as empresas envolvidas no sentido de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista, sendo a troca de informação apenas uma etapa desse procedimento complexo, que tem como consequência a redução de incerteza estratégica no mercado.

2666. Nesse sentido, tal conduta distingue-se, necessariamente, da mera recolha (e eventual utilização interna), 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*[1151]).

[1149] 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, §91.

[1150] 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, §87.

[1151] 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.

2667. Com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado, cada uma das empresas de distribuição visadas tinha acesso, através do fornecedor, numa base regular, praticamente quotidiana, 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, a sua intenção de alinhar ou não o seu comportamento (cf. §§1940 (iii), (iv) e (v), 2131 (ii) e (iii), 2288 (ii) e (iii) e 2378 (ii) e (iii) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada). Importa recordar que esta informação por ser intrinsecamente estratégica, não é tipicamente partilhada entre empresas concorrentes, mesmo que indiretamente.

2668. Para o efeito, 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 da calendarização pretendida para o reposicionamento (cf. §§1940 (ii), 2131 (i) e (iv) , 2288 (i) e (iv)e 2378 (i) e (iv)da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2669. 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).

2670. Em determinados momentos ao longo do período de tempo considerado, em caso de ocorrência de desvios aos PVP que se encontravam alinhados no mercado, o fornecedor comum (a Active Brands) agia de imediato junto da 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 concertados para reposicionamento em determinada data (cf. capítulo III.3.1.4 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2671. E caso esse reposicionamento não fosse alcançado, verificavam-se retaliações por parte das empresas de distribuição visadas concorrentes da desviante (cf. capítulo III.3.1.5 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2672. 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 para reposicionamento em determinada data, não significa que esta prática concertada entre as empresas visadas não tenha existido. 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.

2673. 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 e em regra, o seu comportamento em função do plano de ação comum, reposicionando os PVP de acordo com o previamente concertado com a Active Brands e, indiretamente, com as insígnias concorrentes (cf. §§2131(iv), 2288 2288 (iv) e 23652365 (iv) da presente Decisão

e toda a documentação aí referenciada), com o intuito de contribuir para o objetivo comum de alinhamento do mercado (cf. §§2494 2494 e 2495 2495 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2674. Considera-se, portanto, verificado 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, relativo à existência de uma colusão (concurso ou convergência) de vontades entre as empresas visadas.

IV.1.3.2.2 Pronúncias das visadas

2675. 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 LdC[1152].

2676. Em primeiro lugar, as visadas afirmam que não há prova da existência de um acordo expresso entre as insígnias no sentido do alinhamento de PVP[1153].

2677. Em segundo lugar, as visadas alegam que também não há prova da existência de uma prática concertada[1154].

2678. A Active Brands alega «*que não se encontra nos autos (i) prova direta de que as insígnias comunicavam as suas intenções de preços futuros, ou outras condições comerciais de caráter comercialmente sensível, à AB; (ii) prova direta de que as insígnias, quando comunicavam esta informação à AB, o faziam com a específica intenção de que a mesma fosse transmitida a um concorrente, ou prevendo que isso pudesse vir a ocorrer; (iii) prova direta de que a AB transmitia esta informação a concorrentes das insígnias em causa; (iv) prova direta de que os destinatários da informação sabiam por que, e em que circunstâncias, é que a AB havia obtido a informação, e (v) prova direta de que os destinatários a usavam para definir a sua atuação comercial no mercado*»[1155].

2679. Entende a Active Brands que «*não existem* (...) *elementos de facto que permitam suportar a alegada prática de hub and spoke, não havendo relação de causa/efeito direta e necessária entre os factos articulados pela Autoridade* (...)»[1156].

2680. E que «[a] *AdC não prova, na NI, que a Active Brands recebia, de forma regular, e ao longo dos anos da suposta infração, informação comercialmente sensível das cadeias de supermercado visadas pela investigação*»[1157].

[1152] Cf. Capítulo VI da PNI Active Brands, capítulo III da PNI MCH, capítulo III da PNI Pingo Doce e capítulo III.2.2 da PNI Auchan.

[1153] Cf. Capítulo III.2.2 da PNI Auchan e páginas 80 e ss. da PNI Pingo Doce.

[1154] Cf. capítulo III.2.2.1 da PNI Auchan e §202 da PNI Pingo Doce.

[1155] Cf. §134 da PNI Active Brands.

[1156] Cf. §121 da PNI Active Brands

[1157] Cf. §480 da PNI Active Brands.

2681. A Auchan alega que, «*mesmo considerando o desenho ambíguo de infração proposto pela AdC, que se distancia da construção da matéria de facto apresentada, não se encontrariam preenchidos os elementos do tipo objetivo relativamente à Auchan*»[1158].

2682. Assim, a Auchan recorre à doutrina e à jurisprudência europeias[1159], que defende ser rara no que respeita aos casos de «*hub and spoke*», não havendo ainda uma prática consolidada e com contornos claros sindicada pelos tribunais e que ofereça segurança jurídica, nem a que existe se assemelha ao caso concreto, para sustentar que a Autoridade teria de condicionar o preenchimento do tipo objetivo à verificação dos seguintes critérios, que entende não constarem do caso *sub judice*[1160]:

i) Prova que demonstre a existência de um plano estratégico comum, definido com base num conjunto de comunicações para alcançar o entendimento mútuo;

ii) Prova que demonstre o tipo de participação e a existência de comunicação prévia e antecipada do acordo de cada insígnia relativamente ao plano estratégico comum («*a conscious commitment to a common scheme*»); e

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*»).

2683. Mais defende que, mesmo que se verificasse um eventual paralelismo de preços, sempre estaria justificado pela transparência que caracteriza o mercado nacional de retalho alimentar[1161].

2684. Sustenta ainda que o facto de cada operador determinar de forma autónoma a sua política comercial não preclude a possibilidade de adaptação inteligente ou paralelismo inteligente de preços de um concorrente face aos demais.

2685. A este propósito, a Auchan apresenta uma resenha da jurisprudência europeia sobre o conceito de prática concertada (referindo os casos *Dyestuffs*[1162], *Sugar*[1163], *Pioneer*[1164],

[1158] Cf. §1377 da PNI Auchan.

[1159] Cf. capítulo III.2.2 da PNI Auchan.

[1160] Cf. caso Toys "R" Us (Toys "R" Us (TRU), 126 F.T.C. 415, 25. de setembro de 1997), caso Hasbro (CA/98/8/2003 Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd & Littlewoods Ltd, 2004, 4UKCLR17, parágrafo 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*.

[1161] Cf. capítulo III.2.2. da PNI Auchan.

[1162] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão,* processo n.° 48/69.

[1163] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de dezembro de 1975, *Suiker Unie c. Comissão,* processo n.º 40/73.

[1164] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 1983, *Musique Diffusion Française c. Comissão,* processo n.° 100/80.

Polypropilene[1165] e *Wood pulp*[1166]) 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 *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 mercado[1167].

2686. 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 Active Brands e os distribuidores concorrentes.

2687. 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.

2688. 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*»[1168].

2689. 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*»[1169].

2690. De forma a justificar estas alegadas insuficiências, a Pingo Doce cita diversa jurisprudência e doutrina que, na sua ótica, corroboram que a AdC não demonstrou – e estava obrigada a demonstrar[1170]:

[1165] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de julho de 1999, *Hercules Chemicals NV c. Comissão,* processo n.° C-51/92 P.

[1166] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de março de 1993, *Ahistrôm Osakeyhtiô e outros c. Comissão,* processo n.º C-89/85.

[1167] Cf. capítulo III.2.2 da PNI Auchan.

[1168] Cf. §430 da PNI Pingo Doce.

[1169] Cf. §434 da PNI Pingo Doce.

[1170] Cf. páginas 90 e ss. da PNI Pingo Doce.

i) Relativamente a um determinado período temporal, em relação ao mesmo produto/mercado relevante e envolvendo as mesmas empresas retalhistas, que ocorreu uma colusão por intermédio do seu fornecedor comum;

ii) Que o alinhamento entre as empresas de distribuição visadas resulta da partilha de informação não pública, ou de informação sensível, que não decorra da normal relação comercial entre distribuidor e fornecedor[1171];

iii) Que essa informação sensível foi transmitida aos concorrentes do distribuidor que a partilhou;

iv) Que o retalhista transmitente tinha intenção e plena consciência de que essa informação ia ser transmitida aos seus concorrentes (o que dependeria da circunstância de o fornecedor ter informado a Pingo Doce de que teria utilizado as informações deste recebidas para interagir com os seus concorrentes);

v) Que esse retalhista concorrente efetivamente utiliza essa informação sensível na definição da sua atuação no mercado;

vi) Que a alegada cooperação da Pingo Doce com os seus concorrentes por intermédio do fornecedor tenha diminuído, ou fosse capaz de diminuir, a incerteza que existiria nos mercados em causa;

vii) Qual a contribuição do fornecedor para a estabilidade da alegada prática restritiva e quais os incentivos dos retalhistas para se socorrerem do fornecedor como «*hub*»; e

viii) Que existia qualquer tipo de reciprocidade na alegada troca de informações entre a Pingo Doce e as restantes visadas, ou que existia qualquer tipo de colusão[1172].

2691. Neste contexto, a Pingo Doce alega que, perante a inexistência de precedentes em Portugal, na Comissão Europeia ou nos tribunais da União e perante a lacuna existente na LdC, a AdC tem de 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 nacional[1173].

2692. Em síntese, para esta visada, 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

[1171] Uma vez que, entende a Pingo Doce, a troca de informações comercialmente sensíveis entre empresas que operam em níveis diferentes da cadeia de produção/distribuição é aceite como fazendo parte da vida comercial habitual daquelas.

[1172] Uma vez que, entende a Pingo Doce, *(i)* a transmissão da informação comercialmente sensível entre os retalhistas (por via do fornecedor); e *(ii)* a respetiva consciência da sua finalidade anticoncorrencial por parte dos retalhistas, têm de ser bidirecionais.

[1173] Cf. capítulo III.B. da PNI Pingo Doce

informação com C, que sabe as circunstâncias em que o A partilhou com B; e *(iii)* C usa essa informação para determinar os seus PVP[1174].

2693. Para além disso, a Pingo Doce afirma que não há qualquer evidência de fixação de preços pelo fornecedor e que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPR[1175].

2694. Finalmente, entende a Pingo Doce que a AdC deve ter em consideração o princípio in dubio pro reo, uma vez que «*a aplicação deste princípio transversal impõe-se com uma maior acuidade, posto que os indícios apresentados pela AdC são fragmentários e dispersos. O convencimento pela AdC (e pelo tribunal em sede de recurso, no caso de a AdC erradamente decidir adotar uma decisão condenatória) de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível, o que não é o caso*»[1176].

2695. A MCH faz 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*»[1177]:

i) Nos casos *Argos e Littlewoods vs. OFT* e *JJB Sports* vs. *OFT*[1178], o CAT exigiu a aferição e prova do conhecimento e da real/efetiva intenção de todas as partes 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*[1179], 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*[1180], foi revelada a intenção das partes e o conhecimento efetivo do plano comum mediante prova testemunhal;

iv) No caso inglês *Replica Football Kids*[1181], existiu efetivamente uma reunião entre concorrentes;

[1174] *Idem*.

[1175] *Idem.*

[1176] Cf. §§496 a 498 da PNI Pingo Doce.

[1177] Cf. §736 da PNI MCH.

[1178] 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.*

[1179] *Toys R Us, Inc.* v. *Federal Trade Commission,* 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

[1180] Não indica nota bibliográfica.

[1181] CA98/06/2003, 1 de agosto de 2003 [2004] CAT 24.

v) No caso inglês *British territorial cheeses*[1182], o teor dos *e-mails* 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.

2696. 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*»[1183].

IV.1.3.2.3 Apreciação da Autoridade

2697. Apreciadas as defesas das visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2698. 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.

2699. Sucede que esse acordo não se revela necessário, como acima referido, para que se esteja perante um concurso, entendimento ou coordenação de vontades suscetível de configurar uma restrição da concorrência.

2700. Como analisado anteriormente, a noção de concurso, convergência de vontades (conluio ou colusão) no âmbito do direito da concorrência 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 a mesma.

2701. 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.

2702. Considera-se, assim, que existe concurso de vontades (conluio) 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.

2703. No caso concreto, tal como referido na Nota de Ilicitude 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 visadas, a verdade é que a prova demonstra que estas 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

[1182] CA98/03/2011, 26 de julho de 2011 (Case CE/3094-03).

[1183] Cf. §624 da PNI MCH.

demais condições comerciais aplicáveis à venda dos produtos da Active Brands (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2704. 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 Active Brands, 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).

2705. 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 pretendida pela comercialização de produtos Active Brands e a inexistência de preços PVP inferiores no mercado (cf. §§721 a 724 *supra*[1184]).

2706. Em concreto, a prova junta aos autos revela:

(i) *E-mails* que atestam a manifestação da anuência por parte das insígnias em praticar os (re)posicionamentos de PVP indicados pelo fornecedor, indicando a respetiva calendarização para os movimentos de preço (cf. documentos ActiveBrands224, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands641, ActiveBrands880, ActiveBrands673, ActiveBrands780, ActiveBrands799, ActiveBrands113, ActiveBrands814, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands193, ActiveBrands819, ActiveBrands1098, ActiveBrands684, ActiveBrands812, ActiveBrands179, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands182, ActiveBrands723, ActiveBrands806, ActiveBrands733, ActiveBrands195, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands151, ActiveBrands1016, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands772, ActiveBrands201, ActiveBrands663, ActiveBrands703, ActiveBrands572 e ActiveBrands271);

(ii) *E-mails* que atestam que as insígnias comunicavam as suas intenções de preços futuros ao fornecedor (cf. documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1025, ActiveBrands880, ActiveBrands793, ActiveBrands780, ActiveBrands1093, ActiveBrands843, ActiveBrands231, ActiveBrands835, ActiveBrands820, ActiveBrands193, ActiveBrands1098, ActiveBrands179, ActiveBrands108, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands857, ActiveBrands1485, ActiveBrands195, ActiveBrands189, ActiveBrands191, ActiveBrands1092, ActiveBrands894, ActiveBrands248, ActiveBrands187, ActiveBrands247, ActiveBrands1505, ActiveBrands95, ActiveBrands910, ActiveBrands92, ActiveBrands895, ActiveBrands1514, ActiveBrands312, ActiveBrands919, ActiveBrands410, ActiveBrands653, ActiveBrands1297, ActiveBrands272, ActiveBrands271, MCH2730, ActiveBrands1617 e ActiveBrands58);

(iii) *E-mails* que atestam que esses (re)posicionamentos de PVP eram condicionados à garantia, obtida por via do fornecedor, de (re)posicionamentos equivalentes por parte das empresas de distribuição concorrentes (cf. documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028,

[1184] Sem prejuízo, cf. também §§970, 1001, 1061, 1209 a 1211.

ActiveBrands873, ActiveBrands874, ActiveBrands886, ActiveBrands754, ActiveBrands832, ActiveBrands710, ActiveBrands634, ActiveBrands153, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands835, ActiveBrands210, ActiveBrands102, MCH1410, ActiveBrands1114, ActiveBrands821, ActiveBrands181, ActiveBrands110, ActiveBrands107, ActiveBrands748, ActiveBrands105, ActiveBrands104, ActiveBrands686, MCH1471, ActiveBrands126, ActiveBrands220, ActiveBrands857, ActiveBrands904, ActiveBrands666, ActiveBrands992, ActiveBrands109, ActiveBrands910, ActiveBrands206, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands916, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands550, ActiveBrands576 e ActiveBrands1055); e, finalmente,

(iv) *E-mails* que atestam o efetivo alinhamento do mercado, em consonância com os PVP *target* constantes das comunicações trocadas (cf. documentos ActiveBrands641, ActiveBrands673, ActiveBrands799, MCH1503, ActiveBrands814, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands819, ActiveBrands812, ActiveBrands179, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands723, ActiveBrands806, ActiveBrands733, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands151, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands201, ActiveBrands703 e ActiveBrands271).

2707. Improcede, portanto, a alegação de que qualquer paralelismo de preços verificado resulta única e exclusivamente da transparência que caracteriza o mercado. Pelo contrário, o mesmo decorre do conjunto de condutas exaustivamente descritas e documentadas no capítulo III.3.1.3 da presente Decisão.

2708. Independentemente de o alinhamento de PVP verificado poder, em tese e noutras circunstâncias, em especial na ausência da abundante prova de contactos diretos e indiretos 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 o mesmo não deixa de resultar, de facto, dos comportamentos coordenados verificados, analisados e exaustivamente demonstrados.

2709. Fica, portanto, refutada a alegada inexistência de «*(i) prova direta de que as insígnias comunicavam as suas intenções de preços futuros, ou outras condições comerciais de caráter comercialmente sensível, à AB; (ii) prova direta de que as insígnias, quando comunicavam esta informação à AB, o faziam com a específica intenção de que a mesma fosse transmitida a um concorrente, ou prevendo que isso pudesse vir a ocorrer; (iii) prova direta de que a AB transmitia esta informação a concorrentes das insígnias em causa; (iv) prova direta de que os destinatários da informação sabiam por que, e em que circunstâncias, é que a AB havia obtido a informação, e (v) prova direta de que os destinatários a usavam para definir a sua atuação comercial no mercado*»[1185], conforme alegado pela Active Brands, resultando esta prova das comunicações acima referidas (cf. §2706 da presente Decisão).

[1185] Cf. §134 da PNI Active Brands.

2710. Com efeito, o alegado pela Active Brands nos pontos (ii), (iii) e (iv) do parágrafo anterior é justamente evidenciado pelas atuações descritas *supra* no §2706, i.e., a atuação de reposicionamento condicionado à garantia, obtida por via do fornecedor, de (re)posicionamentos equivalentes por parte das empresas de distribuição concorrentes, bem como a existência de extensa prova do alinhamento do mercado em vários momentos temporais. Ambos os casos são evidência clara do conhecimento pelas visadas da «*específica intenção*» da transmissão da informação sensível entre concorrentes (ou da legítima expectativa de que tal acontecesse), bem como da finalidade para que tal informação era transmitida – *«que os destinatários a usavam para definir a sua atuação comercial no mercado»*[1186].

2711. Veja-se o caso do documento ActiveBrands1092 (*supra* descrito nos §§920 a 922), quando a Active Brands, em comunicação com a Pingo Doce, faz uma clara referência a posicionamentos presentes e futuros («*venho por este meio solicitar que se mantenham os timings previstos para as acções promocionais (…) de acordo com o estabelecido no início deste ano.*»), com o colaborador da Active Brands a justificar este «*pedido*», de acordo com o «*estabelecido*», alegando que seria «*erro de casting*» vir «*a colocar em causa todo o trabalho de reposicionamento da Marca Velhotes*» ao «*realizar promoções que nos levariam a PVP's inferiores aos Recomendados e mesmo, inferiores aos do ano passado», não deixando de referir, por um lado, que o reposicionamento teria sido cumprido com a «preciosa ajuda» da Pingo Doce, e apontando os riscos da prática de preços inferiores aos recomendados – «numa espiral de resposta e promoção de preço que colocaria em causa o Verão*».

2712. Ora, fica amplamente demonstrado pela linguagem utilizada que as insígnias tinham conhecimento – e pretendiam-na – da finalidade para que a informação relativa a posicionamentos de preços atuais e futuros era comunicada à Active Brands, expressando esta visada preocupação sobre as implicações que resultariam da existência de desvios ao concertado relativamente a esses posicionamentos. A prova direta desse conhecimento não é, de todo, essencial para demonstrar a existência do mesmo, porquanto ele resulta demonstrado pelo extenso acervo probatório descrito ao longo da presente Decisão.

2713. No mais, remete-se para o já referido acima em IIII.3.1.2 quanto à utilização de prova indiciária ou indireta.

2714. Com efeito, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC e tais regras permitem à AdC ter em conta meros indícios ou prova circunstancial, bem como prova indireta, dada a natureza específica das práticas anticoncorrenciais[1187].

[1186] Cf. §134 da PNI Active Brands.

[1187] 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

2715. Pelo que 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.

2716. Daqui não resultando, ao contrário do que afirma a Active Brands[1188], a existência de uma qualquer «*probatio diabolica*» para as visadas, ou a necessidade de produção de qualquer prova direta do acima referido.

2717. No que se refere às empresas de distribuição participantes, não só ficou provado que estas têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelas suas concorrentes (cf. capítulos III.3.1.3.1 e III.3.1.3.2 da presente Decisão), como ficou provado que estas contribuem, mediante o seu próprio comportamento e com essa mesma intenção, para o objetivo comum (cf., entre outros, §1128 da presente Decisão).

2718. Designadamente, ficou provado que as empresas de distribuição:

i) Definem o seu posicionamento de PVP de acordo com o posicionamento *target* previamente concertado (cf. capítulos III.3.1.3.1 e III.3.1.3.1.2 III.3.4 da presente Decisão);

ii) Em determinadas situações, optam por manter-se alinhadas com o posicionamento *target*, mesmo que isso contrarie os seus interesses próprios, de forma a evitar reações adversas do mercado e contribuir para o rápido alinhamento (cf. capítulos III.3.1.3.2 e III.3.1.3.2.2 da presente Decisão);

iii) Condicionam a sua anuência ou adesão aos PVP *target* à garantia de alinhamento pelas insígnias concorrentes, discutindo o posicionamento com a Active Brands, informando a sobre as suas intenções futuras e solicitando informação sobre as intenções futuras das suas concorrentes em matéria de definição de PVP (cf. capítulos III.3.1.3 e III.3.1.3.2 e III.3.4 da presente Decisão);

iv) Recorrem a ferramentas de controlo e monitorização do mercado para verificar o cumprimento dos PVP *target* e o alinhamento entre insígnias, reportando à Active Brands os desvios identificados, solicitando expressamente que esta explique o desvio ou interceda, garantindo o alinhamento do mercado (cf. capítulos III.3.1.4 e III.3.4 da presente Decisão);

v) Pressionam a Active Brands para que esta atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão desviados do posicionamento *target* (cf. capítulos III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.4 da presente Decisão);

vi) Corrigem o seu posicionamento de PVP quando tal lhes é solicitado pela e quando se comprova a correção de desvios (cf. III.3.1.5 e III.3.4 da presente Decisão);

Justiça 452, 81, p. 90, no qual pode ler-se: *«um juízo de acertamento 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».*

[1188] Cf. §132 e ss. da PNI Active Brands.

vii) Solicitam à Active Brands condições financeiras para reposicionar o PVP de acordo com o *target* e para recuperar margem negocial perdida em situações de desvio (cf. capítulos III.3.1.5 e III.3.4 presente Decisão);

viii) Recorrem a ações de pressão, coação e retaliação com o intuito de garantir o alinhamento de PVP no mercado e/ou de penalizar o incumprimento (cf. capítulos III.3.1.5 e III.3.4 presente Decisão).

2719. O facto de as empresas de distribuição visadas concorrerem para a prossecução do objetivo comum de forma livre, espontânea e esclarecida resulta muito evidente, a título ilustrativo (recuperando comunicações acima já detalhadamente analisadas), dos seguintes elementos de prova:

i) Documento ActiveBrands807 (*supra* descrito nos §§1296 a 1300), em que a Auchan refere à Active Brands que «[t]*e*[m] *todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço.* (…) ***Há 4 dias que estou descompetitivo, espero que esta situação não se mantenha por muito mais tempo***, *ou serei obrigado a responder*» (destaques da Autoridade)[1189];

ii) Documento ActiveBrands123 (*supra* descrito nos §§1158 a 1160), em que a Active Brands refere internamente que «*para que o PD altere de dia 16 (terça-feira) para dia 17 (quarta-feira) o preço do Loios (tinto e branco) peço o favor de me trazerem no dia 15 (segunda-feira) talões do Continente do Colombo e do Jumbo de Alfragide com Loios (tinto e branco) a 2,98€*»[1190]*;*

iii) Documento ActiveBrands831 (*supra* descrito nos §§2324 a 2325), em que uma colaboradora da MCH questiona a Active Brands sobre «[q]*uando podemos ter o PVP recomendado de 4,69 euros? Ainda esta semana? Necessito de uma reposta rápida.*»; e

iv) Documentos MCH1503 e ActiveBrands113 (*supra* descritos nos §§1130 a 1134), em que a MCH questiona a Active Brands «*relativamente à sua proposta de aumento de PVP, após análise ao shopping conclui que apenas o Intermarché tem o PVP 6.99€, toda a restante concorrência, PD / FN / Jumbo, comercializam o artigo ao PVP 6.49€, qual a sua estratégia para normalização de PVP no mercado? (…) Estamos a produzir recomendação idêntica para PD e (consequentemente) Auchan (PVP >= Constantino)*» .

2720. A participação ativa da Active Brands na cooperação prática (colusão ou conluio) entre as empresas de distribuição visadas é, igualmente, evidenciada pelas mensagens que acabam de transcrever-se.

2721. Com efeito, ficou provado que o fornecedor comum:

i) Solicita expressamente às insígnias que *reposicionem ou verifiquem* os PVP de acordo com a «*recomendação*» transmitida, afastando-se, de forma evidente, de uma mera recomendação de PVP (cf. §2029 da presente Decisão);

ii) Transmite às insígnias que os PVP comunicados são os PVP a adotar no mercado retalhista de forma transversal e alinhada, fazendo referência à concertação na

[1189] Cf. §1224 da presente decisão.

[1190] Cf. §1158 da presente Decisão.

generalidade do mercado, fornecendo informação expressa quanto aos PVP concretos que serão implementados no futuro por insígnias concorrentes (cf. §§1979 a 1990 da presente Decisão);

iii) Coordena os movimentos de PVP conjuntos e simultâneos no mercado (cf. §§1249 a 1256 da presente Decisão);

iv) Fundamenta (expressamente) a sua atuação na prossecução de um interesse comum a todos os operadores comerciais envolvidos, que identifica como o alinhamento de PVP no mercado e evitar que se criem «*bola[s] de neve*» (cf. documento ActiveBrands119) (cf. §§1153 a 1157 da presente Decisão);

v) Recorre a ferramentas de controlo e monitorização do mercado para verificar o cumprimento dos PVP previamente concertados e o alinhamento entre insígnias (cf. §1994 da presente Decisão);

vi) Atua, por sua própria iniciativa e sob pressão exercida por insígnias queixosas, junto de insígnias que se encontram desviadas dos PVP previamente concertados, solicitando a correção do desvio (cf. §§1587 a 1597 da presente Decisão);

vii) Reporta às insígnias queixosas o resultado das suas diligências junto de insígnias desviantes (cf. §§2020 a 2023 da presente Decisão);

viii) Utiliza as referidas ferramentas de controlo e monitorização para comprovar perante as insígnias o alinhamento ou a correção de PVP (cf. §§2035 a 20371542 da presente Decisão); e

ix) Era pressionado pelas empresas de distribuição 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. §1732 a 17371940 da presente Decisão).

2722. Ou seja, a matéria de facto provada dá suporte à conclusão de que a Active Brands atua como parte interessada e como intermediário («*hub*»), proporcionando a existência e a manutenção de uma relação multilateral entre as empresas de distribuição visadas, no âmbito da qual se estabelece a comunicação (indireta) entre elas, nomeadamente sobre os *price targets* e a intenção futura de cada insígnia no sentido de adotar, ou não, o posicionamento de PVP e o calendário para a implementação, cabendo à Active Brands disseminar essa informação estratégica, dando sequência às interpelações de cada insígnia junto das respetivas concorrentes em matéria de desvios face ao *target* e respetiva correção.

2723. Conforme refere a OCDE, «*assim, as agências precisam de recorrer a prova circunstancial para inferir o entendimento horizontal e as ligações entre os spokes. Adicionalmente ao paralelismo de comportamentos, são relevantes evidências de trocas verticais de informação que não servem qualquer propósito comercial legítimo, acordos condicionados ao comportamento de outro concorrente, mudanças abruptas no comportamento da indústria e ações contrárias aos*

interesses comerciais individuais, que só fazem sentido no âmbito de uma ação concertada abrangente»[1191].

2724. A este respeito, recordem-se os documentos ActiveBrands688 (cf. §§1353 a 1357), ActiveBrands665 (cf. §§1136 a 1138) ou ActiveBrands814 (cf. §1363), cujo teor evidencia a existência e a manutenção de uma relação multilateral, também designada de um triângulo comunicacional (da insígnia A para a insígnia B, através do fornecedor).

2725. Assim, a alegação da Active Brands de que a Autoridade não fez prova de uma troca de informações comerciais sensíveis do tipo A-B-C entre retalhistas com o objetivo de alinhar os PVP dos produtos da Active Brands no mercado de distribuição retalhista de base alimentar não pode vingar.

2726. Pelo contrário, mesmo recorrendo aos critérios que as visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) referem como indispensáveis à ocorrência de uma prática concertada de «*hub and spoke*» (assentes na interpretação que fazem da jurisprudência do Reino Unido sobre a matéria), a respetiva verificação no caso concreto resulta factual e explicitamente demonstrada.

2727. Em conclusão, 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 reúne a participação de todos, fornecedor e insígnias, formando um entendimento e confluência de vontades (ou seja, um conluio ou uma colusão) livre, espontâneo e esclarecido.

2728. Como resulta do exposto, todas as empresas envolvidas (fornecedor e empresas de distribuição visadas) têm plena consciência do «*modus operandi*», contribuindo, com essa mesma intenção, numa base de reciprocidade, de forma livre, espontânea e esclarecida, para a sua execução.

2729. A AdC forma, assim, a sua convicção de que as visadas estabeleceram entre si uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento de concorrentes relativo ao posicionamento futuro de PVP dos produtos da Active Brands e à calendarização de sucessivos movimentos de alinhamento conjunto de PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar português.

2730. As empresas de distribuição visadas deixaram de atuar com a independência e a autonomia que lhes era exigida num ambiente de salutar rivalidade entre concorrentes, colocando a sua liberdade de decisão ao serviço de uma concertação de natureza anticoncorrencial, estabelecendo uma relação multilateral entre si viabilizada pelos

[1191] Tradução livre da AdC do parágrafo 81 original da Nota da OCDE: «*Thus, agencies need to rely on circumstantial evidence to infer the horizontal understanding and links between the spokes. Useful evidence in addition to parallel conduct are vertical exchanges of information that have no legitimate business reason, agreements conditioned on another competitor's conduct, abrupt changes in industry behaviour, and actions that are contrary to individual businesses' interests, and only make sense in an overall concerted action*».

contactos de cada uma com o fornecedor comum, que proporcionava a formação de um *iter* cognoscitivo com base no qual definiam os PVP de forma concertada.

2731. A AdC conclui ainda que essa cooperação prática 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 todas as empresas participantes de modo a garantir a implementação do objetivo comum (cf. capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2732. A Autoridade não pode deixar de referir que a conclusão da existência de tal cooperação prática não é afastada pela matéria de facto que revela diferenças entre as empresas visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada (cf. capítulos III.3.4 e IV.2.2.2.4. da presente Decisão e toda a prova aí citada).

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 insígnias visadas (cf. capítulo III.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2734. Com efeito, 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. A atuação nesses diferentes níveis da cadeia de distribuição determina especificidades quanto ao tipo de comportamento que cada visada adota em consumação da prática em causa.

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.3.4.1, , III.3.4.3, III.3.4.4, e III.3.4.5. da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2737. No entanto, como se verá em maior detalhe no capítulo IV.2.2.2.4 desta Decisão, as diferenças verificadas quanto ao grau de participação de cada empresa de distribuição visada não são suscetíveis de afastar a demonstração da participação de todas na concertação estabelecida mediante a cooperação prática descrita, para além do que inexistem elementos de prova que demostrem que qualquer uma das visadas se tenha expressamente distanciado da prática ou adotado quaisquer comportamentos para lhe pôr termo (cf. capítulos III.3.4.1, III.3.4.2, III.3.4.3, III.3.4.4, e III.3.4.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2738. As trocas de informação observadas na prova permitiram às insígnias tomar conhecimento das intenções relativas ao comportamento futuro das suas concorrentes, designadamente em matéria de definição de PVP, reduzindo a incerteza estratégica e a independência dos

respetivos comportamentos, e chegar a uma convergência de vontades que possibilitou uma fixação e um alinhamento de PVP, alcançada de forma indireta.

2739. Cumpre, a este respeito, salientar que as consequências da troca de informação não dependem apenas do contexto do mercado, mas também e sobretudo do tipo de informação trocada que pode tornar possível a coordenação.

2740. Neste sentido e em resposta à alegação da Active Brands, a AdC esclarece que a informação aqui em causa, aquela que é trocada entre as empresas de distribuição visadas através do fornecedor, constante das comunicações juntas aos autos, qualifica-se como informação estratégica e sensível[1192] e é, portanto, suscetível de gerar preocupações de natureza jusconcorrencial (cf. §§1875 a 1887 e capítulo III.3.3 da presente Decisão).

2741. Esta troca de informação conduziu a condições de concorrência que não correspondem às condições normais de mercado em que as insígnias deviam competir entre si pelos consumidores.

2742. Sendo inequívoco, por um lado, que muita da informação trocada é informação futura (cf. capítulo III.3 da presente Decisão, em particular, os §§1173, 1366, 1389, 1923 a 1925). Por outro lado, mesmo a informação atual ou passada é sempre trocada com um objetivo estratégico: o de atestar um determinado posicionamento de mercado de uma ou mais empresas de distribuição visadas, com vista à manutenção ou reposicionamento do alinhamento concertado.

2743. Veja-se: não obstante os mecanismos de controlo utilizados versarem sobre informação presente ou passada, permitem às insígnias controlar os desvios face a PVP *target* «pré-fixados», também eles constantes das comunicações juntas aos autos, e saber quando reagir ou retaliar, contribuindo para o aumento da estabilidade interna da prática concertada observada.

2744. Por conseguinte, a Autoridade conclui que as empresas de distribuição visadas implementaram entre elas, através e em conjunto com o fornecedor comum Active Brands, 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.

2745. Uma última nota para recordar a posição da AdC a respeito dos desvios verificados, melhor desenvolvida no capítulo III.3.1.4 da presente Decisão, para a qual se remete.

[1192] Trata-se de informação referente a intenções futuras em matéria de posicionamento de PVP e calendarização de ações promocionais, trocada entre concorrentes, por via do fornecedor, com caráter de reciprocidade, o que, conforme demonstrado *supra* (cf. §§2654 a 2656 da presente Decisão), se subsume ao conceito de informação estratégica propugnado pelas Orientações sobre cooperação horizontal da Comissão Europeia.

2746. Em primeiro lugar, recorda-se que a referência a desvios surge no contexto de comunicações entre as visadas que reportam e sinalizam o incumprimento dos PVP target previamente concertados, com o intuito de alcançar a sua correção e evitar a destabilização do mercado (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

2747. Em segundo lugar, recorda-se a existência de comunicações que demonstram que o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os 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 para atestar que a correção se concretizou, solicitando a essas insígnias que (re)alinhem/(re)posicionem elas também de acordo o nível de PVP pretendido, o que em muitos casos sucede, garantindo-se desta forma o alinhamento e a estabilização do mercado (cf., entre outros, §§1369 a 1373 da presente Decisão).

2748. Em terceiro lugar, recorda-se que o facto de as insígnias serem reativas (reagirem a desvios, com desvios, até que o alinhamento concertado – ou o realinhamento – se concretize), não significa que se demarquem ou excluam da concertação; significa apenas que, em determinadas circunstâncias, as insígnias optam por não prolongar uma situação «descompetitiva» para além de um determinado período de tempo, utilizando a baixa de PVP como mecanismo de pressão e/ou retaliação, tendo em vista a correção de desvios por outras insígnias e a estabilização do mercado no nível concertado (cf., *v.g.*, §1655 a 1659 da presente Decisão).

2749. Sempre que o regresso do mercado ao nível previamente concertado não se revela possível – pelo insucesso do fornecedor na correção do desvio inicial –, o mercado retalhista realinha-se pelo PVP desviado, tipicamente à custa de compensações exigidas ao fornecedor pelas insígnias não desviantes (cf. §§1660 e 1680 da presente Decisão).

2750. A matéria de facto provada demonstra que existem fatores alheios à concertação e que com ela coexistem, que explicam a existência de desvios, tendo o efeito de demorar ou suspender o reposicionamento e/ou o alinhamento dos PVP no mercado, mas que não o eliminam (cf., entre outros, o documento ActiveBrands1019, *supra* descrito no §1507 a 15092410 da presente Decisão).

2751. Pelo exposto, improcedem as alegações das visadas de que a existência de desvios contraria a teoria da concertação.

2752. Considera-se assim, por tudo o que acima vem demonstrado, verificado o segundo elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.3.3 Objeto restritivo da concorrência

2753. 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 concorrência[1193].

2754. 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*»[1194].

2755. 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.

2756. 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 concorrência[1195].

2757. 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 consumidores[1196].

2758. 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.

[1193] 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.

[1194] 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.

[1195] 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.

[1196] 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.

2759. É esta a jurisprudência unânime do Tribunal de Justiça[1197], 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 consumidores*»[1198] (sublinhados da Autoridade).

2760. No mesmo sentido esclarece a Comissão Europeia 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*»[1199]. 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*»[1200].

[1197] 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.

[1198] 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.

[1199] 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.

[1200] 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.

2761. 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 por objeto, sem que as autoridades competentes em matéria de concorrência tenham necessidade de proceder à análise dos seus efeitos.

2762. 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*»[1201].

2763. Não obstante, o mesmo acórdão deve ser interpretado como determinando 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 qualificação da infração como restrição por objeto, se poder entrar já na consideração dos efeitos concretos no mercado.

2764. Neste sentido, vejam-se 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*[1202] de acordo com a jurisprudência

[1201] 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.

[1202] 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*

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 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 conluios 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*»[1203] (sublinhados da Autoridade).

2765. Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, também a Comissão Europeia distingue quais as formas de coordenação que consubstanciam tipicamente restrições por objeto.

2766. Nas Orientações sobre cooperação horizontal pode ler-se que «[a]*s restrições da concorrência por objeto 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*»[1204].

---

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.°, n.° 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*».

[1203] 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.

[1204] 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.

2767. 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*»[1205] (sublinhado da Autoridade).

2768. 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*»[1206].

2769. Nas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão Europeia esclarece que «*a restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea a), do Regulamento (UE) 2022/720 diz respeito à imposição de preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objeto direto ou indireto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, incluindo os que estabelecem um preço de venda fixo ou mínimo a observar pelo comprador.* (…) *as restrições graves são uma categoria de restrições estabelecida no Regulamento (UE) 2022/720, que se presume que, em geral, geram um prejuízo líquido para a concorrência. Por*

[1205] 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.

[1206] 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.

conseguinte, os acordos verticais que contêm tais restrições graves não podem beneficiar da isenção prevista no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2022/720»[1207] (sublinhado da Autoridade).

2770. 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.

2771. 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 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 cometida[1208].

2772. A título de exemplo, veja-se a sentença do TCRS 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

[1207] Cf. Comunicação da Comissão «*Orientações relativas às restrições verticais*», 30 de junho de 2022, C 248/01, parágrafos 179 e 185.

[1208] 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 TRL 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 TRL de 15 de dezembro de 2010, 3.ª Secção, processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (*Abbott, Menarini e o.*), p. 161 a 167.

(infração por objeto), torna-se despiciendo fazer a demonstração dos seus concretos efeitos anticoncorrenciais»[1209] (sublinhado da Autoridade).

2773. No mesmo sentido, o TCRS no âmbito do caso *Copidata* concluiu que:

«*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»[1210] (sublinhado da Autoridade).

2774. Mais recentemente, também o TCRS 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»[1211].

2775. Ainda o TCRS, noutro aresto, decidiu que:

«Ora, à Autoridade da Concorrência continua a competir-lhe provar todos os elementos constitutivos do tipo, pelo que, facilmente se percebe que não existe qualquer tipo de inversão do ónus da prova e consequentemente, qualquer violação do princípio da presunção da inocência.

O que não se exige à acusação é que comprove que foi criado um perigo, que os meios utilizados foram perigosos ou que decorreu um qualquer dano para a concorrência, justamente porque a contra-ordenação se justifica pela sua aptidão causal de determinação de um dano àquela concorrência»[1212].

2776. 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

[1209] Cf. sentença do TCRS de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR, p. 69 e 70.

[1210] Cf. sentença do TCRS de 4 de fevereiro de 2015, processo n.º 38/13.8YUSTR, p. 147, confirmada pelo acórdão do TRL, 9.ª secção, de 19 de novembro de 2015.

[1211] Cf. sentença do TCRS de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (*GPL*), p. 174.

[1212] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

concorrência de diversos Estados-Membros, que se analisará juridicamente a factualidade descrita na presente Decisão de forma a 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.

2777. No caso *sub judice* e conforme já sobejamente referido, a matéria de facto provada revela que os comportamentos de cada uma das visadas foram motivados por um objetivo comum de fixação e alinhamento horizontal dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. §§2494 e 2495 da presente Decisão), consubstanciando, assim, uma restrição da concorrência por objeto na aceção do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo 101.º do TFUE, pelo que não será necessário analisar os efeitos que a prática concertada em causa possa concretamente ter produzido[1213].

2778. Analisar-se-ão de seguida os termos em que a prática concertada restritiva de «*hub and spoke*» se revela no caso *sub judice* enquanto caracterizadora de uma restrição da concorrência e, em particular, de uma restrição por objeto.

2779. No caso, a prova junta aos autos demonstra que esta prática concertada global e duradoura inclui, como já foi referido, para além de um conjunto de práticas ou acordos verticais bilaterais de fixação de PVP – comportamentos esses, já de si, caso fossem considerados isoladamente, anticoncorrenciais (e restrições por objeto, nos termos acima densificados) –, 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 (ou seja, também na componente horizontal, reveladores de uma restrição por objeto, conforme acima explicitada).

2780. Os referidos elementos adicionais que configuram a prática como uma colusão horizontal são os seguintes:

(i) O fornecedor define os PVP dos seus produtos a adotar pelas diversas insígnias, designadamente, pelas empresas de distribuição visadas, amiúde com a colaboração das mesmas (cf. capítulo III.3.1.3.1, bem como os §§1940 (i), 2131 (i), 2288 (i), 2365 (i) *supra* e toda a documentação aí referenciada);

(ii) O fornecedor informa e/ou é informado pelas insígnias visadas sobre os PVP a adotar relativamente aos seus produtos, incluindo, os PVP praticados ou a praticar pelas insígnias concorrentes, eliminando a incerteza entre elas sobre o comportamento de cada uma (cf. capítulo III.3.1.3.2, bem como §§1940 (ii) e (iv) , 2131 (ii) e (iii), 2288(iii) e 2365(iii) *supra* e toda a documentação aí referenciada);

(iii) As empresas de distribuição sabem, ao receber indicações de PVP do fornecedor, que idênticas informações foram/serão transmitidas às suas concorrentes (cf. capítulo

[1213] Os quais, pela sua própria natureza, esta prática era apta a produzir.

III.3.1.3.2 e III.3.1.3, bem como §§2131(i), 2288(i) e 2365(i)) *supra* e toda a documentação aí referenciada;

(iv) As empresas de distribuição visadas adotam a sua decisão sobre os PVP a praticar com base na informação, veiculada pelo fornecedor, nomeadamente relativa aos PVP praticados ou a praticar pela concorrência (i.e., os seus concorrentes no mercado retalhista da distribuição de base alimentar) (cf. capítuloIII.3.1.3.2, bem como §§2131(iv), 2288(iv) e 2365(iv) *supra* e toda a documentação aí referenciada);

(v) As empresas de distribuição exercem, elas próprias, pressão junto do fornecedor, para que este atue junto da concorrência daquelas no sentido de assegurar o alinhamento dos preços (cf. capítulosIII.3.1.4 e III.3.1.5, bem como §§1940(vii), 2131(vi), 2288(vi), 2365(vi) *supra* e toda a documentação aí referenciada); e

(vi) Em alguns casos, as empresas de distribuição exercem mesmo *i)* ações de coação junto do fornecedor a fim de o induzir a pressionar a concorrência (i.e., os concorrentes no mercado da distribuição retalhista de base alimentar) a alinhar preços; ou *ii)* 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.3.1.5, bem como §§2131(vii), 2288(vii) e 2365(vii) *supra* e toda a documentação aí referenciada).

2781. Tendo em conta o *supra* exposto, o processo de alinhamento de PVP entre as visadas, como resulta do capítulo 0, envolve várias etapas, designadamente, a definição e fixação dos PVP (cf. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão), o controlo e a monitorização cruzada dos PVP praticados bem como a correção de desvios (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão) e ainda a execução de ações de pressão, coação e retaliação (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).

Definição e Fixação dos PVP

2782. Nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão Europeia reconhece que «*a imposição de preços de revenda pode restringir a concorrência intramarca e/ou intermarcas de várias formas:* (…) *Pode facilitar a colusão entre compradores a nível da distribuição, em especial quando é promovida pelos compradores. Os compradores poderosos ou bem organizados poderão estar em condições de forçar ou convencer um ou mais dos seus fornecedores a fixarem o seu preço de revenda acima do nível concorrencial, ajudando, assim, os compradores a alcançarem ou estabilizarem um equilíbrio colusivo. A imposição de preços de revenda atua como mecanismo de compromisso, de forma a impedir os retalhistas de se desviarem do equilíbrio colusivo por meio de descontos nos preços; (…) O efeito direto da imposição de preços de revenda é a eliminação da concorrência intramarca a nível de preços, ao impedir determinados distribuidores ou todos os distribuidores de reduzirem os seus preços*

de venda para a marca em causa, resultando pois no aumento dos preços para essa marca»[1214] (sublinhado da Autoridade).

2783. Por outras palavras, mesmo que se considerasse estar apenas em causa uma prática de imposição ou definição vertical dos PVP (o que não se concede, pelas razões já enunciadas[1215]), teria sempre 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.

2784. Com efeito, a indicação, imposição ou definição vertical dos PVP, no caso concreto, bem como as comunicações consecutivas por parte da Active Brands às empresas de distribuição visadas, seja dos PVP, dos PVPR ou dos PVP mínimos – apesar de constituir, por si só, uma restrição à concorrência por objeto[1216] – não é, no presente caso, senão uma das várias etapas – e, nessa medida, instrumental – para a concretização do plano de ação comum em que estão envolvidas todas as visadas, que é o da concertação dos PVP, com o

[1214] Cf. Comunicação da Comissão «*Orientações relativas às restrições verticais*», JO de 30 de junho de 2022, C 248/01, parágrafo 196.

[1215] 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 num acordo e/ou prática concertada entre fornecedor e empresas de distribuição visadas, configuraria em si mesma uma prática restritiva da concorrência proibida pelo seu objeto. 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 LdC 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.

[1216] As Orientações relativas às restrições verticais são claras ao qualificar como «*restrição grave* [a] *estabelecida no artigo 4.º, alínea a), do Regulamento (UE) 2022/720* [que] *diz respeito à imposição de preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objeto direto ou indireto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, incluindo os que estabelecem um preço de venda fixo ou mínimo a observar pelo comprador. (...) as restrições graves são uma categoria de restrições estabelecida no Regulamento (UE) 2022/720, que se presume que, em geral, geram um prejuízo líquido para a concorrência. Por conseguinte, os acordos verticais que contêm tais restrições graves não podem beneficiar da isenção prevista no artigo 2.o, n.o 1, do Regulamento (UE) 2022/720*» – cf. Comunicação da Comissão «*Orientações relativas às restrições verticais*», JO de 30 de junho de 2022, C 248/01, parágrafos 179 e 185.

objetivo comum de garantir, ou pelo menos, promover o alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

2785. É nessa medida (e apesar de ilícita em si mesma), instrumental de uma prática restritiva de natureza mais alargada, que a consome.

2786. Ou seja, ainda que também pela via de acordos verticais se possa verificar a existência de uma restrição à concorrência por objeto (na medida em que se verifica a definição direta dos PVP por parte do fornecedor em coordenação com cada empresa de distribuição visada), considera a Autoridade que essa situação não reflete os verdadeiros contornos do comportamento ilícito em causa nos presentes autos, os quais só são revelados pela análise do conjunto de elementos que constituem o acervo probatório do processo, que envolve uma determinante componente horizontal.

2787. Recordando que a prática restritiva de «*hub and spoke*» possui uma natureza simultaneamente horizontal e vertical, os feixes verticais concretizam-se por contactos diretos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas (comunicações bilaterais), através dos quais se concertam 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.3.1.3.1III.3.1.3 da presente Decisão)[1217].

2788. No caso *sub judice*, conforme anteriormente referido, o comportamento de cada uma das empresas de distribuição visadas é ajustado em função da informação relativa ao comportamento futuro das insígnias concorrentes, veiculado através de sucessivas comunicações, estabelecidas indiretamente, pelo fornecedor (cf. §§1940(vii), 2131(vi), 2288(vi), 2365(vi) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

[1217] 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.° 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.

2789. Com efeito, este tipo de contactos entre fornecedor e empresas de distribuição dá, 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 (cf. §§1940(iv), 2131(ii), 2288(ii) e 2365(ii) da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

2790. Conforme ficou demonstrado *supra*, tais comunicações visam estabelecer uma concertação entre as empresas de distribuição visadas, relativa ao posicionamento de PVP pretendido em cada momento e à calendarização para o respetivo reposicionamento, tendo em vista garantir, ou pelo menos promover, o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da Active Brands distribuídos/comercializados no respetivo mercado.

2791. Nesse sentido, os preços indicados pela Active Brands às empresas de distribuição visadas, sejam ou não expressamente designados por PVP, funcionam efetivamente como tal, não só porque determinam o nível 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.

2792. No caso *sub judice,* não restam dúvidas que a existência de um processo de alinhamento horizontal dos preços concretizado através da troca de informação de preços (passada, presente e) futura, regular e frequente, entre empresas concorrentes (as empresas de distribuição visadas), no âmbito da relação vertical com um parceiro comercial comum (o fornecedor), constitui uma restrição da concorrência por objeto.

2793. A troca de informação neste caso é apenas uma etapa de um procedimento complexo de alinhamento horizontal dos preços, que tem como consequência a redução de incerteza estratégica no mercado e que conduz, *a final,* ao alinhamento dos PVP praticados no mercado.

2794. Nesse sentido, conforme já referido *supra,* tal conduta distingue-se necessariamente da mera troca, para utilização interna própria, em princípio lícita, de informações públicas e acessíveis à generalidade das empresas, designadamente, de informações relativas aos preços atuais praticados no mercado (informações sobre as quais incide e se baseia o denominado *shopping*).

2795. 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 retalhista[1218].

Controlo, monitorização e correção dos PVP praticados no mercado

2796. No que concerne, especificamente, à monitorização cruzada dos PVP praticados no mercado, que é feita pelas empresas de distribuição visadas, bem como pela Active Brands, e à troca de informação que ocorre entre todas as visadas, importa referir que, não estando naturalmente em causa que as empresas se possam adaptar inteligentemente ao comportamento 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 concorrência[1219].

2797. Tal como foi referido anteriormente, a troca de informação estratégica tem o potencial de permitir que empresas envolvidas controlem os 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

[1218] Especificamente no que concerne à gravidade da prática de imposição de PVP, decorre da alínea *a)* do artigo 4.º do Regulamento n.º 2022/720 (Regulamento de isenção por categoria) que os «*acordos verticais que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores que as partes controlem,* [que] *tenham por objeto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda (...) como 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 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

[1219] 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 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.

podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado»[1220] (sublinhado da Autoridade).

2798. 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 regular de informação, nomeadamente referente a PVP, preços recomendados, preços mínimos, condições comerciais, realização ou previsão de realização de ações promocionais em determinados períodos e com determinadas condições, envio de informação (e/ou talões comprovativos) relativa a alterações ou implementações de PVP (entre outros), conforme acima exaustivamente detalhado (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

2799. A informação partilhada no processo de monitorização interfere decisivamente na definição individual do posicionamento de PVP por cada empresa de distribuição visada, seja através do controlo do nível de preços a ser praticado num determinado momento no mercado, seja na correção necessária quando determinada empresa de distribuição eventualmente se desvia dos PVP alinhados (cf. capítulo III.3.1.4III.3.1.4 da presente Decisão), seja ainda na aplicação de pressão e medidas de retaliação com o objetivo de garantir a correção desse desvio (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão)[1221].

2800. É através desse procedimento que as empresas de distribuição visadas (e o fornecedor) podem acompanhar e controlar 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.

2801. Da investigação levada a cabo pela Autoridade resulta igualmente que, sempre que uma determinada empresa de distribuição visada ou o fornecedor 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.

<u>Formas de pressão, coação ou retaliação</u>

2802. No caso de alguma das empresas de distribuição visadas, ou o fornecedor, verificar algum desvio ao PVP pretendido (i.e., algum afastamento ao preço que se encontra alinhado no mercado ou que se pretende alinhar), as empresas de distribuição visadas pressionam o

[1220] 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.

[1221] 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.

fornecedor a atuar junto da concorrente desviante, cabendo ao fornecedor exercer pressão, quando instado pelas insígnias, junto dessa empresa de distribuição no sentido de proceder, com a maior brevidade possível, ao reajustamento do PVP ou à sua correção.

2803. Concretamente sobre a correção de desvios e aplicação de retaliações, as referidas Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal salientam especificamente a importância de as 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*»[1222] (sublinhado da Autoridade).

2804. No caso concreto, os elementos de prova juntos aos autos demonstram a existência de retaliações por parte das empresas de distribuição visadas ao fornecedor, em virtude do seu insucesso na correção dos desvios verificados.

2805. Tais retaliações consistem, nomeadamente, na imposição de novas comparticipações, e/ou na (ameaça ou) suspensão de compras/retirada de produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands ou até mesmo na «reação ao desvio», alinhando com o «PVP desviado» enquanto este não for corrigido – neste sentido, veja-se, por exemplo, os documentos ActiveBrands220 (cf. §1382 da presente Decisão), ActiveBrands936 (cf. §§1655 e 1656 da presente Decisão), ActiveBrands688 (cf. §1353 da presente Decisão), MCH1523 (cf. §§1639 a 1647 da presente Decisão) e MCH1579 (cf. §§1648 a 1649 da presente Decisão).

IV.1.3.3.1 Conclusão quanto ao objeto restritivo da concorrência

2806. Recorda-se que o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacionais e europeias sobre o conceito de acordo ou prática concertada proibida consiste, precisamente, no princípio de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial (como a fixação de PVP) de modo independente.

[1222] 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.

2807. Esta exigência de autonomia na fixação dos preços opõe-se frontalmente a qualquer contacto, direto ou indireto, entre empresas que seja suscetível de influenciar o comportamento de um concorrente no mercado.

2808. Ou seja, opõe-se a que uma empresa revele a um concorrente, 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 mercado[1223].

2809. A jurisprudência nacional e europeia são unânimes 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.

2810. 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.

2811. 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), é suscetível de infringir as normas de concorrência[1224], 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[1225], o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o caráter restritivo por objeto destes comportamentos.

[1223] 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.

[1224] 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.

[1225] 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

2812. A intervenção das autoridades da concorrência visa, assim, garantir que essa incerteza estratégica no mercado não é eliminada de forma ilícita, assegurando, consequentemente, o livre jogo concorrencial e a autonomia comercial dos seus operadores, em benefício do consumidor.

2813. Partindo dos critérios acima mencionados, a Autoridade formou 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 infração em causa, correspondente a, pelo menos, aproximadamente oito anos (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.5 da presente Decisão).

2814. De todo o exposto anteriormente, retira-se a conclusão de que o plano de coordenação imputado às 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.

2815. 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.

2816. Apesar de não se afigurar necessário proceder à análise ou à quantificação dos efeitos concretos que possam ter-se verificado no mercado em resultado desta prática, não pode negligenciar-se que os elementos de prova constantes do processo (cf. capítulo III.3 *supra*, em particular, documentos ActiveBrands673, descrito no §1122 *supra,* ActiveBrands183, descrito no §1142 *supra* e MCH1523, descrito no §1639 *supra*) revelam que a infração em causa era apta a produzir efeitos nefastos no mercado e que se manteve ininterruptamente desde, pelo menos, o ano de 2009 e até 2017, não podendo excluir-se, na realidade, que se tenha mantido em curso até data posterior.

2817. 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.

2818. O prejuízo para os consumidores é especialmente grave quando se tem em conta que as empresas de distribuição visadas são operadores importantes em mercados de extrema relevância em Portugal, posição também ocupada pela Active Brands antes da sua «desativação comercial»: mercados nacionais dos brandies/conhaques, whiskies, gins, vodcas, tequilas, runs, cachaças, vinhos tranquilos, vinhos espumantes e vinhos fortificados para revenda no canal alimentar e mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.2.3 da presente Decisão)

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.

2819. 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 distribuídos/comercializados pela Active Brands com prejuízo para os consumidores, a própria natureza e o objetivo de um alinhamento horizontal dos PVP compreende, em si mesmo, o grau de nocividade que carateriza esta infração como uma verdadeira restrição da concorrência por objeto.

2820. Acresce o facto de não se poder igualmente ignorar que a violação das regras da concorrência é, neste caso e nestas circunstâncias, particularmente grave.

2821. Com efeito, no caso *sub judice,* as empresas visadas participam, de forma livre e voluntária, numa prática de alinhamento horizontal dos PVP, visando o mesmo objetivo, bem sabendo da sua incompatibilidade com as regras de concorrência aplicáveis, como se verá, em detalhe, no capítulo IV.1.4.

2822. Por um lado, a Active Brands beneficia do facto de os seus produtos serem comercializados ao público a um determinado nível de preço (por si estabelecido e/ou concertado com as demais empresas visadas), garantindo as suas margens, bem como aquelas dos seus distribuidores, sendo suscetível de incentivar a venda dos seus produtos face à sua própria concorrência.

2823. De igual modo, a Active Brands evita uma eventual «*guerra de preços*» e, consequentemente, uma descida acentuada dos mesmos no retalho, com inevitáveis efeitos no seu próprio preço de venda, garantindo desta forma um determinado nível mínimo de preços transversalmente, nos vários canais de distribuição, uma subida constante e consistente dos preços a longo prazo e, bem assim, um determinado posicionamento, estável e alinhado, face à sua própria concorrência (cf. §§921 a 923, 1253 a 1255 da presente Decisão; cf. também, em particular, documentosActiveBrands1092 e ActiveBrands119).

2824. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas beneficiam da vantagem de afastar conscientemente os riscos da concorrência através de uma cooperação prática entre elas, deturpando, desta forma, o livre funcionamento do mercado.

2825. 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 visados.

IV.1.3.3.2 Pronúncias das visadas

2826. Relativamente à qualificação dos comportamentos como fixação (indireta) de preços por via de uma prática concertada de «*hub and spoke*», tipificada como restrição por objeto, as

visadas sublinham que existe uma escassa prática decisória relativa a essa qualificação, sendo que a existente tem caraterísticas diferentes do caso *sub judice*[1226].

2827. As visadas alegam ainda que, em qualquer caso, esta prática não configura uma restrição por objeto[1227].

2828. A Active Brands alega que «[a*] caraterização por parte da AdC da suposta prática de hub and spoke como restritiva da concorrência pelo objeto assenta, essencialmente, na equiparação deste tipo de condutas a práticas restritivas horizontais de fixação de preços*»[1228], mas que, na verdade, a doutrina, jurisprudência e legislação citadas pela AdC corresponde «*às típicas fixações de preços entre concorrentes e à imposição de preços de revenda*»[1229], tratando-se, «*por isso,* [de] *esquemas que se caracterizam por ter uma vertente horizontal e uma vertente vertical, ao contrário dos típicos cartéis de fixação de preços*»[1230].

2829. Entende a Active Brands que «(…)*a qualificação de um comportamento como restritivo pelo objeto deve basear-se em experiência fiável, sólida, consistente, generalizada, a qual deve ser apoiada por estudos e análises económicos relativamente consensuais quanto à probabilidade dos efeitos negativos de determinada prática*»[1231], inexistindo «*experiência "suficientemente sólida e fiável" de que práticas de hub and spoke restrinjam, pela sua própria natureza, o bom funcionamento dos mercados*»[1232], reiterando o «*parco acervo existente sobre práticas de hub and spoke* [que] *não pode ser caracterizado de experiência suficientemente sólida e fiável"*»[1233].

2830. A Active Brands recorda ainda que «(…) *a conduta da AB no mercado foi sempre a de definir (internamente) PVPR e de os comunicar aos seus distribuidores retalhistas, com o objetivo de assegurar o melhor posicionamento dos produtos no mercado, face aos concorrentes e aos consumidores e atentas as respetivas características* (…)»[1234].

2831. Finalmente, alega a Active Brands que a AdC se dispensou de fazer uma análise completa do contexto económico e jurídico dos mercados em causa, como estava obrigada a fazer, tal como se dispensou de ponderar a importância da política de PVPR na arquitetura das

[1226] Cf. capítulo III da PNI MCH, capítulos III.2.2.3 e III.2.3. da PNI Auchan e páginas 91 e ss. da PNI Pingo Doce.

[1227] Cf. capítulo VI.A.3 da PNI Active Brands, capítulos III.2.2.3 e III.2.3. da PNI Auchan e páginas 91 e ss. da PNI Pingo Doce.

[1228] Cf. §521 da PNI Active Brands.

[1229] Cf. §524 da PNI Active Brands.

[1230] Cf. §525 da PNI Active Brands.

[1231] Cf. §539 da PNI Active Brands.

[1232] Cf. §541 da PNI Active Brands.

[1233] Cf. §545 da PNI Active Brands.

[1234] Cf. §551 da PNI Active Brands.

campanhas promocionais, que se traduzem na redução dos preços cobrados ao consumidor e na contribuição da Active Brands para esse efeito[1235].

2832. A Auchan sustenta que o conceito de «*restrição por objeto*» deve ser interpretado de forma restritiva[1236] e que a Autoridade, no presente processo, 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 causa[1237].

2833. Entende também a Auchan que a AdC opta por um caminho de presunção simplista 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)[1238].

2834. 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 teria de analisar com rigor todos os elementos que o acervo jurisprudencial europeu tem vindo a exigir para a demonstração de uma infração por objeto, a saber: i) o teor das disposições das trocas de informações; ii) os objetivos visados por tal suposta troca; iii) o contexto económico e jurídico; iv) a natureza dos serviços afetados; v) as condições reais do funcionamento e das estruturas dos vários mercados relevantes (que não foram definidos pela NI)*»[1239].

2835. 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*»[1240].

2836. Para sustentar esta posição, a Pingo Doce invoca o acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Budapest Bank*[1241], alegando que inexiste uma «*experiência suficientemente sólida e fiável*»

[1235] Cf. §556 da PNI Active Brands.

[1236] Argumento também defendido pela Active Brands no §530 da sua PNI.

[1237] Cf. capítulo III.2. 3. da PNI Auchan.

[1238] Cf. capítulo III.2. da PNI Auchan.

[1239] Cf. §319 da PNI Pingo Doce.

[1240] Cf. §323 da PNI Pingo Doce.

[1241] Cf. acórdão do Tribunal e Justiça de 2 de abril de 2020, *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. E o.,* processo n.º C-228/18.

que permita qualificar a prática em causa como uma restrição por objeto sem analisar os seus efeitos[1242].

2837. Segundo a Pingo Doce, o que a prova revela são as normais relações comerciais entre fornecedor e retalhistas, tituladas por contratos de fornecimento abrangidos pelo Regulamento n.º 330/2010[1243], havendo, portanto, uma presunção de legalidade sobre os comportamentos investigados[1244].

2838. A MCH parte do mesmo pressuposto de desadequação dos precedentes citados pela AdC, para afirmar que inexiste 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 informação[1245].

2839. Neste contexto, não só alega que existem incentivos da parte do fornecedor e da parte dos distribuidores para não serem totalmente transparentes na troca de informações prestadas, uma vez que ambos possuem interesses antagónicos na relação comercial e jogam com essa informação em seu proveito, como que há que destrinçar entre o que é conluio anticoncorrencial e o que é a ação independente das partes, sendo necessário salvaguardar a segurança jurídica e atender à realidade específica dos mercados em que tais comportamentos se verifiquem.

IV.1.3.3.3 Apreciação da Autoridade

2840. Apreciadas as defesas das visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2841. Como ponto prévio, tem de evidenciar-se que as visadas desconsideram toda a jurisprudência e/ou orientações da Comissão Europeia referidas no capítulo IV.1.3.3 da Nota de Ilicitude, e retomadas na presente Decisão, sobre a distinção «*objeto/efeito*» no âmbito do direito da concorrência e sobre as formas de coordenação que tipicamente se qualificam como restrição por objeto (cf., *mutatis mutandis*, capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2842. Com efeito, a Autoridade reitera que o desenvolvimento destes conceitos na jurisprudência e doutrina há muito consagrou princípios basilares do direito da concorrência, sobejamente enraizados na prática decisória da Comissão Europeia e das autoridades

[1242] Cf. §333 da PNI Pingo Doce.

[1243] No decurso da elaboração da presente Decisão, este diploma foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

[1244] Cf. pág. 117 e ss. da PNI Pingo Doce.

[1245] Cf. capítulo III da PNI MCH.

nacionais de concorrência, dos quais decorrem três pressupostos fundamentais para a apreciação do presente caso.

2843. 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).

2844. 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.

2845. 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.

2846. Partindo dos referidos pressupostos e constatada a respetiva verificação no caso concreto, não caberá à Autoridade analisar os efeitos que os comportamentos investigados no presente caso possam ter gerado no(s) mercado(s) em causa.

2847. 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 objeito 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*»[1246].

2848. 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*».[1247]

2849. No mesmo sentido, refere a Advogada-Geral J. Kokott:

[1246] Cf. sentença do TCRS 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).

[1247] Cf. sentença do TCRS de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (*GPL*).

«*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 acecção do artigo 101.º TFUE, ficaria esbatida caso se exigisse às autoridades da concorrência que, mesmo em caso de comportamentos colusórios de empresas cujo caráter anticoncorrencial entra pelos olhos dentro, tivessem de apreciar de forma intensiva o contexto económico e jurídico»[1248].

2850. Quanto ao acórdão *Budapest Bank* mencionado pelas visadas Active Brands, Pingo Doce e MCH 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*»[1249].

2851. 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 Mastercard[1250].

2852. Para responder a esta questão, o Tribunal de Justiça começa por recordar todo o referencial que determina o caráter 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 efeitos[1251].

2853. 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

[1248] Cf. conclusões da Advogada- Geral J. Kokott, apresentadas em 17 de novembro de 2016, sobre o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2017, C-469/15 *P FSL Holdings vs Commission*, parágrafos 99 e 101.

[1249] Cf. parágrafo 76 do Acórdão *Budapest Bank*.

[1250] Cf. parágrafos 20 e 25 do Acórdão *Budapest Bank*.

[1251] 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.

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*» para que se possa considerar que o caráter nocivo do Acordo TMI justifica que se dispense qualquer exame aos efeitos[1252].

2854. 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), nem quanto à sua qualificação como prática concertada (infração relativamente à qual é inequívoca a «*experiência suficientemente geral e constante*»).

2855. Numa outra perspetiva, olhando para a factualidade apurada segundo o critério da natureza da infração, é manifesto que se está perante uma contraordenação de perigo e/ou de mera atividade, não se exigindo para o preenchimento do tipo (para a consumação da infração) a produção de um resultado lesivo – no caso, a demonstração de que a prática concertada teve como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência –, bastando que a conduta identificada tenha aptidão para produzir tal desiderato, o que resulta demonstrado no caso *sub judice* nos termos acima detalhados (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2856. Sem prejuízo do que antecede, no presente caso, contrariamente ao mencionado pelas visadas nas suas pronúncias à Nota de Ilicitude, 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.

2857. Com efeito, consta da Nota de Ilicitude, bem como da presente Decisão, a identificação e caracterização de cada uma das visadas (cf. capítulo II.1 da Nota de Ilicitude e capítulo III.1 da Decisão), as características dos mercados nos quais incidiram as práticas em causa (cf. capítulo II.2 da Nota de Ilicitude e capítulo III.2 da Decisão), a posição das empresas visadas nos mercados identificados (cf. capítulo II.2.4 da Nota de Ilicitude e capítulo III.2.4 da Decisão), a exposição pormenorizada dos comportamentos identificados ao longo do período objeto de análise, nos termos da qual se identifica, comprovadamente, o objetivo da prática investigada (cf. capítulo II.3 da Nota de Ilicitude 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 Ilicitude e capítulo III.3.4 da Decisão), as comunicações relevantes e o seu enquadramento para efeitos de apreciação e imputação do comportamento ilícito (cf. capítulo III.1.3 e III.1.4 da Nota de Ilicitude e IV.1.3 e IV.1.4 da Decisão).

2858. Todos estes elementos, constantes da Nota de Ilicitude e reproduzidos na presente Decisão, conformam o contexto considerado pela AdC na apreciação do comportamento das 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

[1252] Cf. parágrafos 56, 60 a 69, 76, 77 e 79 do Acórdão *Budapest Bank.*

prática concertada de fixação indireta de preços compatível com a *«experiência suficientemente sólida e fiável»* existente, referida no capítulo III.1.3.3.1 da Nota de Ilicitude e, *mutatis mutandis*, no capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão.

2859. 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.

2860. Também não se revela aplicável ao caso concreto qualquer presunção de legalidade decorrente do Regulamento n.º 330/2010[1253] (conforme procurou sustentar a Pingo Doce), dado que nos presentes autos resulta demonstrada uma restrição grave («*hardcore restriction*»), que implica a retirada do benefício de isenção por categoria, nos termos da alínea *a)* do artigo 4.º do referido Regulamento.

2861. Do ponto de vista da sua análise jusconcorrencial, os contornos da prática em causa exigem que se verifiquem os critérios para a demonstração da existência de uma fixação de preços restritiva da concorrência, ainda que de forma indireta, em virtude da natureza híbrida (vertical e horizontal) que a prática concertada comporta.

2862. O 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, deve ser colocado em devida perspetiva.

2863. 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.

2864. A suposta «novidade» da infração com estes contornos precisos não sobrevive, desde logo, ao confronto com a previsão legal explícita. Com efeito, a existência de «*prática* [decisória] *consolidada e com contornos claros sindicada pelos tribunais*», como refere a Auchan, não constitui critério legal de punibilidade no ordenamento português ou em qualquer outro ordenamento europeu.

2865. 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.

2866. Tal efeito constitutivo decorre, sempre, das já citadas previsões legais, que inequivocamente abrangem as condutas descritas na presente Decisão.

2867. 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

[1253] No decurso da elaboração da presente Decisão, este diploma foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais: a saber, a prática concertada.

2868. A única particularidade deste caso, comum a outras investigações já decididas (e, nesse sentido, constituindo os precedentes nacionais que as visadas ignoram) ou em curso na AdC, é a circunstância de as insígnias visadas conseguirem evitar um contacto direto entre si – que seria claramente incriminatório – atingindo a referida cooperação prática através da intervenção do fornecedor como *pivot,* que assegura a comunicação indireta e, dessa forma, a concertação do comportamento das insígnias visadas na prossecução de um objetivo comum: o alinhamento e a fixação dos PVP, tendo em vista criar estabilidade e por consequência maior rentabilidade nas operações comerciais (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2869. Neste contexto, os referidos critérios para demonstração da infração são, na verdade, no caso concreto, consentâneos com os critérios exigidos pelas próprias visadas nesta matéria (cf. §§2691 e 2692 da presente Decisão).

2870. Por fim, e não fazendo sentido uma discussão sobre categorias doutrinais quando a natureza ilícita e de restrição por objeto é abundantemente estabelecida pela prova constante dos autos, sempre se dirá, a título superabundante, que a alegada escassez de precedentes – que não se verifica – 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 em causa infrações tão graves à concorrência e tão nocivas para os consumidores.

2871. Para comprovar a existência de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, cumpre, assim, à Autoridade demonstrar: *(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 perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevê-los e estão prontos a aceitar o risco.

2872. Veja-se, então, se tais critérios se encontram preenchidos no caso concreto.

Critério (i)[1254]

2873. A matéria de facto provada na presente Decisão demonstra que a prática investigada visa um objetivo expressamente identificado como o alinhamento transversal no mercado (cf. capítulo III.3.1.3.2 da presente Decisão), sempre de modo a não «degradarem» a sua margem retalhista e, para a Active Brands, de modo a partilhar com aquelas empresas o

[1254] Existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes.

resultado do aumento (ou da não descida) de PVP, evitando-se *«criar uma bola de neve que a todos prejudica»* (cf. documentos ActiveBrands548, MCH2094 e ActiveBrands119).

2874. Aliás, no presente caso, dá-se como provado que a palavra «*recomendação*» e a expressão PVPR são utilizadas nas comunicações para designar os PVP que devem 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, levando a que as insígnias concorrentes se encontrem a praticar o mesmo PVP, no mesmo momento, gerando estabilidade no mercado e aumento de rentabilidade (cf. capítulo III.3.1.3.2, da presente Decisão; cf. ainda, em particular, os documentos ActiveBrands916, ActiveBrands723, ActiveBrands220, ActiveBrands810, ActiveBrands816, ActiveBrands819).

2875. As evidências que resultam da prova são claras na demonstração de que este objetivo e o plano estratégico que lhe está associado são partilhados por todas as visadas, incluindo a Active Brands[1255], a MCH[1256], a Pingo Doce[1257] e a Auchan[1258].

2876. Para ilustrar a expressa manifestação da vontade de cada visada em aderir ao objetivo comum e ao plano estratégico de alinhamento, recorde-se, em particular, o teor dos documentos ActiveBrands119 (Active Brands), MCH1523 (MCH), ActiveBrands816 (Pingo Doce), e ActiveBrands807 (Auchan).

2877. A globalidade da prova e as várias etapas analisadas fornecem evidências muito concretas de um esforço contínuo e conjunto desenvolvido por todas as visadas, i.e., fornecedor e empresas de distribuição, no sentido do alinhamento dos PVP, demonstrando que todas as participantes compactuam de livre e espontânea vontade com o plano estratégico de, *verificar e reposicionar* PVP de acordo com o *price target* previamente concertado (cf. capítulos III.3.1.3 e III.3.1.4 e da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2878. O compromisso das visadas com o objetivo comum e respetivo plano estratégico decorre, evidentemente, também, da adoção livre, espontânea e esclarecida dos vários comportamentos sucessivos descritos na presente Decisão, que se traduzem no controlo e monitorização dos PVP, na correção de desvios face aos PVP concertados e em ações de pressão, coação e retaliação (cf. capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2879. A prova demonstra que fornecedor e empresas de distribuição visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP com o propósito de supervisionar a implementação do alinhamento concertado e de identificar, sinalizar e corrigir desvios, em

[1255] Cf. capítulo III.3.4.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1256] Cf. capítulo III.3.4.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1257] Cf. capítulo III.3.4.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1258] Cf. capítulo III.3.4.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

termos de posicionamento do PVP e de calendário de implementação (cf. capítulo III.3.1.4III.3.1.4 da presente Decisão e §§1338 a 1342, 1353 a 1356).

2880. O fornecedor também recorre aos resultados das ações de controlo e monitorização de PVP, incluindo a talões de compra, para atestar perante as empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido (cf. §§1103 a 1106, 1111, 1118, 1142 a 1143, 1152 a 1154, 1158 a 1159, 1161,1364 a 1365 da presente Decisão).

2881. São, aliás, muitas vezes, as próprias insígnias que solicitam à Active Brands que forneça esses meios de prova, para poderem justificar internamente o alinhamento e a implementação de determinado posicionamento de PVP (cf. §§1161 a 1163, 1115 a 1119, 1382 a 1384, 1400, 2453 da presente Decisão).

2882. Por fim, a prova demonstra que, , como as empresas de distribuição visadas, adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação à manutenção de desvios face ao posicionamento de PVP concertado, com o objetivo de (re)alinhar ou (re)posicionar o mercado e alcançar estabilidade e, portanto, maior rentabilidade (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).

2883. Neste contexto, cumpre ainda referir que ficou provado que as empresas de distribuição visadas procuram formas de recuperar a margem negocial que o contexto jurídico-económico do mercado não lhes permite ganhar (no caso de desvios não corrigidos por parte de alguma delas e da consequente necessidade de realinhamento do PVP), procurando assegurar uma determinada rentabilidade, nesse caso à custa do fornecedor (cf. §§1639 a 1647, 1648 a 1649, 1704 da presente Decisão).

2884. 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 as empresas de distribuição visadas se encontra preenchido no presente caso.

Critério (ii)[1259]

2885. Como decorre também do já exposto nos parágrafos anteriores, a matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas participantes, designadamente a Active Brands[1260], a MCH[1261], a Pingo Doce[1262] e a Auchan[1263], participaram ativamente na prática investigada, adotando comportamentos que traduzem o propósito e a intenção expressa

[1259] O propósito ou a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum.

[1260] Cf. capítulo III.3.4.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1261] Cf. capítulo III.3.4.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1262] Cf. capítulo III.3.4.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1263] Cf. capítulo III.3.4.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada.

de contribuir, e contribuindo efetivamente, através desses mesmos comportamentos, para a prossecução do objetivo comum e do plano estratégico que lhe está associado.

2886. Conforme detalhadamente explicado no capítulo III.3 da presente Decisão, a matéria de facto provada revela que todas as visadas adotaram comportamentos que traduzem uma vontade expressa de concorrer para o alinhamento de PVP no mercado, de modo a evitar «*criar uma bola de neve que a todos prejudica*» (cf. documento ActiveBrands119) (cf. §§1152 a 11571157 da presente Decisão).

2887. 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 de fixação e alinhamento horizontal de PVP.

2888. Sinteticamente, os comportamentos da Active Brands traduzem-se em: *(i)* concertar com cada insígnia o *price target* e a data para a respetiva implementação; *(ii)* disseminar a informação obtida pelas insígnias concorrentes; *(iii)* monitorizar a implementação do *price target* no calendário definido; *(iv)* identificar e sinalizar desvios ao posicionamento concertado, diligenciando pela sua correção; *(v)* receber o reporte de insígnias que identificam desvios ao posicionamento previamente concertado e direcioná-lo para as insígnias desviantes; *(vi)* agir, quando para tal era instada e pressionada pelas restantes visadas, junto das insígnias desviantes para garantir a correção os desvios identificados; e *(vii)* reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios assinalados (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2889. Os comportamentos das empresas de distribuição visadas traduzem-se em: *(i)* manifestar ao fornecedor a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP; *(ii)* informar o fornecedor sobre a data em que estão dispostas a alterar os PVP; *(iii)* implementar o posicionamento de PVP previamente concertado; *(iv)* monitorizar a implementação desse posicionamento, reportando ao fornecedor desvios; *(v)* pressionar o fornecedor para que este atue junto de insígnias desviantes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP; *(vi)* adotar comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar o fornecedor e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. capítulo III.3.4 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2890. Refira-se, em concreto, que ficou provado que a Active Brands está a defender um interesse próprio quando prossegue o objetivo do alinhamento de PVP no mercado, passando a sua própria estratégia comercial pela promoção de um aumento progressivo dos PVP dos seus produtos no mercado (cf. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão, em particular os documentos ActiveBrands848, ActiveBrands703, ActiveBrands448, ActiveBrands1018, ActiveBrands228, ActiveBrands641, ActiveBrands883, ActiveBrands884, ActiveBrands1092, ActiveBrands788, ActiveBrands231, ActiveBrands1370, ActiveBrands1613).

2891. Quanto às empresas de distribuição visadas, ficou provado que as insígnias manifestam o seu acordo ou anuência expressa aos PVP constantes das comunicações (cf. capítulo

III.3.1.3 da presente Decisão), implementando-os nas suas lojas, encontrando-se, muitas vezes e por via dessa concertação, alinhadas nesse posicionamento (cf. §§2336 e 2414 da presente Decisão), o que atesta o seu compromisso com o plano estratégico identificado e, consequentemente, com o objetivo de melhorar a rentabilidade das respetivas operações comerciais (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2892. A propósito do preenchimento do critério *(ii)*, cumpre recordar dois aspetos adicionais, já abordados anteriormente na presente Decisão.

2893. Em primeiro lugar, recordar que a existência de desvios ocasionais aos PVP *target* e ao alinhamento concertado (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão) não afasta a verificação de uma prática concertada entre as visadas, em particular quando surge desacompanhada de uma manifestação expressa de repúdio à concertação, como sucede neste caso.

2894. Pelo contrário, a matéria de facto provada demonstra que neste caso há fatores alheios à concertação e ao concurso de vontades (conluio) entre insígnias que motivam desvios aos PVP *target* e ao alinhamento concertado (e.g. os interesses próprios conflituantes de cada insígnia ou aspetos técnicos relativos aos sistemas informáticos de marcação de PVP), que coexistem com a concertação e com o interesse e objetivo comuns e que, embora tenham o efeito de demorar ou interromper o reposicionamento e o alinhamento dos PVP no mercado, não o eliminam (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).

2895. Com efeito, não obstante a ocorrência de desvios ocasionais, a prova demonstra que as insígnias estão muitas vezes alinhadas entre si no posicionamento concertado (cf. documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands641, ActiveBrands638, ActiveBrands673, ActiveBrands780, ActiveBrands799, MCH1503, ActiveBrands113, ActiveBrands814, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands819, ActiveBrands1098, ActiveBrands684, ActiveBrands812, ActiveBrands179, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands723, ActiveBrands806, ActiveBrands733, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands151, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands98, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands689, ActiveBrands201, ActiveBrands703 e ActiveBrands271), mantendo-se (em determinadas ocasiões) alinhadas com o *price target* mesmo que isso contrarie os seus próprios interesses por forma a evitar reações adversas do mercado (cf., *inter alia*, §§1352 e 1639 a 1647 da presente Decisão), corrigindo o seu posicionamento de PVP quando tal lhes é solicitado ou quando a correção de desvios é confirmada (cf., em particular, capítulos III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

2896. A Autoridade conclui, portanto, por estes motivos, que a existência de desvios ocasionais não prejudica a teoria da concertação no caso *sub judice*.

2897. Em segundo lugar, importa recordar que as diferenças entre as visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada também não impedem a demonstração de um concurso ou convergência de vontades (conluio ou colusão) (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.3.2 da presente Decisão).

2898. 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.3.4.1 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2899. 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.

2900. Tal facto não afasta a participação da Active Brands. Pelo contrário, os comportamentos por si adotados demonstram 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, para além do que, como referido *supra*, no presente caso ficou provado que a Active Brands está a defender um interesse próprio quando prossegue o objetivo do alinhamento de PVP no mercado, passando a sua própria estratégia comercial pela promoção de um aumento progressivo dos PVP dos seus produtos.

2901. 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.3.4.1, III.3.4.3, III.3.4.4, III.3.4.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2902. No entanto, como se verá em maior detalhe no capítulo IV.2.2.2.4 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.

2903. Em todo o caso, inexistem elementos de prova que demostrem que qualquer uma das visadas se tenha expressamente distanciado da prática ou tenha adotado quaisquer comportamentos para lhe pôr termo (cf. capítulos III.3.4da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2904. 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 as insígnias visadas, se encontra preenchido no presente caso.

Critério (iii)[1264]

[1264] Os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevê-los e estão prontos a aceitar o risco.

2905. A matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas envolvidas, designadamente a Active Brands[1265], a MCH[1266], a Pingo Doce[1267] e a Auchan[1268], têm conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas participantes na prossecução do objetivo comum e na implementação do plano estratégico de concertação de PVP.

2906. 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 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*»[1269].

2907. «*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*»[1270].

2908. Ficou, efetivamente, provado que a Active Brands atua como intermediário, que garante a existência e a manutenção de uma relação multilateral entre as empresas de distribuição visadas e a correspondente comunicação entre elas, 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 (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2909. A este respeito, recordem-se os documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands880, ActiveBrands886, ActiveBrands879, ActiveBrands834, ActiveBrands786, ActiveBrands780, ActiveBrands828, ActiveBrands210, MCH1410, ActiveBrands820, ActiveBrands183, ActiveBrands110, ActiveBrands193, ActiveBrands748, ActiveBrands108, MCH1471, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands220, ActiveBrands723, ActiveBrands189, ActiveBrands817, ActiveBrands739, ActiveBrands936, ActiveBrands659, ActiveBrands993, MCH958, ActiveBrands772, que

[1265] Cf. capítulo III.3.4.1da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1266] Cf. capítulo III.3.4.4da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1267] Cf. capítulo III.3.4.5da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1268] Cf. capítulo III.3.4.3da presente Decisão e toda a prova aí citada.

[1269] Cf. parágrafo 55 das Orientações sobre cooperação horizontal.

[1270] Cf. parágrafo 73 das Orientações sobre cooperação horizontal.

comprovam de forma muito evidente a existência de um fluxo triangular comunicacional (da insígnia A para a insígnia B, através do fornecedor comum).

2910. 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.3.1.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2911. Para além disso, ficou provado que o fornecedor comum (a Active Brands) transmite às insígnias que os PVP comunicados são o ponto focal para a convergência de movimentos, recorrendo a referências explícitas a *reposicionamento* e ao acordo *com todos os operadores de mercado* ou à implementação *a nível nacional,* fornecendo informação expressa quanto aos PVP concretos que serão implementados no futuro por insígnias concorrentes (cf. §§1137 e 1988 da presente Decisão).

2912. O fornecedor também reporta 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 para atestar às insígnias que reportaram os desvios que a correção foi feita, solicitando às insígnias que reportaram o desvio que (re)alinhem/(re)posicionem elas também de acordo com o nível de PVP pretendido (cf. documentos ActiveBrands866, ActiveBrands886, ActiveBrands879, ActiveBrands834, ActiveBrands673, ActiveBrands832, ActiveBrands813, ActiveBrands688, ActiveBrands691, ActiveBrands830, ActiveBrands828, ActiveBrands210, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands110, ActiveBrands748, ActiveBrands122, ActiveBrands126, ActiveBrands825, ActiveBrands243, ActiveBrands659, ActiveBrands151, ActiveBrands772).

2913. A prova demonstra ainda, com relevância para a verificação do critério *(iii)*, que as insígnias partilham com a Active Brands as suas intenções futuras em matéria de determinação de preços num pressuposto de reciprocidade, isto é, conscientes de que o fornecedor veiculará essa informação, partilhando-a com as insígnias concorrentes (cf. §§1180, 1174 e 1646 da presente Decisão).

2914. 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 a concertação de PVP, reunindo a participação de todos, fornecedor e insígnias, de forma livre, espontânea e esclarecida.

2915. 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, considerando improcedente a alegação das visadas de que a prática descrita tem uma natureza exclusivamente vertical.

2916. 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.

2917. É com base na aplicação desse referencial aos presentes autos, em que os factos revelam a implementação de um plano estratégico de fixação e alinhamento de PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar entre várias empresas de distribuição e o fornecedor comum Active Brands, por aproximadamente oito anos, tendo em vista a subida dos preços, a estabilidade do mercado e o aumento da respetiva rentabilidade, que a Autoridade estabelece a sua convicção quanto à existência e nocividade dos comportamentos em causa, os quais se qualificam como uma prática concertada de fixação indireta de preços, com um objeto restritivo da concorrência.

2918. 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 revela o alinhamento das insígnias com os PVP constantes das comunicações/*price targets*[1271], a prova que revela o envolvimento generalizado do mercado[1272] e a prova que revela o mercado *«alinhado»*[1273], nem o facto de a infração em causa se ter mantido ininterruptamente desde, pelo menos, 10 de maio de 2007, até, pelo menos, 16 de fevereiro de 2017, não podendo excluir-se, na realidade, que esteja ainda em curso[1274].

[1271] Cf. documentos ActiveBrands224, MCH1523, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands641, ActiveBrands638, ActiveBrands880, ActiveBrands673, ActiveBrands780, ActiveBrands799, MCH1503, ActiveBrands814, ActiveBrands831, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands193, ActiveBrands819, ActiveBrands1098, ActiveBrands684, ActiveBrands812, ActiveBrands179, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands723, ActiveBrands806, ActiveBrands733, ActiveBrands195, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands151, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands201, ActiveBrands663, ActiveBrands703, ActiveBrands572, ActiveBrands271 e ActiveBrands550.

[1272] Cf. documentos MCH1417, ActiveBrands214, ActiveBrands835, MCH1410, MCH1503, ActiveBrands108, ActiveBrands113, ActiveBrands117, ActiveBrands118, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands191, ActiveBrands198, ActiveBrands210, ActiveBrands218, ActiveBrands219, ActiveBrands220, ActiveBrands239, ActiveBrands419, ActiveBrands638, ActiveBrands673, ActiveBrands726, ActiveBrands769, ActiveBrands780, ActiveBrands784, ActiveBrands786, ActiveBrands799, ActiveBrands828, ActiveBrands834, ActiveBrands847, ActiveBrands857, ActiveBrands867, ActiveBrands872, ActiveBrands875, ActiveBrands886, ActiveBrands917, ActiveBrands923, ActiveBrands930, ActiveBrands936 ActiveBrands997, ActiveBrands1005 ,ActiveBrands1021, ActiveBrands1027, ActiveBrands1114 , ActiveBrands1126, ActiveBrands1514.

[1273] Cf. documentos MCH1417, MCH960, ActiveBrands210, ActiveBrands723, ActiveBrands1005.

[1274] Cf. capítulo III.3.4 da presente Decisão.

2919. Encontra-se, assim, preenchido nos presentes autos mais um elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC 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, não tendo as pronúncias das visadas merecido acolhimento na impugnação desta constatação.

IV.1.3.4 Caráter sensível da restrição da concorrência

2920. 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*».

2921. Acontece que os acordos ou práticas concertadas que tenham um objeto anticoncorrencial constituem, pela sua própria natureza e independentemente de qualquer efeito concreto no mercado, uma restrição sensível, ainda que os mesmos não atinjam os limiares de quotas de mercado estabelecidos pela Comissão na sua Comunicação *de minimis*[1275].

2922. 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* (...)»[1276].

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»[1277].

2923. 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*

[1275] 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*)*», *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.

[1276] 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.

[1277] 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, 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.

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*»[1278].

2924. Por conseguinte, os acordos ou as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar, de forma direta ou indireta, os PVP, consideram-se restrições sensíveis da concorrência, não negligenciáveis.

2925. 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, que é 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.

2926. Ora, nos presentes autos, está em causa uma restrição da concorrência por objeto, nos termos que resultam da jurisprudência e da prática decisória nacionais e europeias, qualificável, igualmente, segundo essas mesmas jurisprudência e práticas decisórias, como uma restrição sensível.

2927. Essa restrição é materializada numa colusão (em concreto, numa prática concertada entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas) que visa atenuar ou eliminar o grau de incerteza sobre o funcionamento do mercado em causa (designadamente, do mercado da distribuição retalhista de base alimentar, em Portugal).

2928. 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.

2929. 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.

2930. O prejuízo para os consumidores é especialmente grave quando se tem em conta que, durante o período no qual se considera ter durado a infração em causa, a Active Brands e as empresas de distribuição visadas foram — e estas últimas continuam atualmente a ser

[1278] 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.

— operadores importantes em mercados de extrema relevância em Portugal: o mercado nacional de bebidas no canal alimentar e, particularmente, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.2 da presente Decisão).

2931. No caso da Active Brands, estamos perante uma empresa que comercializou e distribuiu, ao longo de muitos anos, algumas das principais marcas de brandies/conhaques, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados, whiskies, gins, vodcas, sidras, licores, aguardentes, aperitivos e azeites.

2932. No caso das empresas de distribuição visadas, estamos perante um conjunto de empresas de grande dimensão, 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. em particular, o documento MCH1721, descrito nos §§1858 a 1860 da presente Decisão).

2933. E se, por um lado, a Active Brands (à data dos factos, e antes da sua «desativação comercial») foi uma das principais empresas que comercializou e distribuiu bebidas 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.

2934. 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.

2935. Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho alimentar gerava em Portugal, em finais de 2019, um volume de negócios de 21,7 mil milhões de euros[1279].

2936. Conclui-se assim que, no presente caso, está-se 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 Pronúncias das visadas

2937. A propósito do caráter sensível da restrição da concorrência, a Active Brands refere que «*o alegado comportamento da AB não configura uma restrição pelo objeto, pelo que não se lhe pode aplicar a referida jurisprudência. Aliás, uma restrição da concorrência não é sensível por poder ser qualificada como "por objeto". Na verdade, a sensibilidade da restrição é uma condição da restrição por objeto*»[1280].

[1279] Cf. INE, *Estatística do Comércio 2019,* de dezembro de 2020, disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=469928934&att_display=n&att_download=y, cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[1280] Cf. §563 da PNI Active Brands.

2938. Entende ainda que «*a AdC não explica por que razões conclui que a AB foi uma "das principais empresas que comercializou e distribuiu bebidas em Portugal" (§945 da NI) e de que forma é que esta afirmação se compatibiliza com o que vem escrito no capítulo "II.2.4.1 Active Brands", onde se refere que as quotas de mercado da AB na maior parte dos eventuais mercados relevantes em causa eram inferiores a 20% (e em alguns casos inferiores a 10%) no período da alegada infração*»[1281], concluindo que «[a] *tese da AdC de que o alegado comportamento é sensível não se encontra demonstrada*»[1282].

2939. A Auchan alega que, falhando os pressupostos do tipo objetivo relativos à existência de uma prática concertada e de uma restrição por objeto e por efeito, fica necessariamente prejudicada a apreciação deste elemento do tipo[1283].

2940. Na sua pronúncia, a Pingo Doce alega que, ainda que que se desse por verificada uma prática de fixação e/ou alinhamento dos preços de venda nos vários submercados 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 conclusão[1284].

2941. Entende a Pingo Doce que face à «*atomicidade dos supostos mercados de bebidas no canal alimentar (off-trade) em Portugal e a posição relativa da Active Brands, é evidente que não pode haver uma qualquer restrição da concorrência sensível*»[1285].

2942. A Pingo Doce vem igualmente arguir que mais de metade da faturação da Active Brands é feita fora do suposto «*hub and spoke*».

2943. Mais entende a Pingo Doce que a AdC recorreu erradamente à noção de 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*

[1281] Cf. §566 da PNI Active Brands.

[1282] Cf. §567 da PNI Active Brands.

[1283] Cf. §1516 da PNI Auchan. Entende a Auchan que «*não se faz qualquer ponderação concreta e factual acerca dos critérios para determinação do carácter sensível da alegada restrição, que necessitariam, antes de mais, de uma definição do mercado relevante mas também de uma análise do contexto, funcionamento e estrutura do mercado em causa, que, como vimos supra, não foram devidamente efetuadas pela AdC*» (cf. §1518 da PNI Auchan).

[1284] Cf. capítulo III.6.C) da PNI Pingo Doce.

[1285] Cf. §680 da PNI Pingo Doce.

alimentar ao consumidor final»[1286] e, assim, extrair a conclusão de que se está perante uma restrição sensível da concorrência.

IV.1.3.4.2 Apreciação da Autoridade

2944. Apreciadas as defesas das visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica desenvolvida na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2945. Em primeiro lugar, salienta-se que não foram invocados motivos atendíveis que ponham em causa a aplicação no caso concreto da jurisprudência firmada, nacional e da União Europeia, nesta matéria (cf. capítulos IV.1.3.2.1 e IV.1.3.3 da presente Decisão).

2946. Em segundo lugar, nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3 da presente Decisão, dá-se por verificada a existência de uma prática concertada entre empresas, que tem por objeto fixar, de forma indireta (com e através do fornecedor), preços de venda, pelo que a prática em causa constituiria sempre, independentemente da caracterização dos mercados e da respetiva posição das empresas visadas, uma restrição sensível da concorrência, conforme explicado no capítulo IV.1.3.6.3.

2947. É nesse sentido, aliás, que a presunção de legalidade estabelecida pelo Regulamento n.º 330/2010[1287] (que, em teoria, apenas seria mobilizável enquanto argumento caso estivessem em causa comportamentos puramente verticais, o que não é o caso, dada a dimensão horizontal demonstrada) é automaticamente afastada sempre que se trate 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*».

2948. Em terceiro lugar, recorda-se que o mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar é o mercado em que as empresas de distribuição visadas operam e em que se concretiza a prática investigada, mediante a implementação de PVP previamente concertados, não tendo a Autoridade procedido a uma segmentação mais fina deste mercado, em função da tipologia de produtos ou do âmbito geográfico, pelas razões indicadas nos capítulos III.2 e IV.1.2 da presente Decisão.

2949. Salienta-se que as três empresas de distribuição visadas são grandes cadeias de retalho, com atuação e com estratégias definidas a nível nacional e com lojas espalhadas por todo o país (cf. capítulos III.1.3, III.1.4 e III.1.5da presente Decisão).

[1286] Cf. §709 da PNI Pingo Doce.

[1287] No decurso da elaboração da presente Decisão, este diploma foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

2950. Na realidade, não poderia deixar de se considerar *sensível* uma restrição que decorre de uma concertação estabelecida entre três dos nove GGR a operar no mercado de retalho alimentar português[1288], visando eliminar a concorrência entre eles quanto a PVP.

2951. Conforme referido anteriormente, este mercado caracteriza-se pela existência de nove GGR, os quais têm progressivamente vindo a aumentar o seu poder negocial e que representam verdadeiros «*gatekeepers*» no acesso dos produtos ao consumidor final, com reforço tendencial do grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho (cf. §710 da presente Decisão)[1289].

2952. «*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*»[1290].

2953. Para além disso e conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho em que se inserem as empresas de distribuição visadas gerou em Portugal, em finais de 2018, um volume de negócios de 20,7 mil milhões de euros, sendo que as UCDR, em particular, geraram 67,1% do volume de negócios total e representaram 59,2% do pessoal ao serviço, qualificando-se, portanto, como as empresas que, em média, geram os mais elevados volumes de negócios do comércio a retalho (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

2954. Independentemente da referida análise, e ainda que a Autoridade desconsiderasse os dados estatísticos relativos aos resultados operacionais das UCDR (conforme reclamado pela Pingo Doce), recorde-se que a Active Brands se apresenta como um fornecedor com relevância na relação com as empresas de distribuição visadas, em especial nos mercados nacionais dos brandies/conhaques e aguardentes, nos quais representa entre 15% e 40% e 20% e 30%, respetivamente, da faturação das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados entre os anos 2010 e 2017, assim como no mercado de vinhos fortificados, no qual representa entre 10% a 20% da faturação das empresas de distribuição visadas no mercado identificado entre os anos 2010 e 2014, respetivamente, da faturação em cada mercado identificado e que a elevada representatividade deste fornecedor é, também, acompanhada pelo elevado volume de negócios, no retalho, de cada empresa de distribuição visada nos mercados identificados (cf. §§672 e 673 da presente Decisão).

[1288] Cf. §21 do Relatório AdC 2010.

[1289] Cf. §26 do Relatório AdC 2010.

[1290] Cf. §22 do Relatório AdC 2010.

2955. Assim sendo, em todo e qualquer caso, o impacto dos comportamentos investigados nunca poderia ser negligenciável.

2956. Não pode a Autoridade ignorar também 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[1291], bem como as dificuldades financeiras que o país (e, em particular, os consumidores portugueses) atravessava no período em que a prática investigada ocorreu.

2957. Quanto ao argumento da Active Brands que «*a AdC não explica por que razões conclui que a Active Brands foi uma "das principais empresas que comercializou e distribuiu bebidas em Portugal" (§945 da NI) e de que forma é que esta afirmação se compatibiliza com o que vem escrito no capítulo "II.2.4.1 Active Brands", onde se refere que as quotas de mercado da Active Brands na maior parte dos eventuais mercados relevantes em causa eram inferiores a 20% (e em alguns casos inferiores a 10%) no período da alegada infração*», remete-se para análise feita no capítulo III.2.4.2.1 da presente Decisão e ainda para o conteúdo do capítulo III.2.6, nos quais a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida e se baseiam as conclusões da AdC, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação e fundamentação.

2958. A Autoridade conclui, pois, pela verificação do quarto elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, estando, indubitavelmente, em causa uma restrição *sensível* da concorrência.

IV.1.3.5 Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional

2959. 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*».

2960. No presente caso, tanto a Active Brands, 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.2 582da presente Decisão).

2961. Por outro lado, todos os mercados relevantes identificados na presente Decisão possuem dimensão nacional (cf. capítulo III.2 da presente Decisão).

2962. Consequentemente, os comportamentos das empresas visadas assumem uma verdadeira dimensão nacional, o que é confirmado pelos elementos de prova constantes do processo, que revelam que a prática concertada em causa visava e ocorria na totalidade do território nacional (neste sentido, veja-se os documentos ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands971, ActiveBrands98 e ActiveBrands810 referidos e analisados *supra*).

[1291] Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho alimentar gerava em Portugal, em finais de 2018, um volume de negócios de €20,7 mil milhões (cf. capítulo III.2 da presente Decisão).

2963. A circunstância de os elementos de prova se referirem a várias 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, inexistindo elementos probatórios no sentido de concluir que o alinhamento de PVP se destinava a uma parte do território nacional ou era vocacionado para uma determinada região.

2964. 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.

2965. Se, por um lado, a produção e comercialização de bebidas (em particular, de vinhos tranquilos, vinhos fortificados e aguardentes) desempenha no nosso país um papel histórico e 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.

2966. Trata-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.

2967. Tendo em conta o âmbito de atuação das empresas em causa, os agentes económicos envolvidos, a importância dos setores económicos em causa, bem como a existência de um verdadeiro plano de coordenação, de âmbito nacional, entre fornecedor e empresas de distribuição visadas, e os objetivos que este plano visa, a infração em apreço refere-se e tem impacto em todo o território nacional.

2968. Pelo exposto, considera-se que 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 Pronúncias das visadas

2969. A Pingo Doce entende que a AdC não efetuou a delimitação dos mercados relevantes de forma economicamente sustentável e assinala que no período em causa não tinha lojas próprias nos Açores e não explorava diretamente lojas na Madeira[1292]. Refere que «*a insuficiência de tais elementos de "*prova*" não permite sustentar uma restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional*» [1293].

[1292] A Pingo Doce não tem lojas nos Açores e utiliza outra entidade jurídica (Lidosol) para operar na Madeira.

[1293] Cf. capítulo III. D) da PNI Pingo Doce, em particular §723.

IV.1.3.5.2 Apreciação da Autoridade

2970. 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 Ilicitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2971. A Autoridade começa por salientar que os contornos da prática investigada exigem que se aprecie os comportamentos das 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.

2972. Pelos motivos aduzidos nos capítulos III.2.2 e IV.1.2.2 da presente Decisão, a Autoridade concluiu pela manutenção da posição adotada na Nota de Ilicitude quanto à dimensão geográfica nacional dos mercados envolvidos, incluindo as regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

2973. Adicionalmente, a Autoridade concluiu pela verificação de um processo de alinhamento e fixação indireta de PVP que abrange a atuação de três dos nove GGR a operar no mercado nacional português e, bem assim, de um fornecedor relevante nos mercados portugueses em que atua (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2974. A realidade que resulta desta factualidade (i.e. o âmbito nacional dos mercados envolvidos e a abrangência da operação comercial das – de todas as – empresas participantes) seria suficientemente indicativa da dimensão nacional dos comportamentos em causa.

2975. Não obstante, sempre se dirá que essa realidade é, para além do mais, consentânea com a prova junta aos autos, que demonstra que a prática concertada de fixação indireta dos PVP possui um claro âmbito geográfico nacional, visando a totalidade do território português (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2976. Com efeito, 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 Açores, sendo o objetivo partilhado por todas as visadas prosseguido mediante um plano estratégico de fixação e alinhamento de PVP que visa a totalidade do país (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2977. Conforme a própria Auchan afirma no §1544 da sua PNI «*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*».

2978. Em primeiro lugar, há meios de prova que fazem referência expressa ao facto de os *price targets*/PVP comunicados terem aplicação a nível nacional (cf. documentos ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands971 e ActiveBrands810).

2979. A título ilustrativo, recorde-se o teor do documento ActiveBrands810, no qual após o envio de uma «*verificação*» de PVP, uma colaboradora da Pingo Doce refere: «*(...)* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *o pvp a nível nacional esta a 3.69?*», ao que obtém resposta afirmativa da pessoa singular visada, referindo: *«Também já enviei recomendação para o PD do continente. Melhores cumprimentos* (...)».

2980. Em segundo lugar, há meios de prova que demonstram que os pedidos de reposicionamento de PVP que a Active Brands dirige às insígnias têm em vista alinhar/nivelar e estabilizar os PVP na totalidade do mercado (cf. documentos MCH1417, ActiveBrands894, ActiveBrands933, ActiveBrands723, ActiveBrands210, ActiveBrands886)

2981. A título ilustrativo, recorde-se o teor do documento ActiveBrands894, em que a pessoa singular visada refere à Pingo Doce que «[s]*ão os preços que estamos a recomendar para o conjunto do mercado a partir de 1 de Julho*», ou ainda o documento ActiveBrands723, em que a Active Brands solicita à Auchan «(...) *[s]e possível peço o favor de verificares alguns PVP's de alguns artigos: (no sentido de evitarmos o quanto antes respostas nacionais desnecessárias e indesejáveis)*».

2982. Em terceiro lugar, há meios de prova que atestam o alinhamento do mercado e que demonstram que tal ocorria a nível nacional (cf. documentos ActiveBrands807, ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands971 e ActiveBrands810). Como referido na Nota de Ilicitude (cf. §952 da Decisão de Inquérito), a circunstância de os elementos de prova se referirem a várias 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.

2983. A título ilustrativo, recorde-se o teor do documento ActiveBrands807, no qual, em resposta a um pedido de verificação por parte da pessoa singular visada, um colaborador da Auchan afirma: « [Diretor Off-Trade - Active Brands]*,* [t]*enho todas as lojas do Grupo desde dia 7/1 a 9.48€, a minha concorrência continua a baixo deste preço.*».

2984. Em quarto lugar, porventura o aspeto mais relevante em resposta à alegação da Pingo Doce, há meios de prova que se referem especificamente às regiões autónomas da Madeira e dos Açores, que atestam igualmente (em alguns destes casos) o alinhamento de lojas das empresas de distribuição visadas na Madeira e nos Açores com o posicionamento de PVP *target* (cf. documentos ActiveBrands810, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands685).

2985. O que a globalidade da prova revela, em particular os documentos acima identificados, é que, não obstante a possibilidade de existirem diferenças entre zonas do país, os comportamentos visam e foram adotados na totalidade do território.

2986. A título ilustrativo, não obstante as ações de monitorização poderem, nalguns casos, segmentar-se por *clusters*/zonas de referência (e.g. Portugal continental/Madeira/Açores), as mesmas, no seu conjunto, têm abrangência nacional.

2987. O mesmo sucede em termos de definição de PVP; não obstante poder definir-se PVP distintos para Portugal continental e regiões autónomas, verificam-se situações de alinhamento com os *price target* para a totalidade do território.

2988. Em qualquer dos casos, a prova analisada revela uma estratégia de implementação nacional, independentemente de pontuais especificidades regionais ou locais.

2989. Em resultado do exposto, ainda que a Autoridade tivesse atribuído uma dimensão geográfica diferente aos mercados envolvidos e mesmo que nem todas as empresas de distribuição visadas operem na totalidade do mercado nacional no período em que ocorreu a infração, não resta nenhuma dúvida de que a prática visava se concretizou na totalidade do mercado nacional.

2990. Recorde-se, aliás, 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.

2991. A circunstância de os elementos de prova se referirem a inúmeras zonas do território português, incluindo às regiões autónomas da Madeira e dos Açores, apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo cada um de tais elementos de prova ser isoladamente considerado.

2992. 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.

2993. Pelo exposto, considera-se que a infração em apreço afeta todo o território português, improcedendo a argumentação apresentada pela Pingo Doce a este respeito.

IV.1.3.6 Suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

2994. 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 n.º 19/2012, e seja suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-membros.

2995. 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.

2996. O critério da suscetibilidade de afetação do comércio intracomunitário constitui assim um critério autónomo de direito da União Europeia, que deve ser apreciado numa base casuística. Trata-se de um critério de determinação da jurisdição, que define o âmbito de aplicação do direito da concorrência da União Europeia.

2997. 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 grave da infração e, sobretudo, a sua vocação para falsear a concorrência no mercado nacional – o que, como se viu, sucede no caso em apreço – fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos afetarem o comércio entre os Estados-Membros.

2998. De facto, desde o acórdão *Cementhandelaren* de 1972[1294], e posteriormente em 1985 com o acórdão *Remia*[1295], 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, e na medida em que cria barreiras nacionais, o efeito de entravar a interpenetração económica pretendida pelo Tratado da União Europeia.

2999. Com efeito, nas palavras do Tribunal de Justiça 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, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE (...)»*[1296].

3000. 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)[1297].

3001. Para além de outras indicações relevantes a que se fará referência *infra* no presente capítulo, as Orientações da Comissão confirmam o acima referido a propósito da

---

[1294] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren c. Comissão*, processo n.º 8/72, Colet. 1972 p. 333.

[1295] Cf. 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.

[1296] 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 - 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.

[1297] 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.

jurisprudência dos tribunais da União Europeia quanto a acordos que afetam todo o território de um Estado-Membro:

«(…) 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»[1298].

3002. Este entendimento foi também já sufragado pela jurisprudência nacional, conforme resulta da sentença do TCRS no caso *Firmo c. AdC,* no qual é, aliás, citada a 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 [atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE], *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 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 (…).

[1298] 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.

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»[1299].

3003. O TCRS, 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»[1300].

3004. No mesmo sentido, o TCRS referiu que:

«(⋯) *apresentando-se as visadas como líderes no mercado português, pertencentes a grandes grupos de empresas com dimensão internacional e presença noutros Estados-Membros, os seus comportamentos conduziram à alteração, em todo o território de Portugal continental, das condições concorrenciais na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, sendo, por isso, suscetíveis de afetar o respetivo mercado nacional, anulando qualquer comportamento concorrencial por parte das únicas empresas que operavam no mercado em causa, e, subsequentemente, face à sua gravidade e dimensão, suscetíveis de produzir os mesmos efeitos no comércio entre os Estados-Membros, quando, ademais, a dinâmica e a estrutura concorrencial do mercado são fatores tidos em consideração por investidores internacionais no mercado nacional*» [1301].

3005. Também o TCRS, mais recentemente, afirmou que:

«*Ora, tendo em conta o exposto e sabendo-se como se sabe que a aplicação do critério da susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros é independente da definição dos mercados geográficos relevantes, sabendo-se também que a susceptibilidade de afectar implica inevitavelmente a desnecessidade do acordo ou a prática terem tido, efectivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, não existindo por isso obrigação ou necessidade de calcular o volume efectivo de comércio entre os Estados-Membros afectado pelo acordo ou prática (⋯)*»[1302].

[1299] Cf. Sentença do TCRS de 25 de maio de 2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, página 125.

[1300] Cf. Sentença do TCRS de 25 de maio de 2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, página 127.

[1301] Sentença proferida em 6 de setembro de 2021 pelo 2.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 249/18.0YUSTR-F, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1302] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

3006. No caso *sub judice*, ficou amplamente demonstrado, com recurso a elementos de prova sérios, precisos e concordantes, que a prática em causa tem um objeto restritivo da concorrência, na medida em que consubstancia uma prática concertada de fixação e alinhamento de preços (dos produtos da Active Brands) do mercado da distribuição retalhista de base alimentar nacional.

3007. Com efeito, trata-se de comportamentos de índole 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 consumidores), sendo como tal considerados, à luz da jurisprudência dos tribunais nacionais e da União Europeia, como restrições com um objeto anticoncorrencial.

3008. Por outro lado, ficou demonstrado (cf. capítulo IV.1.3.5 da presente Decisão) que a infração em apreço afeta todo o mercado nacional.

3009. 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 *intramarcas,* comprometendo o bem-estar dos consumidores.

3010. Efetivamente, em virtude da prática concertada em apreço, as empresas de distribuição visadas abstiveram-se de concorrer pelo preço dos produtos do *portfolio* comercializados/distribuídos pela Active Brands em todo o território nacional.

3011. Além disso, o comércio entre Estados-Membros afetado pela prática anticoncorrencial poderá ter sido hipoteticamente agravado pelo desincentivo à entrada de novas empresas provenientes de outros Estados-Membros no mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar e nos mercados grossistas de distribuição de bebidas.

3012. Também se poderá acrescentar que as condições de vantagem comercial criadas pela prática anticoncorrencial criam desincentivos aos investimentos de empresas portuguesas noutros Estados-Membros, uma vez que as margens obtidas em Portugal (em resultado da prática anticoncorrencial) são superiores às margens que seriam obtidas noutros Estados-Membros (em regime de livre concorrência), desincentivando, assim, investimentos fora do país..

3013. Nestes termos, aplicando a jurisprudência acima referida, tratando-se de uma prática concertada com um objeto anticoncorrencial que abrange o território nacional e que 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*», conclui-se pela aplicação do artigo 101.º do TFUE aos comportamentos anticoncorrenciais em causa no presente processo, uma vez que a prática concertada sub judice é suficientemente apta a afetar o comércio entre Estados-Membros.

3014. 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.

3015. 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*»; e (iii) o conceito de «*carácter sensível*».

IV.1.3.6.1 O conceito de comércio entre os Estados-Membros

3016. Em primeiro lugar, importa referir, tal como a Comissão clarifica, que o conceito de «*comércio*» 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 capitais[1303].

3017. 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, bem como as atividades económicas que a empresa desenvolve[1304].

3018. 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*)[1305].

3019. Daqui decorre que o facto de o mercado da distribuição retalhista alimentar ter um âmbito geográfico nacional em nada impede a conclusão de que se verifique a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros.

3020. No caso concreto, nos termos desenvolvidos *supra* nos capítulos III.2 e III.3, a prática em causa, desenvolvida durante, pelo menos, aproximadamente oito anos, abrangeu a

[1303] 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.

[1304] 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.

[1305] 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.

totalidade do território nacional, com necessário impacto no comércio entre Estados-Membros, afetando (ou sendo, pelo menos, suscetível de afetar) a estrutura concorrencial do mercado nacional, nomeadamente de distribuição retalhista alimentar.

IV.1.3.6.2 A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros

3021. No sentido de aferir como deve ser avaliado o potencial efeito de afetação do comércio entre Estados-Membros 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.

3022. 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 efeito[1306].

3023. Refira-se ainda que, de acordo com as Orientações da Comissão, a avaliação da suscetibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros baseia-se em fatores objetivos, não sendo necessária uma intenção subjetiva por parte das empresas em causa[1307].

3024. 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 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-Membros[1308].

3025. 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.

[1306] 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 26.

[1307] 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 25.

[1308] 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 23.

3026. 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 causa[1309].

3027. Neste sentido, destaca-se a jurisprudência 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 forma[1310].

3028. 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, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE*»[1311], prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

3029. No caso concreto, as empresas visadas nos autos ou integram grupos económicos internacionais ou são grandes empresas nacionais com forte presença internacional, conforme resulta dos §§3054 e 3055 do capítulo seguinte.

3030. 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 na totalidade do 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 interpenetração económica pretendida pelo TFUE.

[1309] 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, parágrafos 26 e 27.

[1310] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 1981, Coöperatieve Stremsel – en Kleurselfabriek c. Comissão, processo 61/80 - parágrafo 15; 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, parágrafo 38.

[1311] 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.

IV.1.3.6.3 O conceito de caráter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

3031. 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 importância[1312].

3032. De acordo com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, o caráter 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 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*»[1313].

3033. 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 empresas[1314]; 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%.

3034. 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*

[1312] 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 44.

[1313] 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 44.

[1314] «*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.

operação global constituem um único acordo. As empresas não podem, para beneficiar destes limiares, segmentar um acordo que, numa perspectiva económica, constitua um todo»[1315] (sublinhado da Autoridade).

3035. Daqui resulta que o caráter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas nos mercados em causa, sendo a avaliação desse caráter sensível determinada em função das circunstâncias específicas do caso concreto, designadamente da natureza do acordo ou da prática concertada em apreço, da natureza dos produtos abrangidos e das quotas de mercado das empresas em causa[1316].

3036. Nos §§86 a 92 das referidas Orientações, a Comissão fornece exemplos de acordos 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 prevêem 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).

3037. A jurisprudência nacional proferida em processos contraordenacionais por infrações jusconcorrenciais tem adotado entendimento idêntico ao acima exposto quanto ao critério da suscetibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros.

3038. Já em 2011, o Tribunal do Comércio de Lisboa se tinha pronunciado no seguinte sentido:

«[C]*omo resulta da própria comunicação* [referindo-se à Comunicação da Comissão Europeia, também referenciada na presente Decisão] *a conclusão de que estamos perante uma actividade que afecta de forma sensível o comércio entre os Estados-membros é casuística. Ou seja, importa analisar a actividade económica e o impacto da mesma, tendo [p. 62] como base critérios objetivos de direito ou de facto, a fim de concluirmos pela violação ou não do mencionado normativo. O próprio facto da existência de uma empresa com posição dominante em todo o território de um Estado-Membro poderá bastar, por si só, para dificultar a penetração*

[1315] 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, parágrafos 56 e 57.

[1316] 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 45.

no mercado e nessa medida estaria preenchida a previsão do artigo 102.º do Tratado. Entendeu a Autoridade da Concorrência que a circunstância de a arguida deter uma posição dominante que abrange a totalidade de um Estado-Membro e desenvolver uma prática abusiva que tem por objecto ou como efeito a exclusão de concorrentes dificulta a penetração dos concorrentes de outros Estados-Membros no mercado nacional, o que se revela susceptível de afectar a estrutura do comércio intracomunitário. Considerando o quadro factual em causa nos presentes autos, entende o Tribunal que assiste razão à Autoridade da Concorrência. […] Resta então definir se essa decisão é suscetível de afectar o comércio entre os Estados-Membros. A decisão aqui em causa estende-se a todo o território nacional […]. Ora, desde logo, importa concluir que, abrangendo todo o território de um Estado-Membro, o Regulamento é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros na acepção dos artigos 81.º do Tratado [atual artigo 101.º do TFUE], pois dificulta o acesso de outros prestadores ao mercado português de formação de técnicos oficiais de contas, restringindo o exercício da actividade nesta área […, p. 63]. Face a todo o exposto, entende o tribunal que a conduta da arguida é também violadora do artigo 81.º, n.º 1, al. A), do Tratado CE [p.64]»[1317].

3039. O TRL confirmou na totalidade a acima mencionada sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa (no seguimento de acórdão do Tribunal de Justiça proferido em sede de apreciação de questão prejudicial suscitada nos mesmos autos[1318]), tendo afirmado o seguinte:

«*Deve ainda atentar-se em que, tal como decorre do afirmado quer pelo Tribunal do Comércio quer pelo TJUE, o mercado relevante em causa é todo o território nacional e o art. 101.º, 1, do TFUE abrange quer os efeitos actuais quer os potenciais da decisão em apreço, havendo, pois, que considerar não apenas a produção pretérita ou actual do Regulamento de efeitos nefastos na concorrência no mercado interno, como também a possibilidade de esse risco se verificar no futuro (sendo necessário não olvidar que a [p. 76] contra-ordenação ao art.º 4.º, 1, da Lei 18/2003, de 11-6 exige apenas o mero perigo concreto e não o resultado). Acresce que, uma vez que se aplica ao conjunto do território do Estado-Membro em questão, um regulamento como o regulamento controvertido é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção do art. 101.º do TFUE. Ora, as condições de acesso ao mercado de formação obrigatória dos TOC impostas pelo regulamento controvertido são susceptíveis de ter uma importância não despicienda na escolha das empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes da República Portuguesa de exercer ou não as suas actividades neste último Estado-Membro […, p. 77]*»[1319].

3040. No caso *sub judice*, a prática em causa abrange aquela que foi, durante um período considerável, uma das maiores empresas portuguesas no setor da distribuição e

[1317] Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 29 de abril de 2011, 1.º Juízo, processo n.º 938/10.7TYLSB.

[1318] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, processo n.º C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

[1319] Cf. Acórdão do TRL de 7 de janeiro de 2014, 5.ª Secção, processo n.º 938/10.7 TYLSB.L1.

comercialização de bebidas e, bem assim, as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional, o que contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e, consequentemente, para o reforço das barreiras nacionais (cf. capítulos III.1.1 e III.2.4 da presente Decisão)[1320].

3041. Considera-se, assim, que as empresas visadas dispõem de um poder económico suficientemente relevante para que as suas práticas sejam suscetíveis de afetar de forma sensível o comércio entre Estados-Membros.

IV.1.3.6.4 Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto

3042. 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 adotada pelas insígnias concorrentes, criando um nível de transparência no mercado nacional que de outra forma não existiria. Permite, também, a fixação e o alinhamento dos PVP dos produtos de um determinado fornecedor no mercado da distribuição retalhista de base alimentar.

3043. Com efeito, como decorre da descrição dos elementos probatórios constante do capítulo IV.1.3.2 da presente Decisão, a prática concertada de «*hub and spoke*» aqui em causa visa, precisamente, que as empresas de distribuição visadas conheçam o posicionamento, atual e futuro dos PVP de insígnias concorrentes, possibilitando assim o alinhamento das respetivas políticas comerciais no mercado retalhista, no que respeita aos produtos do *portfolio* da Active Brands.

3044. Só por si, esta prática é suscetível de influenciar as caraterísticas do mercado nacional, globalmente considerado.

3045. Acresce o facto de o volume de negócios anual agregado das empresas visadas (na ordem de 10.100 milhões de euros em 2021 ser bastante superior ao limiar mínimo estabelecido pela Comissão Europeia para afetar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros[1321] (40 milhões de euros) em Portugal (cf. capítulo III.2.4 da presente decisão), e de as quotas de mercado agregadas das empresas visadas, nomeadamente das empresas de distribuição visadas, bem como da Active Brands nos mercados dos vinhos tranquilos / fortificados e aguardentes, ultrapassarem o limiar de 5%.

[1320] 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.

[1321] Cf. §3033 da presente Decisão.

3046. De facto, a prática em causa abrange aquela que foi, durante um período considerável, uma das maiores empresas portuguesas no setor da distribuição e comercialização de bebidas e as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional, o que contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e, consequentemente, para o reforço das barreiras nacionais (cf. capítulos III.1.1 e III.2.4 da presente Decisão)[1322].

3047. Deste modo, considera-se que as empresas 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.

3048. Efetivamente, em termos de *portfolio*, a Active Brands (à data dos factos, e antes da sua «*desativação comercial*») comercializava/distribuía em Portugal mais de 30 marcas (portuguesas e estrangeiras) de reconhecimento nacional e internacional, ao longo do período da prática da infração, nomeadamente as marcas do Grupo Gestvinus (por exemplo, vinhos «Loios», e «Marquês de Borba», brandy «1920» e, a partir de 2016, aguardente «CR&F») e de outras empresas (como as marcas «Burmester» e «Cálem» detidas pela Sogevinus a «Licor Beirão» detida pela J.Carranca Redondo ou a «Jim Beam» detida pela Bean Suntory) (cf. capítulo III.1.1 da presente decisão).

3049. Acresce que a Active Brands é detida pela empresa Gestvinus[1323] que detém, igualmente, a totalidade do capital social das empresas J. Portugal Ramos Vinhos S.A., Duorum Vinhos S.A., Conde Foz de Arouce, Vinhos, S.A., CR&F Unipessoal, Lda., J. Portugal Ramos II – Wines & Spirits, Lda. (JPR), Consulvinus – Produção e Comércio, S.A., Scanivinus, Lda. e J. Portugal Ramos Sociedade Agrícola, S.A. (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

3050. Embora a Active Brands apenas atuasse no mercado nacional[1324], até ao final do ano de 2017, o Grupo Gestvinus comercializava os seus produtos para o mercado internacional, por norma, mediante a realização de vendas efetuadas individualmente por cada uma das

[1322] Recorde-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.

[1323] A Gestvinus é acionista da Active Brands desde janeiro de 2008 e acionista única desde novembro de 2013.

[1324] Até abril de 2018, as vendas para o mercado nacional eram efetuadas por cada uma das sociedades do Grupo Gestvinus à Active Brands (excluindo as vendas na adega de Estremoz e Almeirim diretamente ao consumidor final, e ainda para as lojas francas, para os trabalhadores do Grupo e para as regiões autónomas da Madeira e dos Açores) (cf. fls. 1567 a 1571 do processo).

sociedades participadas a cada cliente estrangeiro[1325] (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

3051. Existe, pois, pelo menos no que à Active Brands se refere (atendendo à atividade por si desenvolvida à data dos factos, e antes da sua desativação comercial), uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros.

3052. Sucede que também as empresas de distribuição visadas pertencem a alguns dos grupos económicos com maior peso em Portugal.

3053. Por um lado, a Auchan é detida por uma sociedade sedeada noutro Estado-Membro (cf. capítulos III.1.3 da presente Decisão).

3054. 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 tem mais de 3.000 estabelecimentos comerciais na Polónia[1326] e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia[1327] (cf. capítulos III.1.4 e III.1.5 da presente Decisão).

3055. 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).

3056. 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 interpenetração económica

[1325] Desde abril de 2018, a JPR comercializa as marcas das sociedades do Grupo Gestvinus para o mercado, as lojas francas, os trabalhadores do Grupo e as regiões autónomas da Madeira e dos Açores (cf. fls. 1567 a 1571 do processo).

[1326] 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. 1924 do processo.

[1327] 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. 1924 do processo.

pretendida pelo TFUE[1328], assim prejudicando os objetivos comuns ali previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

3057. Ora, a natureza 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 distribuição de bebidas, contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e consequentemente para o reforço das barreiras nacionais que subsistem na distribuição de retalho alimentar.

3058. 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 interpenetração económica de forma significativa nos mercados relevantes identificados.

3059. Deste modo, considera-se, pelo exposto, que se verifica, *in casu*, a condição de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, requerida para efeitos do preenchimento do tipo objetivo do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.3.6.5 Pronúncias das visadas

3060. A propósito desta matéria, a Auchan[1329] considera que a AdC não logrou fazer prova dos três elementos fundamentais do requisito que determina a aplicação do direito da União Europeia, que são:

- O conceito de comércio entre Estados-Membros, já que não procurou caracterizar a existência de um impacto mínimo nas atividades económicas transfronteiriças entre pelo menos dois Estados-Membros;
- A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, uma vez que a atividade em causa (distribuição retalhista) se desenvolve necessariamente a nível nacional e não resulta qualquer restrição à entrada de empresas que visassem concorrer com as visadas no mercado português; e
- O conceito de caráter sensível, uma vez que a informação constante dos autos diz respeito a dados de *shopping*, pelo que não entende como poderá a alegada prática

[1328] 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.

[1329] Cf. capítulo III.2.5 da PNI Auchan.

concertada ter contribuído para um grau de transparência adicional no mercado que de outra forma não existiria.

3061. Adicionalmente, defende a Auchan que os mercados retalhistas em causa têm uma natureza local e que, no caso concreto, sempre estariam circunscritos aos mercados do produto considerados (e que representam uma percentagem ínfima das vendas da Auchan e das demais insígnias) ou, no mesmo sentido, uma parte inexpressiva das compras dos portugueses em supermercados e hipermercados.

3062. 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*»[1330].

3063. Assim, a Pingo Doce recorre à jurisprudência e doutrina para sustentar a recusa da aplicabilidade do artigo 101.° do TFUE à prática *sub judice*, alegando que[1331]:

- Seriam necessários factos que demonstrassem 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 «*suscetibilidade 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 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.

3064. 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.° do TFUE.

3065. Finalmente, defende a Pingo Doce que, de acordo com as orientações da Comissão Europeia, não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que preencham, cumulativamente, determinadas condições[1332], pelo que, em função das quotas de mercado e dos volumes de negócio das visadas, verifica-se

[1330] Cf. §724 da PNI Pingo Doce.

[1331] Cf. capítulo III. E) da PNI Pingo Doce

[1332] Segundo a Pingo Doce, nomeadamente, 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 ocorre (cf. §783 da PNI Pingo Doce).

a presunção negativa aplicável à pretensa prática concertada na aceção do n.° 1 do artigo 101° do TFUE, de modo que inexiste um efeito sensível no comércio entre Estados-Membros.

3066. Concluem estas visadas que não se vislumbra a probabilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros.

IV.1.3.6.6 Apreciação da Autoridade

3067. Apreciadas as defesas 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 Ilicitude, acima retomada, a respeito da afetação do comércio entre Estados-Membros.

3068. A Autoridade começa por recordar dois pressupostos fundamentais nesta matéria.

3069. 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 abrange ou está implantada em vários Estados-Membros, tal não significa que uma prática restritiva da concorrência que ocorre em apenas um Estado-Membro não seja igualmente suscetível de determinar essa afetação[1333], 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, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado*»[1334].

3070. Ora, neste caso e conforme demonstrado, a prática visa e ocorre em mercados de âmbito geográfico nacional, tendo produzido efeitos em todo o mercado, incluindo as regiões autónomas dos Açores e da Madeira, sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas visadas (cf. capítulos III.2.2 e IV.1.2.2 da presente Decisão, na linha, aliás, do sustentado na Nota de Ilicitude).

3071. Conforme a própria Auchan afirma no §1544 da sua PNI[1335] «*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*».

3072. 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

[1333] Cf., neste sentido, sentença do TCRS, 1.º juízo, de 4 de junho de 2014, processo n.º 204/13.6YUSTR, p. 210.

[1334] Cf., neste sentido, acórdão *Remia* BV, de 11 de julho de 1985. Cf. também acórdão C-125/07 P *Club Lombard* de 24 de setembro de 2009 e C-238/05 *AsnexEquifax e Administración del Estado* de 23 de novembro de 2006.

[1335] Em contradição com o que afirma no §1559 da sua PNI, de que «*os mercados retalhistas em causa têm uma natureza local*».

seja aplicável, não seja 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)[1336].

3073. Consequentemente, na determinação do grau suficiente de probabilidade de afetação, 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 prática[1337], podendo apreciar-se o tal *caráter sensível* por referência, por exemplo, à posição e à importância das empresas envolvidas no caso concreto[1338].

3074. Na Nota de Ilicitude, à luz das orientações da Comissão, da jurisprudência da União 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 futura das suas concorrentes, criando um nível de transparência no mercado nacional que de outra forma não existiria (cf. §896 da Nota de Ilicitude e §2789 da presente Decisão);

ii) A prática envolve, durante um período considerável, uma das maiores empresas portuguesas no setor da distribuição e comercialização de bebidas e as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional, o que contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e, consequentemente, para o reforço das barreiras nacionais (cf. capítulos III.1.1 e III.2.4 da presente Decisão) (cf. §§1002 da Nota de Ilicitude e §§3046 da presente Decisão);

iii) Deste modo, considera-se que as empresas visadas dispõem de um poder económico suficientemente significativo para que as suas práticas sejam suscetíveis de afetar de maneira sensível o comércio entre Estados-Membros;

iv) A Active Brands (à data dos factos, e antes da sua «*desativação comercial*») comercializava/distribuía em Portugal mais de 30 marcas (portuguesas e estrangeiras) de reconhecimento nacional e internacional, ao longo do período da prática da infração, nomeadamente as marcas do Grupo Gestvinus (por exemplo, vinhos «Loios», e «Marquês de Borba», brandy «*1920*» e, a partir de 2016, aguardente «CR&F») e de outras empresas (como as marcas «*Burmester*» e «Cálem» detidas pela Sogevinus a «Licor Beirão» detida pela J.Carranca Redondo ou a «Jim Beam» detida pela Bean Suntory) (cf. §1004 da Nota de Ilicitude e §3048 da presente Decisão);

v) A Active Brands é detida pela empresa Gestvinus que detém, igualmente, a totalidade do capital social das empresas J. Portugal Ramos Vinhos S.A., Duorum Vinhos S.A., Conde Foz de Arouce, Vinhos, S.A., CR&F Unipessoal, Lda., J. Portugal

[1336] 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* [101.º e 102.º do TFUE] *do Tratado*», parágrafo 26.

[1337] *Idem*, parágrafo 27.

[1338] *Idem*, parágrafo 45.

Ramos II – Wines & Spirits, Lda. (JPR), Consulvinus – Produção e Comércio, S.A., Scanivinus, Lda. e J. Portugal Ramos Sociedade Agrícola, S.A. (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão), e embora atuasse apenas no mercado nacional, até ao final do ano de 2017, o Grupo Gestvinus comercializava os seus produtos para o mercado internacional, por norma, mediante a realização de vendas efetuadas individualmente por cada uma das sociedades participadas a cada cliente estrangeiro (cf. §§1005 e 1006 da Nota de Ilicitude e §§3049 e 3050 da presente Decisão);

vi) Existe, pois, pelo menos no que à Active Brands se refere (atendendo à atividade por si desenvolvida à data dos factos, e antes da sua «*desativação comercial*»), uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros;

vii) A Auchan é detida por uma empresa sedeada noutro Estado-Membro (cf. capítulo III.1.3 da presente Decisão);

viii) A MCH e a Pingo Doce têm uma forte presença internacional, em especial noutros Estados-Membros da União Europeia sendo que, por exemplo, o Grupo Jerónimo Martins tem mais de 3.000 estabelecimentos comerciais na Polónia[1339], e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia[1340] (cf. capítulos III.1.4 e III.1.5 da presente Decisão); e

ix) A prática investigada visa e produziu, de facto, efeitos a nível nacional (cf. §§949 a 957 da Nota de Ilicitude e §§2976 a 2982 da presente Decisão)[1341].

3075. A Autoridade salientava ainda na Nota de Ilicitude que, em todo o caso, o preenchimento do critério da afetação do comércio entre Estados-Membros decorria, no caso concreto,

[1339] 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 €13.5 milhões em vendas (dados a 31 de dezembro de 2020) – cf. https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/, consultado em 10 de novembro de 2020, e junto a fls. 1924 do processo.

[1340] 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, consultado em 10 de setembro de 2020, e junto a fls. 1924 do processo.

[1341] A título ilustrativo, recorde-se a prova que revela o alinhamento das insígnias com os PVP constantes das comunicações/*price targets* (cf. documentos ActiveBrands224, MCH1523, ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands1019, ActiveBrands641, ActiveBrands638, ActiveBrands880, ActiveBrands673, ActiveBrands780, ActiveBrands799, MCH1503, ActiveBrands814, ActiveBrands831, ActiveBrands820, ActiveBrands181, ActiveBrands183, ActiveBrands193, ActiveBrands819, ActiveBrands1098, ActiveBrands684, ActiveBrands812, ActiveBrands179, ActiveBrands198, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands723, ActiveBrands806, ActiveBrands733, ActiveBrands195, ActiveBrands189, ActiveBrands924, ActiveBrands817, ActiveBrands191, ActiveBrands816, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922, ActiveBrands151, ActiveBrands1016, ActiveBrands993, ActiveBrands810, ActiveBrands808, ActiveBrands201, ActiveBrands663, ActiveBrands703, ActiveBrands572, ActiveBrands271 e ActiveBrands550).

desde logo, do facto de a prática investigada se qualificar como uma restrição por objeto e uma restrição sensível da concorrência, por inerência grave, o que a torna suscetível, por si só, de influenciar as caraterísticas estruturais do(s) mercado(s) em causa (cf. §1013 da Nota de Ilicitude e §3057 da presente Decisão).

3076. Concluía, assim, a Autoridade que a natureza 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 nos setores alimentar, cuidado da casa e cuidado pessoal, contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o reforço das barreiras nacionais e para o isolamento do mercado português.

3077. Com efeito, a prática em causa tem como efeito o reforço da segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificulta a penetração económica pretendida pelo TFUE, prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

3078. Não assiste, portanto, razão às visadas quando alegam que a Autoridade não justificou devidamente a suscetibilidade de afetação sensível do comércio entre Estados-Membros, não fazendo prova dos três requisitos fundamentais.

3079. Mais, não resultam das defesas das visadas, nem factos, nem elementos de prova, que afastem o que resulta demonstrado nos termos descritos nos parágrafos anteriores.

3080. Em síntese e 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 de vegetais preparados, derivados de tomate e bebidas.

3081. Aliás, como referido anteriormente (cf. §3050 da presente Decisão) o comércio transfronteiriço dos produtos comercializados pela Active Brands é, hoje em dia, uma realidade.

3082. 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 a mesma se estende a todo o território nacional, tendo por efeito a compartimentação dos mercados a nível nacional, circunstância que se verifica no caso concreto (cf. capítulo IV.1.3.6 da presente Decisão).

3083. Efetivamente, a prática acontece em mercados de âmbito geográfico nacional e visa ser aplicada a nível nacional, sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas visadas (cf. documentos MCH1523, ActiveBrands226, ActiveBrands239, ActiveBrands218, ActiveBrands219, ActiveBrands232, ActiveBrands799, ActiveBrands113, ActiveBrands807, ActiveBrands1098, ActiveBrands1484, ActiveBrands1473, ActiveBrands1071, ActiveBrands1016, ActiveBrands1505, MCH2915, ActiveBrands92, ActiveBrands971, ActiveBrands847, ActiveBrands382, ActiveBrands1000, ActiveBrands410, ActiveBrands168,

ActiveBrands1297, ActiveBrands1591, ActiveBrands269, ActiveBrands30, ActiveBrands58 e ActiveBrands487).

3084. 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 indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio, com base num conjunto de fatores objetivos, de facto ou de direito.

3085. No caso concreto, a Autoridade demonstra a referida suscetibilidade de influenciar, com certa magnitude, a estrutura do comércio com base no conjunto de fatores enunciados no §3074 da presente Decisão.

3086. Deve salientar-se 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*»[1342].

3087. «[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)*»[1343].

3088. No caso *sub judice*, sucede que, como referem as próprias empresas visadas nas respetivas defesas, 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 referidos GGR, que atuam como verdadeiros *«gatekeepers»* no acesso dos produtos ao consumidor final (cf. alínea i) do §675 da presente Decisão)[1344]; e

ii) Grande transparência, que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação (cf. alínea vii) do §675 da presente Decisão).

3089. Para além disso, como resulta da matéria de facto provada, a prática investigada traduziu-se num consenso de vontades estabelecido entre três dos nove GGR a operar no mercado

[1342] 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.

[1343] 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.

[1344] Cf. §26 do Relatório AdC 2010.

de retalho alimentar português[1345], visando precisamente eliminar a concorrência entre eles (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

3090. Conclui-se, assim, que a prática investigada visa um e desenvolve-se num mercado em que existem já barreiras à entrada e, sobretudo, à expansão de (novos) concorrentes.

3091. Neste sentido, a conjugação dos fatores referidos *supra* (cf. §3074 da presente Decisão) com as barreiras identificadas (cf. §§3088 e 3089 da presente Decisão), leva a Autoridade a concluir que mesmo que a prática investigada não produzisse (ou não produza) obstáculos diretos e efetivos ao comércio transfronteiriço, é com toda a certeza suscetível de produzir esse efeito, dada a natureza da conduta em causa, o tipo de produtos à mesma associados, a posição de mercado das empresas envolvidas e, finalmente, às características dos mercados envolvidos e as barreiras nacionais existentes.

3092. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que sempre seria manifesto, *in casu*, o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros[1346], considerando-se verificado o critério de jurisdição do TFUE e a aplicação ao caso concreto do respetivo artigo 101.º, sendo improcedente a impugnação das visadas também nesta matéria.

IV.1.3.7 Conclusão da Autoridade quanto ao tipo objetivo da infração

3093. 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 a 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 Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas desde, pelo menos, 8 de julho de 2009, e até, pelo menos, 19 de maio de 2017, tem uma natureza intrinsecamente restritiva, consubstanciando uma restrição da concorrência por objeto, preenchendo todos os elementos do tipo objetivo de ilícito, nos termos e para os efeitos daqueles dispositivos normativos.

3094. Os comportamentos das visadas traduzidos exclusivamente na fixação vertical bilateral dos preços de revenda no mercado retalhista de base alimentar entre cada empresa de distribuição e o fornecedor, desenvolvidos ao longo do mesmo período, consubstanciariam, em si mesmos, infrações ao n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao artigo 101.º do TFUE, constituindo, igualmente, restrições por objeto.

[1345] Cf. §21 do Relatório AdC 2010.

[1346] 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.

3095. Não é essa, todavia, a leitura que capta e reflete de forma mais adequada e cabal a globalidade da prática consignada no acervo probatório apurado no processo, a qual demonstra a existência de uma dimensão horizontal da prática restritiva, em acréscimo às componentes puramente verticais, sendo a dimensão vertical de fixação dos preços de revenda instrumental para a – e consumida pela – prática concertada de «*hub and spoke*».

IV.1.4 Tipo subjetivo da infração

3096. Para que a infração que resulta da restrição da concorrência (por objeto) identificada nos presentes autos possa ser imputada 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 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

3097. O n.º 1 do artigo 8.º do RGCO, 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.

3098. 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*»[1347].

3099. No presente caso, a factualidade descrita no capítulo III.3 da presente Decisão revela de forma séria, precisa e concordante que a Active Brands e cada uma das empresas de distribuição visadas, bem como a pessoa singular visada, atuaram ao longo de aproximadamente oito anos, de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional na prática da infração que lhes é imputada, nunca tendo agido, durante o tempo considerado relevante para efeitos da presente Decisão no sentido de dela se distanciarem ou de lhe porem termo[1348].

3100. Com efeito, cada uma das empresas visadas adotou ao longo do tempo comportamentos que contribuíram para a configuração da prática anticoncorrencial descrita na presente Decisão, sendo possível constatar que esses comportamentos se integram, aliás, na política e na estratégia comerciais de cada uma das empresas visadas.

[1347] 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*».

[1348] Cf., entre outros elementos elencados na presente Decisão, os documentos ActiveBrands1092, ActiveBrands119, ActiveBrands973, ActiveBrands710, ActiveBrands550, ActiveBrands778. .

3101. Em concreto, a Active Brands: *(i)* definiu (*motu proprio* ou em colaboração com as empresas de distribuição) o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado retalhista, *(ii)* solicitou expressamente às empresas de distribuição visadas que implementassem determinado posicionamento de PVP futuro, *(iii)* recebeu, das empresas de distribuição visadas, informação relativa ao seu posicionamento de PVP futuro e veiculou essa informação entre as insígnias, *(iv)* monitorizou o posicionamento de PVP no mercado, e *(v)* solicitou às empresas de distribuição que corrigissem eventuais desvios face à sua recomendação, por sua própria iniciativa e em virtude da pressão exercida por insígnias concorrentes não desviantes (cf. §§1940 a 1944 da presente Decisão, bem como toda a documentação aí referenciada).

3102. Por sua vez, a Auchan, a MCH e a Pingo Doce: *(i)* concertaram antecipadamente com a Active Brands e, indiretamente, através dela, com insígnias concorrentes, o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado, *(ii)* implementaram efetivamente o posicionamento concertado, *(iii)* partilharam com a Active Brands e, indiretamente, através dela, com insígnias concorrentes, informação relativa ao seu posicionamento de PVP atual e futuro, *(iv)* receberam, indiretamente, através da Active Brands, informação relativa ao posicionamento de PVP futuro de insígnias concorrentes, *(v)* monitorizaram o posicionamento de PVP no mercado, por sua própria conta e através de informação que exigiam à Active Brands, *(vi)* sinalizaram à Active Brands comportamentos desviantes de insígnias concorrentes e pressionaram a Active Brands para que garantisse a correção de desvios e o alinhamento do mercado, e *(vii)* exerceram ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. §§2131 a 2135, 2288 a 2293 e 2365 a 2370 da presente Decisão, bem como toda a documentação aí referenciada).

3103. Para além disso, conforme melhor detalhado em seguida, todas as visadas sempre estiveram perfeitamente conscientes de que os seus comportamentos e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante, pelo menos, aproximadamente oito anos, criavam um entrave à concorrência, pois era aliás esse mesmo o seu objetivo (cf. §§2494 e 2495 da presente Decisão, bem como toda a documentação aí referenciada).

3104. Finalmente, a este respeito, importa referir que este plano de ação comum beneficia não apenas as empresas de distribuição visadas (que substituem os riscos inerentes à concorrência pela manutenção de um *statu quo*, sem perda de margens), mas igualmente o próprio fornecedor, na medida em que evita uma eventual «*guerra de preços*» e, consequentemente, uma descida acentuada dos mesmos no retalho, com inevitáveis efeitos no seu próprio preço de venda, garantindo desta forma, transversalmente, um determinado nível mínimo de preços, nos vários canais de distribuição, uma subida constante e consistente dos preços a longo prazo e, bem assim, um determinado posicionamento, estável e alinhado, face à sua própria concorrência, sendo igualmente suscetível de garantir a margem dos seus distribuidores, incentivando a venda dos seus produtos.

3105. Os comportamentos em causa eram, pois, não apenas percebidos como restritivos da concorrência pelas visadas, como explicitamente pretendidos por estas (cf. capítulo IV.1.4.2).

3106. A propósito dos elementos relevantes para a análise dos elementos do tipo subjetivo da infração cumpre ainda salientar que as empresas visadas tiveram já diversas interações com a Autoridade da Concorrência tanto ao nível da supervisão como sancionatório[1349], dispondo, para o efeito, de aconselhamento jurídico em sede de direito da concorrência.

3107. Resulta do exposto que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas agiram com dolo (direto), nos termos do n.º 1 do artigo 14.º do Código Penal, aplicável subsidiariamente *ex vi* do artigo 32.º do RGCO e do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, praticando conscientemente e de forma deliberada os factos descritos na presente Decisão.

3108. Ainda que assim não fosse, sempre teria de concluir-se que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas representam a fixação e o alinhamento horizontal dos PVP como uma consequência necessária ou, pelo menos, possível, para os seus comportamentos, não existindo nenhum elemento de prova que indicie que a Active Brands ou as empresas de distribuição visadas tenham afastado ou querido afastar essa possibilidade.

IV.1.4.1 Ilicitude

3109. Adicionalmente, a Autoridade salienta que os comportamentos da Active Brands e das empresas de distribuição visadas, detalhadamente descritos na presente Decisão, são expressa e literalmente proibidos 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, inexistindo *in casu* qualquer causa de justificação do facto ou de exclusão da ilicitude.

3110. Conforme detalhadamente explicado na presente Decisão, a prática concertada de «*hub and spoke*» em causa nos presentes autos, visa a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, ainda que tal se tenha concretizado por meios indiretos, através de um «facilitador», o fornecedor ou o «*hub*».

3111. 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*.

3112. Deste modo, como é do conhecimento dos agentes económicos em geral, e da Active Brands e das empresas de distribuição visadas em particular (cf. §§2926 e ss., *supra*) [1350],

[1349] Excetuando-se, a nível sancionatório, a Active Brands.

[1350] 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,

tanto o comportamento das empresas de distribuição visadas («*spokes*»), como a ingerência do fornecedor («*hub*») na prossecução do referido objetivo comum, configuram, manifesta e inequivocamente, uma restrição grave da concorrência, que se qualifica como uma infração por objeto, conforme analisado em maior detalhe no capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão.

3113. Ademais e ainda que assim não fosse, a mera prática (vertical) de fixação dos PVP que é concretizada através de cada um dos diferentes feixes de comunicação bilateral estabelecidos entre a Active Brands 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).

3114. É, aliás, por esse motivo, que o Regulamento n.º 330/2010[1351] 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.

3115. 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 LdC.

3116. Mesmo admitindo que este tipo de prática restritiva da concorrência, apesar da sua gravidade, pudesse ser justificada pelas partes envolvidas, os elementos de prova constantes do processo revelam 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.

3117. Inexistem também quaisquer outras causas de justificação ou de exclusão da ilicitude.

3118. Em suma, a conduta adotada pela Active Brands 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.

---

nomeadamente as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, todas dispondo de aconselhamento especializado, tendo tido, previamente, contacto direto com a atividade da AdC, *maxime* em sede de poderes de supervisão e todas, exceto a Active Brands, também em sede contraordenacional (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

[1351] No decurso da elaboração da presente Decisão, este diploma foi substituído pelo Regulamento (EU) n.º 2022/720 de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 11 de maio de 2022, L 134/4.

IV.1.4.2 Culpa

3119. Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do RGCO, 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*».

3120. 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 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.

3121. A este respeito, por um lado, os elementos constantes do acervo probatório revelam que as visadas não só recorrem a meios de comunicação que dificilmente deixam registo sobre o conteúdo (como o caso do telefone – neste sentido, veja-se os documentos ActiveBrands857, ActiveBrands1071, ActiveBrands751, ActiveBrands1017, ActiveBrands1025, ActiveBrands1026, ActiveBrands739, ActiveBrands870 e MCH1579), como utilizam regra-geral a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, sempre que se referem ao tema da fixação e alinhamento de PVP (cf., os documentos ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands832, ActiveBrands828 MCH1410, ActiveBrands831, ActiveBrands210, ActiveBrands686, ActiveBrands153)[1352], para além de, em alguns casos, terem incitado a eliminar os meios de prova que existiam ou mesmo chegado a concretizar a sua eliminação, com o intuito de destruir indícios que permitissem imputar-lhes uma infração contraordenacional (cf. em particular, de um modo muito evidente, o documento MCH1721 transcrito *supra* nos §§1858 a 1861).

3122. Destaca-se o documento ActiveBrands936, de 26 de março de 2013, em que uma colaboradora da Pingo Doce transmite ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands o *shopping* dos seus concorrentes com a mensagem: «*[t]alões urgente, caso contrário é para baixar novamente*».

3123. O facto de a Pingo Doce solicitar a intervenção da Active Brands junto das insígnias desviantes, mediante reposicionamento de PVP e envio de respetivo talão comprovativo (utilizando uma linguagem específica que sabia ser compreendida pela Active Brands – «*talões urgentes*» – de forma a evitar instruções demasiado explícitas), sob pena de reagir baixando o PVP em relação ao concertado, demonstra que estava consciente da ilegalidade da estratégia conjunta de alinhamento na qual participava.

3124. No mesmo sentido, destaca-se o documento ActiveBrands102, de 17 de março de 2011, que consiste no envio de um *e-mail* sem mensagem por uma colaboradora da Pingo Doce ao Diretor *Off-Trade* da Active Brands, que inclui em anexo um ficheiro Excel contendo o *shopping* dos PVP praticados por várias empresas de distribuição concorrentes. Na

[1352] Acresce a utilização de termos pelas visadas que visam transmitir uma aparência de licitude, quando têm abertamente subjacente uma realidade restritiva da concorrência, nos termos que a prova atesta de forma clara. Nomeadamente, o recurso às expressões «PVPR» ou «PVP recomendado» (ou mesmo «PVP mínimo»), quando os intervenientes sabiam que se tratava de verdadeiros PVP fixos.

sequência deste reporte, o referido Diretor dá instruções para a sua equipa proceder ao reposicionamento do PVP nas lojas do Jumbo/Auchan.

3125. O facto de o *e-mail* enviado pela Pingo Doce à Active Brands não conter qualquer texto demonstra, mais uma vez, que esta insígnia estava consciente do ilícito que praticava, evitando uma solicitação expressa reveladora da ilegalidade do acto e que sabia ser desnecessária para que a Active Brands subentendesse o significado de tal comunicação e implementasse o subsequente procedimento de correção de PVP pretendido[1353].

3126. No mesmo sentido, veja-se ainda o documento ActiveBrands638, que consiste numa troca de *e-mails* de 24 de fevereiro de 2010, sobre o assunto *«RE: Visita Loja de Alfragide»,* em que um *KA* da Active Brands apenas transmite ao seu interlocutor da Auchan a seguinte mensagem: «*Licor Carolans 8,98 no Jumbo Alfragide. PVP no mercado 9,48 em PD e 9,49 MCH*». Esta mensagem foi suficiente para que, sem mais instruções, o colaborador da Auchan respondesse *«OK»*, sinalizando que a loja iria aumentar o PVP do produto «Licor Carolans» para o alinhar com os PVP praticados pela MCH e a Pingo Doce.

3127. Nestes termos, dos autos resulta que as visadas utilizavam uma linguagem específica e pouco explícita porque tinham consciência da ilicitude da prática *sub judice.*

3128. O conteúdo do documento MCH1721 é particularmente revelador da existência de consciência de uma prática anticoncorrencial. O documento consiste numa troca interna de correio eletrónico (MCH) ocorrida entre 8 e 9 de julho de 2009, sobre o assunto «*Cuidados a ter*», em que a diretora comercial alimentar da MCH, Helena Martins, alerta internamente para a necessidade de todos os colaboradores serem cuidadosos ao «*eliminarem todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas*».

3129. Este alerta vem na sequência de «*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*»:

[1353] Veja-se também o documento ActiveBrands754, de 9 de setembro de 2010, com o assunto *«RE:Ficheiro»*, que consiste no envio de um *e-mail* sem mensagem por uma colaboradora da Pingo Doce à Active Brands, o que desencadeia um processo de correção de PVP.

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 comunição social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distibuidores, 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,

Modelo Continente Hipermercados, S.A.
Direcção Comercial Produtos de Grande Consumo
Director Comercial
Mail:
E-mail
Ext: Tel: +

3130. Veja-se que este alerta é depois reencaminhado internamente e, inclusive, reforçado, o que demonstra a consciência da ilicitude da prática anticoncorrencial em apreço e revela que é desencorajado o registo de conversas em que seja abordada a temática dos preços:

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,

3131. Também neste sentido, veja-se o documento ActiveBrands772, referido nos §§11901189 e ss. da presente Decisão, em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands dá a seguinte instrução expressa a uma colaboradora da sua equipa no sentido da recolha de talão

comprovativo de alinhamento pela Pingo Doce: «[Confidencial – Dados Pessoais] *uma vez que não vou estar na próxima semana (bem como o* [Confidencial – Dados Pessoais] *e o* [Confidencial – Dados Pessoais]*) peço o favor de na quarta-feira comprares uma garrafa de cada em PD (prevejo alteração para essa data…embora ainda não confirmada) e enviares o talão para a* [Confidencial – Dados Pessoais] [colaboradora da MCH]*…sem notas…apenas com "ficheiro" em subject…pode ser?*» (sublinhado da Autoridade).

3132. Da leitura deste documento resulta a preocupação em não incluir qualquer texto no *e-mail,* omitindo a referência expressa ao propósito do envio do talão em causa (i.e., comprovar o reposicionamento de PVP pela Pingo Doce), o que demonstra a consciência da ilegalidade (pela Active Brands e a MCH) deste tipo de atuação.

3133. Atente-se ainda no teor do documento ActiveBrands624, de 20 de novembro de 2013, com o assunto «*Loios Dia*», em que o Diretor *Off-Trade* da Active Brands transmite ao seu Diretor Geral/Administrador a sua frustração com a reação da Dia/Minipreço depois de lhe ter sido pedida a alteração do PVP de acordo com o definido pela Active Brands: «*O Dia marca Loios a 2,88. Pedi se possível para actualizar para a nossa recomendação. Na semana passada disse que precisava de um talão PD (que já estava a 2,98). Esta semana diz que "não discute preços com fornecedores e não lhe interessa a conversa". Ainda estou a (tentar) digerir. Podes por favor verificar se a política para a tia é a mesma? Daqui a nada está tudo nos 2,88…*».

3134. Do documento que acaba de se transcrever resulta que a Dia/Minipreço, a Active Brands e as empresas de distribuição visadas tinham conhecimento de que não deveriam «*discutir preços [PVP] com fornecedores*», mas faziam-no regularmente, ao ponto da Active Brands (e, em particular, o seu Diretor *Off-Trade*) manifestar perplexidade quando tal não acontecia.

3135. Dos elementos expostos, resulta que os comportamentos anticoncorrenciais em causa eram, pois, não apenas percebidos como restritivos da concorrência pelas empresas visadas e, ainda assim, explicitamente pretendidos por estas, demonstrando uma evidente consciência da ilicitude da sua conduta.

3136. Por outro lado, os acordos ou as práticas concertadas que têm por objeto a fixação ou o alinhamento de PVP, bem como a ingerência dos fornecedores na determinação desses preços, são práticas sobejamente reconhecidas por todos os agentes económicos como restrições da concorrência graves e ilegais. São amiúde as práticas tipificadas nos instrumentos de *soft law* como exemplos mais explícitos de restrições graves da concorrência.

3137. Em concreto, no presente caso, qualquer uma 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.

3138. Da mesma forma, também a Active Brands 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 grave da concorrência[1354].

3139. Acresce que quer a Active Brands, quer as empresas de distribuição visadas conhecem, ou no mínimo têm obrigação de conhecer, atendendo à sua dimensão e preponderância nos mercados relevantes em causa, 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.

3140. Não se pode, assim, aceitar que uma prática como aquela que se tem vindo a descrever pode resultar de uma falta de cuidado ou desatenção da Active Brands ou das empresas de distribuição visadas ou de uma consequência inadvertida da sua atuação no mercado, até porque todas estas empresas dispõem de aconselhamento jurídico especializado na área da Concorrência. Aliás, as empresas de distribuição visadas tiveram, ao longo do tempo, diversos tipos de interação com a AdC (seja em processos contraordenacionais, seja em procedimentos de supervisão), conhecendo diretamente, também por essa via, o âmbito e escopo do direito da concorrência.

3141. Não obstante, a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, conhecendo a ilicitude da prática que lhes é imputada, quiseram implementá-la[1355] e quiseram o seu resultado[1356], conformando-se com o mesmo, mostrando total insensibilidade perante as suas consequências, nomeadamente à sua eventual responsabilidade contraordenacional.

3142. Por outro lado, há evidência objetiva da falta de sensibilidade das visadas para com as consequências das suas condutas, designadamente quanto à responsabilidade contraordenacional em que poderiam vir a incorrer, uma vez que a prática se manteve durante, pelo menos, aproximadamente oito anos.

[1354] 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.

[1355] Cf., *inter alia*, documentos ActiveBrands194, ActiveBrands119, ActiveBrands1129, ActiveBrands831, ActiveBrands691, ActiveBrands1111, ActiveBrands1092, ActiveBrands1239, ActiveBrands723.

[1356] Cf., *inter alia*, documentos ActiveBrands676, ActiveBrands697, ActiveBrands649, MCH1417, ActiveBrands1024, ActiveBrands1005, ActiveBrands723, ActiveBrands576, ActiveBrands790.

3143. Revelaram, assim, uma atitude de contrariedade ou indiferença perante a responsabilidade social[1357] que sobre as mesmas impendia, enquanto agentes económicos, profissionais nos respetivos mercados.

3144. Deste modo, impõe-se a conclusão de que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas agiram deliberadamente, com manifesto dolo e de forma ilícita e culposa, implementando em conjunto uma prática concertada de alinhamento horizontal dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, que preenche todos os elementos do tipo legal previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

3145. Agiram, pois, com manifesta culpa, com plena consciência da ilicitude das respetivas condutas e sem incorrerem em qualquer erro a esse respeito.

IV.1.4.3 Punibilidade

3146. No presente caso, não se vislumbram quaisquer factos que possam contender com ou mesmo determinar a extinção de quaisquer condições objetivas de punibilidade da Active Brands ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas, e, bem assim, de [Diretor Off-Trade - Active Brands], pelo que 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.

IV.1.4.4 Pronúncias das visadas

3147. 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 Ilicitude[1358].

3148. A Active Brands sinaliza que «*os elementos subjetivos do tipo não poderão ter-se por provados, não podendo a AB ser responsabilizada*»[1359] , uma vez que «*não se encontra nos autos prova de factos (ou sequer a sua articulação) que permitam à AdC acusar a AB por um comportamento subsumível à prática de hub and spoke, afastando-se, dessa forma, o preenchimento dos elementos típicos objetivos*»[1360].

[1357] Sobre a culpa jurídico-contraordenacional 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*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 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 6 de outubro de 2021, processo n.º 71/18.3YUSTR-M, Ac. do TRE, de 24 de maio de 2005, processo n.º 665/05-1, disponível em www.dgsi.pt.

[1358] Cf. capítulo IV da PNI Pingo Doce (pág. 160) e capítulo III. 3 da PNI Auchan.

[1359] Cf. §572 da PNI Active Brands.

[1360] Cf. §577 da PNI Active Brands.

3149. Entende a Active Brands que «*compulsada a NI não se localiza um único facto material que indicie uma atuação livre, voluntária e intencional, orientada para a prática de uma infração*»[1361] e que «*na mesma ótica redundante da AdC, não estando preenchidos os elementos típicos objetivos do ilícito em causa, também não existe qualquer ilicitude das condutas da AB*»[1362], sendo ainda necessária «*a descrição dos concretos factos que permitiriam, por sua vez, concluir pela existência de uma conduta livre, voluntária e consciente das Visadas, não bastando a mera enunciação da fórmula-tipo de descrição do conceito de dolo*»[1363].

3150. Alega ainda que «*não se vislumbram na NI quaisquer factos referentes à alegada consciência da AB quanto aos efeitos da sua conduta*»[1364].

3151. Ademais, a Active Brands defende que «*não existem indícios de que a mesma tenha incitado à eliminação de quaisquer meios de prova e, muito menos, da sua concretização, como a Autoridade imputa genericamente no §1040 da NI*»[1365] e que «*nem sequer se consegue descortinar por que razão entende a AdC que a linguagem empregue tem aquela natureza e seria, quanto a si, anormal, e, muito menos, porque motivo entende a Autoridade que a opção linguística teria sido determinada por um suposto propósito de ocultação de intenções e factos*»[1366].

3152. Entende ainda que «*a concessão da Autoridade de que a AB atuaria sob coação ou sobre uma grande pressão das demais empresas visadas ao longo de um considerável período de tempo (isto, obviamente, seguindo a narrativa da AdC, sem conceder), atuando no mesmo quadro externo – e sabendo que havia uma relevante dependência económica daquela em relação às demais visadas –, sempre teria que ser pesada (i) para a desconsideração do ilícito alegadamente praticado pela AB ou, pelo menos, (ii) para a ponderação desse fator na análise da culpa da Active Brands*»[1367].

3153. Sem conceder no que se refere à defesa apresentada sobre o preenchimento dos elementos do tipo objetivo, a Auchan refere 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 subcomportamentos que caracterizam o tipo objetivo de ilícito concorrencial de *«hub and spoke»*;

[1361] Cf. §579 da PNI Active Brands.

[1362] Cf. §587 da PNI Active Brands.

[1363] Cf. §596 da PNI Active BRands.

[1364] Cf. §602 da PNI Active Brands.

[1365] Cf. §606 da PNI Active Brands.

[1366] Cf. §608 da PNI Active Brands.

[1367] Cf. §614 da PNI Active Brands.

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, não estando preenchidos os dois elementos de que o artigo 14.º do Código Penal faz depender a existência do mesmo (o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo de ilícito), tendo a Auchan agido com falta de consciência da ilicitude, excluindo-se a culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do Código Penal; e

v) Finalmente, entende a Auchan que caso a AdC não entenda pela presença da referida causa de exclusão da culpa, nunca se pode aceitar a existência de dolo, mas meramente de negligência inconsciente, «*uma vez que, a admitir-se que a Auchan infringiu o dever de cuidado imposto pelas circunstância (…), fê-lo sem sequer conceber a possibilidade de representar os elementos e pressupostos do tipo objetivo*»[1368].

3154. A Pingo Doce, a este respeito, alega apenas que «*não estando preenchido o respectivo tipo objectivo de ilícito, em consequência, o mesmo se tem que concluir quanto ao elemento subjectivo*»[1369].

IV.1.4.5 Apreciação da Autoridade

3155. Apreciadas as defesas 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 Ilicitude quanto ao tipo subjetivo da infração, pelas razões a seguir indicadas.

3156. 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 visadas (correspondendo à designação doutrinal de «*hub & spoke*») (cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

3157. Em segundo lugar, a Autoridade procedeu à apreciação 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 juntos aos autos, concluindo pela sua verificação e pela demonstração de que as empresas visadas adotaram, de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional,

[1368] Cf. capítulo III.3.2.2, em concreto §1630 da PNI Auchan.

[1369] Cf. §§772 e 773 da PNI Pingo Doce.

comportamentos que consubstanciam um ilícito de direito da concorrência (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).

3158. Em terceiro lugar foram afastadas pela Autoridade, nos termos acima detalhados, quaisquer causas de exclusão da ilicitude ou da culpa na atuação das visadas.

3159. Desta feita, foram na Nota de Ilicitude e são na presente Decisão explicitados os factos subsumíveis à figura do dolo, evidenciando-se os seus elementos, a saber: o conhecimento da factualidade típica e a vontade de realização do tipo contraordenacional. Mais, demonstrou-se e demonstra-se, com base na prova produzida, que existe por parte das visadas uma evidente intenção em praticar o ilícito em causa (impor e fixar, de forma concertada, preços), uma vez que todos os factos objetivos dados como provados o evidenciam, sabendo as visadas que estavam a violar normas da concorrência, procurando ativamente incentivar ao alinhamento de preços e evitar comportamentos desviantes (cf., *inter alia*, os documentos ActiveBrands822, ActiveBrands814, ActiveBrands739, ActiveBrands710, ActiveBrands665, ActiveBrands182, ActiveBrands153, ActiveBrands140, ActiveBrands1111, ActiveBrands313, ActiveBrands1092, ActiveBrands688, ActiveBrands200, ActiveBrands119).

3160. Isto é verdade para todas as visadas, incluindo a Active Brands, cujo relacionamento com as empresas de distribuição – e os termos em que se desenvolve – não podem, ao contrário do argumentado pelo fornecedor, desculpar a conduta e o papel pivotal que desempenhou na prática em causa. Como se demonstrou ao longo da presente Decisão, os interesses da Active Brands e das insígnias estavam, amiúde, inteiramente alinhados na prossecução do objetivo comum (cf. IV.1.3.2).

3161. Improcede, assim, o argumento da Active Brands de que não estaria preenchido o dolo do tipo.

3162. É ainda de referir o equívoco e confusão jurídico-conceptual em que incorre a Active Brands, ao confundir o objetivo da prática concertada com a alegada exigência de um dolo específico requerido para o preenchimento do n.º 1 do artigo 9.º da LdC.

3163. Com efeito, quando o preceito dispõe que «[s]*ão proibid*[a]*s (…) as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência», está a proceder-se à definição da prática concertada em função do seu objetivo, reportando-se o aludido segmento a características que aquela tem de revestir para ser proibida. Por outras palavras, refere-se a um dos «elementos do tipo contraordenacional*»[1370], conforme densificado supra (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

3164. No fundo, *in casu*, a ação típica consiste na prática concertada de fixação de PVP por intermédio do fornecedor, sendo que esta só é proibida quando revestir determinadas

[1370] SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 634 a 635 a propósito do ac. do TRL, de 7 de novembro de 2007, processo n.º 7251/07-3, disponível em www.dgsi.pt, p. 634.

características (a saber, «*impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional*»).

3165. Portanto, não se está a apelar a qualquer «*intenção especial dos agentes envolvidos*», mas antes ao conteúdo da prática e à «*aptidão do seu conteúdo para gerar o efeito anticoncorrencial*»[1371].

3166. Não é, pois e contrariamente ao alegado pela Active Brands, exigido qualquer dolo específico para o preenchimento do n.º 1 do artigo 9.º da LdC.

3167. Em quarto lugar, quanto ao argumento da Auchan, relativo à inexistência de prova que demonstre a sua participação em todos os subcomportamentos 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, dita de «*hub and spoke*», no caso concreto em apreço, são os indicados no capítulo IV.1.3.2.1, nomeadamente a 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 prevê-los, estando prontos a aceitar o respetivo risco).

3168. Assim, na realidade, os subcomportamentos 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 empresas visadas para atingir a fixação de preços, mas não é imprescindível para a consumação desta prática o desenvolvimento por toda e cada visada de todo e cada subcomportamento identificado. Como em qualquer infração complexa em que exista comparticipação, podem existir variâncias nas condutas adotadas pelas diferentes visadas e todas contribuírem – ilicitamente e pelos seus próprios comportamentos – para a infração.

3169. Sem prejuízo do exposto, cumpre relembrar que não é verdade a alegação da Auchan sobre a inexistência de prova que revele a prática dos quatro subcomportamentos identificados. Neste sentido, recorde-se o teor de todos documentos identificados, melhor descritos e analisados no capítulo III.3.4.3 da presente Decisão, para os quais se remete.

3170. Em quinto lugar, quanto ao argumento da caracterização da Auchan como «empresa desviante», a Autoridade recorda que a existência de desvios não afasta, por si só, o envolvimento ou a participação de uma visada na prática investigada, como anteriormente referido e como decorre da prova constante dos autos especificamente a respeito da participação desta visada na prática ilícita (cf. capítulos III.3.1.3.2 e III.3.4.3.2 da presente Decisão).

[1371] SILVA, Miguel Moura, *Direito da Concorrência,* cit., p. 635.

3171. Efetivamente, a matéria de facto revela que é a Auchan (designada de «central» nalguns meios de prova) que negoceia com os fornecedores as condições comerciais associadas ao negócio de compra e venda que subjaz à relação comercial fornecedores-insígnias, incluindo os aspetos relacionados com os PVP, transmitindo o resultado dessa negociação às lojas através do sistema informático *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]*, incluindo os PVP (cf. capítulo III.3.4.3.2 da presente Decisão).

3172. A matéria de facto também revela que as próprias lojas, por indicação da Auchan, desde logo via *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]*, não só implementam os PVP que são objeto da concertação prévia descrita na presente Decisão, como corrigem eventuais desvios detetados face a essa concertação, existindo prova que demonstra o alinhamento com os PVP previamente concertados nas principais lojas da insígnia e prova que demonstra o alinhamento com os PVP previamente concertados de modo generalizado, pela cadeia de lojas da insígnia (ActiveBrands822, ActiveBrands153, ActiveBrands200, ActiveBrands421, ActiveBrands710, ActiveBrands1485, ActiveBrands151, ActiveBrands923, ActiveBrands807, ActiveBrands944, ActiveBrands1017, ActiveBrands1024).

3173. Acresce ainda a existência de meios de prova que demonstram que a Auchan reencaminha para as lojas os pedidos de correção de desvios que lhe são submetidos pela Active Brands (cf. documento ActiveBrands807).

3174. Neste sentido e conforme referido anteriormente, a Autoridade conclui que o facto de algumas lojas da cadeia Auchan imprimirem uma certa volatilidade à participação da insígnia nos movimentos de reposicionamento conjunto de PVP de mercado, não significa que a Auchan não tenha a intenção de participar, e não tenha participado efetivamente, na prática investigada, sendo que a intenção e a efetiva participação resultam ambas provadas nos autos.

3175. A Autoridade conclui ainda que, na verdade, em sede de defesa contra a Nota de Ilicitude que lhe foi dirigida, a visada invoca e pretende beneficiar de um princípio geral inscrito na política comercial do grupo empresarial em que se insere (de posicionamento, por esta visada, de 3% abaixo da concorrência em termos de preços), quando a prova junta aos autos demonstra que tal posicionamento não tem adesão à realidade ali demonstrada, nos termos e casos abundantemente descritos (cf. §§2163 a 2166 da presente Decisão).

3176. Acresce que a existência de desvios por parte da Auchan não afasta, conforme pretenderia esta empresa, a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos imputados à visada, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junta aos autos de que esses desvios ocorram pelas razões avançadas pela visada. Podem apenas, não obstante, repercutir-se na determinação do seu grau de participação e na subsequente determinação das sanções aplicáveis à Auchan, nos termos que se detalham *infra*.

3177. Em sexto lugar, quanto ao argumento da escassez de base jurídica e jurisprudencial sobre o ilícito tipificado e a causa de exclusão de ilicitude ou culpa que as empresas visadas dela pretendem retirar, a Autoridade começa por salientar que não há qualquer escassez de base jurídica nem, bem assim, de experiência jurisprudencial.

3178. 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 da presente Decisão).

3179. Há muito também que o mesmo acontece no ordenamento jurídico da União Europeia.

3180. Como referido anteriormente, qualquer das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso à estratégia de preços futura de uma insígnia concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e também o fornecedor Active Brands 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 grave da concorrência (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

3181. Neste contexto, o facto de as visadas configurarem como uma lacuna legal os contornos típicos de uma prática concertada de fixação indireta de preços, com recurso ao fornecedor enquanto *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, literalmente previsto na lei como contraordenação, não pode deixar de encarar-se com alguma perplexidade.

3182. Com efeito, o alinhamento de preços entre concorrentes, constitui uma das práticas restritivas da concorrência mais conhecida, claramente plasmada na lei (que expressamente refere a fixação de preços «*de forma direta ou indireta*»[1372]) e abundantemente tratada na doutrina e na jurisprudência, atenta a respetiva gravidade.

3183. 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.

3184. E tanto não desconhecem que a prova demonstra precisamente o contrário – ou seja, desde logo, uma tentativa por parte da Active Brands em esconder ou escamotear os comportamentos em análise (cf. documento ActiveBrands772, *supra* descrito no §3131).

3185. Ora, na verdade, o tipo objetivo da infração em causa não se caracteriza pela existência de uma «nova infração», como pretendem propugnar as visadas, mas sim de uma prática

[1372] Cf. alínea *a)* do n.º 1 do artigo 9.º da LdC e alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE. É evidente, pois, a esse respeito, a inexistência de qualquer lacuna legal, conforme se desenvolverá melhor *infra*.

concertada de fixação de preços entre as empresas de distribuição visadas, alcançada por via do fornecedor (também designada pela doutrina de *«hub and spoke»).*

3186. 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.

3187. Ora, a prática concertada de fixação indireta de preços, com recurso ao fornecedor enquanto *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas integra, de resto e como já se referiu, o tipo exemplificativo da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 9.º da LdC e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, o que refuta inequivocamente a alegada «lacuna».

3188. Visando as previsões legais em causa (de forma explícita) a fixação indireta de preços entre empresas concorrentes, não é a circunstância de a comunicação entre as concorrentes ser estabelecida através do fornecedor comum e com a participação deste (que traduzem, precisamente, esse caráter indireto), ou o facto de a doutrina lhe atribuir a designação de «*hub-and-spoke*» que afastam a respetiva tipicidade.

3189. Acresce que a própria natureza e dimensão das empresas visadas, as suas estruturas internas (que tipicamente integram departamentos jurídicos, recorrendo igualmente a assessoria jurídica especializada 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 na proibição, por desconhecimento) nos pressupostos, reiterando-se que as visadas conheciam e não poderiam deixar de conhecer as regras de concorrência que lhes são aplicáveis.

3190. O objetivo comum, partilhado entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas, de alinhamento de PVP no mercado, substitui os riscos da concorrência por uma concertação e cooperação prática, (pelo menos) 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.

3191. O que se mostra ainda mais grave quando considerada a relevância das empresas visadas e o peso preponderante do setor em que estas empresas operam, setor esse com uma importância fulcral para a economia do país e para a vida dos consumidores.

3192. Deve ainda referir-se, quanto aos argumentos utilizados pela Active Brands relativamente à «*destruição dos meios de prova*» e «*a opção linguística (…)* [pelo] *propósito de ocultação de intenções e factos»,* que, conforme referido profusamente na presente Decisão, a linguagem utilizada pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas nas comunicações entre si deixa pouca margem de interpretação ou dúvida quanto ao pretendido[1373].

[1373] Cf. §§833, 1261, 1377, 1503, 1853, 2339, 2340 da presente Decisão.

3193. Existem, no entanto, exemplos que denotam a preocupação de ocultação de intenções, ao mesmo tempo que demonstram um entendimento exato da linguagem (ou falta dela) por parte da Active Brands quanto ao significado do que lhe é comunicado ou pedido.

3194. Veja-se o caso dos documentos. ActiveBrands220, ActiveBrands117, ActiveBrands857, ActiveBrands156 e ActiveBrands118 (melhor descritos no §1393 *supra*), em que, perante linguagem ausência de qualquer texto na comunicação da Pingo Doce, responde a Active Brands com diligências de correção de desvios, sem necessidade de ter sido usada qualquer expressão que o motivasse.

3195. Recorde-se ainda o uso deliberado das expressões como «*verificar*» e «*ok*», entre outras, descritas no capítulo III.3.4, e as repercussões imediatas no comportamento das visadas (quer da Active Brands ,quer das empresas de distribuição), como formas linguísticas simplificadas e generalistas que levam à verificação dos resultados anticoncorrenciais concretos já descritos.

3196. Considere-se também o já referido a este propósito no capítulo III.3.3 da presente Decisão, bem como toda a documentação ali citada, sobre a qual a Active Brands se absteve de emitir pronúncia, conforme descrito na sua PNI[1374].

3197. Assim, não obstante a Active Brands não constar especificamente do referido documento MCH1721, dúvidas não restam que esta sabia que deveria observar um determinado nível de discrição e simplicidade linguística de molde a fazer parecer legítimas comunicações que, na verdade e nos termos *supra* descritos no capítulo III.3.4, constituíam violações ao direito da concorrência, diminuindo o rasto de sinais deixado pelos seus comportamentos.

3198. Inexiste, pois, qualquer 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, assim, 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.

3199. 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 e por via das relações verticais de cada uma com um parceiro comercial comum (o fornecedor).

3200. Conclui, assim, a Autoridade pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados pelas visadas 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.

[1374] Cf. §464 da PNI Active Brands.

IV.1.5 Execução temporal e natureza permanente da infração

3201. De acordo com os elementos considerados relevantes para efeitos de prova nos presentes autos, a infração contraordenacional imputada às visadas terá tido início em 8 de julho de 2009 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento MCH), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands520).

3202. Não obstante não ser possível excluir que a prática restritiva em causa tenha tido início em data anterior a 8 de julho de 2009[1375] e/ou tenha perdurado para além de 29 de maio de 2017 e/ou se encontre ainda em curso (não havendo, designadamente, elementos que demonstrem que lhe tenha sido colocado termo)[1376], a análise da globalidade da prova descrita na presente Decisão demonstra que os comportamentos da Active Brands e das empresas de distribuição visadas subsistiram de forma permanente e sem quaisquer alterações durante todo o período de tempo considerado, nos termos que se detalham nos parágrafos subsequentes.

3203. Mais se salienta que, ainda que existam, de facto, períodos de intermitência entre os *e-mails* utlizados como meio de prova na Nota de Ilicitude 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 ininterrupta durante o período de tempo considerado.

3204. As conclusões da AdC alicerçam-se também e sobretudo num conjunto vasto e abundante de elementos de prova que revelam um lastro probatório coerente e consistente que comprova a manutenção ininterrupta da infração.

3205. Com efeito, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos da Active Brands e das empresas de distribuição 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 suspendido em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão, em particular o capítulo III.3.4 e os elementos de prova integralmente descritos e classificados nos Anexos 1 e 2 à presente Decisão).

[1375] Com efeito, a linguagem específica utilizada e a frequência e caráter reiterado da prática *sub judice* nos termos descritos ao longo da presente Decisão pressupõe que tenha havido contactos anteriores que permitam que as visadas percebam os termos da concertação demonstrados a partir de 8 de julho de 2009.

[1376] Exceto no caso da visada Active Brands que, atualmente e desde 4 de abril de 2018, não exerce atividade comercial (cf. capítulo III.1.1).

3206. A este propósito deverá ainda atentar-se ao que referiu o Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-Geral, no acórdão *Rhône-Poulenc vs. Comissão*[1377], relativamente a períodos com maior e com menor abundância probatória no que respeita a práticas restritivas da concorrência:

«*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 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 homogéneas e tinham incontestavelmente o mesmo objetivo primordial, a saber, debater problemas internos do sector industrial em causa*».

3207. 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»[1378].

3208. 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 perdurou no tempo, enquanto subsistiram os comportamentos ilícitos das empresas visadas.

3209. Está-se, assim, perante uma ação indivisível no tempo, que constitui uma única infração, com a duração de, pelo menos, aproximadamente oito anos[1379].

3210. Com efeito, 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 às visadas — considerando que o momento da consumação perdurou no

[1377] Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no acórdão do TGUE (Primeira Secção), de 24 de outubro de 1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 954.

[1378] Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção), de 24 de outubro de 1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 1021.

[1379] 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 da Autoridade para o cálculo de coimas*»), parágrafo 29.

tempo (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito), o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível.

3211. Ora, nas infrações permanentes[1380], se a sua execução se tiver iniciado na vigência da lei antiga mas prosseguir na vigência da lei nova, como no caso concreto[1381], 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.

3212. 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*»[1382] (sublinhado da Autoridade).

3213. A referida jurisprudência do Tribunal de 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*»[1383].

3214. No mesmo sentido também se pronunciou o TRL, 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*

[1380] E contrariamente ao que acontece em relação às infrações instantâneas.

[1381] Como se verá, a prática iniciou-se na vigência da Lei n.º 18/2003 e prolongou-se durante a vigência da Lei n.º 19/2012.

[1382] Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de maio de 2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 78.

[1383] Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de maio de 2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 79.

consumação da infração, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova»[1384].

3215. Também o TCRS 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*»[1385].

3216. Importa, no entanto, realçar que, 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 uma das empresas visadas foi distinta, conforme indicado no capítulo III.3.4 da presente Decisão.

3217. Em particular, considerados os elementos de prova constantes dos presentes autos, a duração da infração para a Active Brands prolongou-se de 8 de julho de 2009 a 19 de maio de 2017 (cf. capítulo III.3.4.1 *supra*), para a Auchan de 8 de julho de 2009 a 19 de maio de 2017 (cf. capítulo III.3.4.3 *supra*), já para a MCH prolongou-se de 8 de julho de 2009 a 19 de maio de 2017 (cf. capítulo III.3.4.4 *supra*) e para a Pingo Doce prolongou-se de 28 de agosto de 2009 a 18 de abril de 2017 (cf. capítulo III.3.4.5 *supra*).

3218. 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.

IV.1.5.1.1 Pronúncias das visadas

3219. A Active Brands invoca que não constam da Nota de Ilicitude quaisquer elementos de prova que permitam sustentar a imputação de uma infração no ano de 2008, alegando que «*do processo, constam apenas 5 e-mails de 2008, e apenas um que data de outubro de 2008, o documento ActiveBrands224*»[1386].

3220. Conclui ainda que o referido e-mail «(…) *não demonstra nem sugere que a AB promovia ou tentava promover alinhamentos de preços. Recorde-se que a AB não está ativamente envolvida nesta comunicação, não tendo encetado a conversação nem respondido ao alerta da Auchan, limitando-se a ser recipiente do email (por opção do colaborador da Auchan)*»[1387].

[1384] Cf. acórdão do TRL de 5 de dezembro de 2007, 9.ª Secção, processo n.º 5352/07 (*Ordem dos Médicos*), p. 88.

[1385] Cf. sentença do TCRS 19 de julho de 2013, 1.º Juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração coletiva*), p. 251.

[1386] Cf. §640 da PNI Active Brands.

[1387] Cf. §643 da PNI Active Brands.

3221. Assim, a Active Brands considera que «*se de facto esta referência se destinava especificamente à AB, o que só por hipótese de raciocínio se admite, sem conceder, ela aludia, em termos informais, à política de recomendação de preços da AB, transversal a todas as insígnias e passível de, por inerência, provocar um alinhamento no mercado a jusante (não concertado)*»[1388], o que faz com que «*este email, por si só, não permit*[a*] sustentar a tese de que a eventual participação da AB no ilícito objeto da investigação se terá iniciado no ano de 2008*»[1389].

3222. Em consonância com as alegações supracitadas, entende a Active Brands que deve «*concluir-se que, com base na informação trazida aos autos, a prática de mera comunicação de preços recomendados por parte da AB aos seus fornecedores, com a exceção das recomendações no mercado dos licores/aperitivos entre os anos 2008 e 2011, é uma prática isenta, nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do RIC, da aplicação dos artigos 9.º da LdC e 101.º, n.º 1, do TFUE*»[1390].

3223. Por sua vez, a este propósito, a Auchan[1391] defende não estar em causa uma infração permanente, na medida em que a continuidade dos elementos de prova não resulta provada, tratando-se de episódios isolados e não tendo sido demonstrada a sua participação em todos os subcomportamentos durante todos os anos abrangidos pela Nota de Ilicitude.

IV.1.5.1.2 Apreciação da Autoridade

3224. Apreciadas as defesas das visadas em confronto com a matéria de facto provada, cumpre analisar a natureza instantânea, continuada ou permanente da infração ao direito da concorrência.

3225. Quanto ao argumento relativo à existência de um único *e-mail* usado para efeitos de imputação relativo ao ano de 2008, a Autoridade revisita os argumentos já enunciados no capítulo III.3.4.1 da presente Decisão.

3226. Com efeito, a AdC entende que as suas conclusões nesta matéria têm em consideração o conjunto e a globalidade de elementos de prova utilizados na Nota de Ilicitude e na presente Decisão para demonstrar a infração e o envolvimento das visadas.

3227. Assim, todos os ficheiros eletrónicos ou *e-mails* utilizados pela AdC como meio de prova para caracterizar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilicitude ou nos seus Anexos, tendo a AdC utilizado uma parte para demonstrar e ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *e-*

[1388] Cf. §645 da PNI Active Brands.

[1389] Cf. §646 da PNI Active Brands.

[1390] Cf. §217 da PNI Active Brands.

[1391] Cf. capítulo III.4.4 da PNI Auchan.

mails de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilicitude, consoante o comportamento em causa.

3228. Ora, no que se refere à visada Active Brands, relevam, portanto, todos os documentos identificados nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.2 da presente Decisão e nos respetivos Anexos, e em especial, no que se refere ao seu envolvimento concreto e direto, os documentos identificados no capítulo III.3.4.1 da presente Decisão.

3229. Analisadas a Nota de Ilicitude e a presente Decisão, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, tendo considerado provado de forma séria, precisa e concordante o envolvimento da Active Brands na prática *sub judice*.

3230. A existência de apenas um documento referenciado no capítulo II.3.4 da Nota de Ilicitude (*mutatis mutandis*, o capítulo III.3.4.1 da presente Decisão) relativo ao ano de 2008 não afasta, pelo exposto, o entendimento da Autoridade sobre a imputação dos factos à Active Brands, ou da sua subsunção ao quadro jurídico referido no presente capítulo IV.

3231. Tanto mais que o referido documento não pode ser lido de forma desligada dos restantes meios probatórios constantes do referido capítulo III.3.4.1 da presente Decisão, e nomeadamente do já alegado no capítulo II.3.3 da Nota de Ilicitude (*mutatis mutandis*, o capítulo III.3.3 da presente Decisão), bem como do Anexo 1, em relação aos quais, recorde-se, a Active Brands optou por não se pronunciar[1392].

3232. Conforme se concluiu no capítulo III.3.3, a análise do acervo probatório constante dos presentes autos revela que as empresas envolvidas recorrem, frequentemente, a formas de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo (conversas presenciais, contactos telefónicos, entre outras conforme já detalhado no capítulo III.3.2 da presente Decisão), bem como a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada.

3233. Assim, importa referir que o secretismo inerente aos comportamentos anticoncorrenciais é justificativo das menores interações que possam ser registadas. Neste sentido, refere a Advogada-Geral Kokott que[1393]:

> *«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****. Documentos, como por exemplo as actas de uma reunião, geralmente apenas serão encontrados isoladamente e, para além disso, terão obrigatoriamente lacunas, pelo que, muitas vezes, é necessário reconstituir por dedução determinados pormenores. Por conseguinte,* ***na maior parte dos casos, a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial deve ser***

[1392] Cf. §1867 *supra* da presente Decisão e PNI Active Brands.

[1393] Opinião apresentada em 8 de dezembro de 2005 no âmbito do processo n.º C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/ Comissão das Comunidades Europeias*.

***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 anticoncorrenciais continuados ou sobre o período de aplicação de acordos anticoncorrenciais.»*(destaque da Autoridade)

3234. Resulta da prática decisória europeia que, para determinada infração ser dada como provada, é necessária a demonstração de um plano conjunto, em razão da «*identidade de objeto e de sujeitos das diferentes manifestações da infração.»*[1394].

3235. Mas, em concretização dos elementos *supra* enunciados, é também entendimento emanado das instâncias europeias que o que carateriza o caráter único de uma infração ao direito da concorrência são «***a identidade dos objetivos das práticas em causa** (acórdão do Tribunal Geral de 20 de março de 2002, Dansk Rørindustri/Comissão, T-21/99, Colet., p. II-1681, n.º 67; v., igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2006, Technische Unie/Comissão, C-113/04 P, Colet., p. I-8831, n.ºs 170 e 171, e acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2006, Jungbunzlauer/Comissão, T-43/02, Colet., p. II-3435, n.° 312), **a identidade dos produtos e dos serviços em causa** (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 15 de junho de 2005, Tokai Carbon e o./Comissão, T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, não publicado na Coletânea, n.ºs 118, 119 e 124, e Jungbunzlauer/Comissão, já referido, n.° 312), **a identidade das empresas participantes** (acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido, n.° 312) **e a identidade das formas de execução** (acórdão Dansk Rørindustri/Comissão, já referido, n.° 68). Além disso, **a identidade das pessoas singulares envolvidas** por conta das empresas e a **identidade do âmbito de aplicação geográfico** das práticas em causa são igualmente elementos que podem ser tomados em conta para efeitos dessa análise.»*[1395] (destaque da Autoridade).

3236. O Tribunal Geral clarifica que, no que à identidade de produtos e serviços em causa diz respeito:

«*O raciocínio da recorrente baseia-se implícita, mas claramente, na premissa de que uma infração única só pode reportar-se a um produto ou, no máximo, a produtos substitutos. Essa premissa é, no entanto, incorreta.*»[1396] (tradução livre da Autoridade).

[1394] Acórdão do Tribunal Geral de 16 de junho de 2015, *FSL Holdings e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-655/11, §491.

[1395] Acórdão do Tribunal Geral de 17 de maio de 2013, *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB/ Comissão Europeia*, processos n.ºs T-147/09 e T-148/09, §60.

[1396] Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2012, *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall/Comissão Europeia,* processo n.º T-410/09, §171.

3237. No mesmo sentido, e mais recentemente, o Tribunal de Justiça refere que, pese embora duas empresas estejam inseridas em mercados distintos, tal não invalida a conclusão pela existência de uma infração única e continuada ao referir que:

«*Resulta dessa jurisprudência que a participação de uma empresa numa infração única e continuada não exige a sua participação direta no conjunto dos comportamentos anticoncorrenciais que constituem a referida infração e que* ***também não se exige que todas as empresas que participam numa infração única e continuada tenham atividade no mesmo mercado*** *(v., neste sentido, Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Villeroy & Boch/Comissão, C-644/13 P, EU:C:2017:59, n.os 49 e 51 e jurisprudência referida).*»[1397] (destaque da Autoridade).

3238. O Tribunal Geral esclarece ainda que a pertença de empresas infratoras a mercados distintos não obsta à existência de uma infração única desde que as condutas ilícitas caiam no âmbito de um global propósito anticoncorrencial por elas subscrito:

«[O] *facto de as práticas anticoncorrenciais dizerem respeito a dois mercados de produtos diferentes não pode impedir a Comissão de concluir pela existência de uma infração única, desde que as atuações respeitantes aos diversos mercados se inscrevam num plano global do qual os participantes estejam conscientes.*»[1398].

3239. Assim, para a demonstração da existência de um plano conjunto existem, como se viu, diversos critérios complementares, mormente, e ao que à presente questão importa, a existência de um grupo central de empresas participantes nos vários acordos colusórios, não se exigindo identidade de interlocutores, e que não pode aqui confundir-se, também, com identidade de pessoas singulares que comandam o destino da pessoa coletiva infratora[1399].

3240. Com efeito, o terceiro requisito relativo à existência de uma infração única e continuada (permanente) acima mencionado foi delineado, precisamente, para anular a discussão sobre o papel de cada uma das empresas infratoras no comportamento anticoncorrencial, atenta a possibilidade de o seu papel na infração assumir diferentes contornos.

3241. Neste sentido, no caso concreto, encontram-se verificados os indícios objetivos e coerentes já expostos, mormente:

(i) As caraterísticas do mercado *in casu*, caraterizado por planeamentos de PVP trimestrais;

[1397] Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2020, *Silver Plastics GmbH & Co. KG e Johannes Reifenhäuser Holding GmbH & Co. KG/ Comissão Europeia*, processo n.º C-702/19 P, §82.

[1398] Acórdão do Tribunal Geral de 13 de setembro de 2013, ***Total Raffinage Marketing/ Comissão Europeia*****, processo n.º** T-566/08, §271.

[1399] Cf., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 16 de setembro de 2013, *Masco e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-378/10.

(ii) As caraterísticas do complexo sistema implementado pelas visadas e consequente desnecessidade de interações adicionais nesse hiato temporal, uma vez mantido o estado colusório;

(iii) A duração do comportamento anticoncorrencial em apreço, que igualmente acarreta uma maior ou menor volatilidade de prova;

(iv) O secretismo inerente às práticas anticoncorrenciais concertadas;

(v) A desnecessidade de identidade de produtos, mercados relevantes e interlocutores na infração; e

(vi) O plano conjunto com vista à fixação de PVP.

3242. Com efeito, o conceito de infração única e continuada (permanente), tal como construído pelas instâncias europeias, tem como escopo, precisamente, capturar os vários elementos de um comportamento anticoncorrencial, a fim de assegurar o cumprimento das normas jusconcorrenciais, sobretudo quando diante de uma infração composta por diversas práticas anticoncorrenciais que, naturalmente, evoluem no decurso do tempo, assumindo diversos contornos.

3243. Neste sentido, no caso concreto, o comportamento anticoncorrencial manteve-se por períodos mais ou menos extensos, mas sempre prolongados no tempo, entendendo-se que a infração foi cometida de forma permanente desde, pelo menos, 8 de julho de 2009, e subsistiu até, pelo menos, 17 de maio de 2017 – sem prejuízo da duração da participação individual de cada uma das visadas ser distinta, conforme exposto nos capítulos III.3.4.1 III.3.4.2 III.3.4.3 III.3.4.4 III.3.4.5 da presente Decisão, perdendo a questão relativa ao ano de 2008 a sua relevância.

3244. Por tais razões, importa reiterar o acima referido no §3207 :«*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*»[1400].

3245. Sendo inegável que no documento ActiveBrands224 existe uma ligação à Active Brands (esta era destinatária das mensagens trocadas) e relativa aos comportamentos analisados na presente Decisão (tratava-se de uma negociação para definição de PVP, sendo feita referência expressa a «*alinhamentos de preços*»), pelo que não pode o mesmo deixar de ser considerado como elemento revelador do envolvimento desta visada, e consequentemente, determinante para a fixação do enquadramento da execução temporal dos comportamentos em análise.

3246. De todo o modo, conforme já se demonstrou *supra* nos §§3203 a 3205 e se constata do conteúdo dos Anexos 1 à Nota de Ilicitude e à presente Decisão, verifica-se a existência de, pelo menos, um elemento probatório relevante por cada ano do período de infração

[1400] Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção), de 24 de outubro de 1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 1021.

considerado e para cada comportamento (à exceção de 2008 – em relação ao qual existe apenas o elemento mencionado – o que é compreensível dado que a infração se iniciou no final do 10.º mês desse ano), o que comprova a continuidade do envolvimento das visadas, incluindo da Active Brands, na prática e, em concreto, em todos os anos e nos comportamentos identificados.

3247. Especificamente sobre o ano de 2008, resulta da análise realizada *supra* nos §§2073 a 2077 qual a relevância do elemento probatório desse ano. Assim, demonstrou-se que existe um lastro probatório relevante nesse ano, que situa a antiguidade da infração, contrariando a teoria da Active Brands de que «*não constam da NI quaisquer elementos de prova que permitam sustentar a imputação de uma infração no ano de 2008.*»[1401].

3248. Mas ainda que assim não fosse, isto é, ainda que não fosse encontrada nos autos prova que demonstrasse a participação de determinada visada, em cada ano, nalgum ou nalguns comportamentos descritos, essa circunstância não afetaria a continuidade da conduta, nem a sua natureza permanente, conforme já detalhadamente analisado (cf. §§3201 a 3207 da presente Decisão).

3249. Ainda com relevância para o esclarecimento desta matéria, veja-se o entendimento do TRL, segundo o qual: «*A jurisprudência é clara no sentido de que, nas infrações permanentes, o agente está* [a] *actuar com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, mantendo em reiteração o animus*»[1402].

3250. Por outras palavras, nas infrações permanentes está-se perante uma «infração coletiva», em que vários comportamentos são individualmente considerados como anticoncorrenciais, mas que formam uma única infração porquanto resultam de uma resolução única que os congrega e que determina a sua execução sucessiva[1403].

3251. Neste contexto, refere a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia: «*foi corretamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou que uma empresa que participou em tal infração através de comportamentos que lhe eram próprios, que integravam os conceitos de acordo ou de prática concertada com um objetivo anticoncorrencial, na aceção do artigo* [...] [101.º do TFUE]*, e que visavam contribuir para a realização da infração, no seu conjunto, era igualmente responsável, relativamente a todo o período em que participou na referida infração, pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no âmbito da mesma infração*»[1404].

[1401] Cf. §640 da PNI Active Brands.

[1402] Acórdão do TRL de 29 de janeiro de 2014, Processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1-3, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[1403] Cf., neste sentido, Eduardo Correia, *«A teoria do concurso em direito criminal: unidade e pluralidade de infracções: caso julgado e poderes de cognição do juiz»*, Coimbra, 1983.

[1404] Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 1999, *Comissão das Comunidades Europeias/ Anic Partecipazioni SpA*, processo n.º C-49/92 P, §83.

3252. Neste sentido, de acordo com a jurisprudência da União Europeia, são três os elementos determinantes para concluir pela existência de uma infração única e continuada (permanente, no sentido que o direito português lhe confere)[1405]:

(i) Plano conjunto com vista a atingir um objetivo único;

(ii) Contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos por todos os participantes; e

(iii) Conhecimento dos comportamentos ilícitos projetados ou adotados por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou possibilidade razoável de conhecimento com aceitação do respetivo risco.

3253. Ora, no caso em apreço, de acordo com a prova coligida, resulta de forma clara que as visadas contribuíram, através do seu próprio comportamento, para o objetivo único de fixarem os PVP praticados no mercado do retalho alimentar, substituindo os riscos normais da concorrência por uma concertação e cooperação recíprocas, tendo conhecimento expresso e/ou podendo, razoavelmente, prever os comportamentos das demais visadas na prossecução desse mesmo objetivo, tendo agido de forma consciente e conformando-se com os riscos inerentes a tal prática proibida, conforme estabelecido ao longo da presente Decisão, designadamente no capítulo IV.1.4, para o qual se remete.

3254. O objetivo anticoncorrencial em apreço é alcançado através de um plano conjunto dirigido e mantido pelas visadas pelo presente processo, através de um complexo sistema de informação e garantia/certeza mútua quanto às (presentes e) futuras políticas de preços, alcançado:

(i) Pela definição dos PVP;

(ii) Pelo controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado;

(iii) Pela correção de desvios; e

(iv) Pela pressão, coação ou retaliação.

3255. Em concreto, de acordo com a prova constante dos autos, a Active Brands contribuiu para o objetivo anticoncorrencial comum através dos seguintes comportamentos:

(i) Definia, de acordo com critérios comerciais, o nível e posicionamento de PVP que pretendia que fosse implementado pelas várias empresas de distribuição futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento;

(ii) Concertava com as empresas de distribuição visadas a estratégia e o posicionamento de PVP que estas implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização e condições para o respetivo reposicionamento;

[1405] Acórdão do Tribunal Geral de 16 de setembro de 2013, *Masco e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-378/10, e demais jurisprudência mencionada na presente secção.

(iii) Solicitava expressamente às empresas de distribuição visadas que implementassem determinado posicionamento de PVP, que não se desviassem do posicionamento de PVP concertado e/ou que corrigissem eventuais desvios;

(iv) Era informada pelas empresas de distribuição sobre o seu posicionamento de PVP futuro;

(v) Veiculava pelas empresas de distribuição concorrentes a informação recebida ou recolhida junto de cada uma das empresas de distribuição visadas sobre o respetivo posicionamento de PVP, incluindo, designadamente, o posicionamento de PVP futuro;

(vi) Monitorizava o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria iniciativa e através do reporte pelas empresas de distribuição, corrigindo motu próprio ou em resposta a solicitação destas os desvios detetados; e

(vii) Era pressionada pelas empresas de distribuição 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 ou para obtenção de condições comerciais para implementação do PVP praticado pelas insígnias concorrentes, sem perda de margens, e, por conseguinte, garantir o alinhamento horizontal de PVP do mercado.

3256. Do mesmo modo, as empresas de distribuição visadas:

(i) Concertavam com a Active Brands e, indiretamente, através da Active Brands, com insígnias concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição visadas implementariam futuramente no mercado, bem como a calendarização para o respetivo reposicionamento;

(ii) Informavam a Active Brands sobre o seu posicionamento de PVP futuro;

(iii) Eram informadas pela Active Brands sobre o posicionamento atual e futuro, o reposicionamento e a correção de desvios de PVP de insígnias concorrentes;

(iv) Implementavam efetivamente o posicionamento de PVP concertado e/ou corrigiam, a pedido da Active Brands, desvios ao posicionamento de PVP concertado;

(v) Monitorizavam o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à Active Brands para o efeito, reportando à Active Brands comportamentos desviantes de insígnias concorrentes;

(vi) Pressionavam a Active Brands para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes, de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado; e

(vii) Exerciam e ameaçavam exercer ações de retaliação com o intuito de pressionar a Active Brands e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

3257. Ou seja, dos elementos *supra* analisados, e do que na Decisão ficou demonstrado, resulta que a Active Brands e cada uma das empresas de distribuição visadas contribuíram para os objetivos comuns prosseguidos por todos os participantes, bem como efetivamente conhecia a conduta dos demais agentes infratores na prossecução dos mesmos objetivos anticoncorrenciais[1406].

3258. No presente caso, a Active Brands poderia ter posto fim ao seu comportamento anticoncorrencial, em qualquer momento da sua duração, mas manteve os elementos que preenchem o tipo objetivo e subjetivo da infração em apreço (conforme resulta da análise realizada nos capítulos IV.1.6.1 e IV.1.6.2 da presente Decisão, para as quais se remete).

3259. O mesmo se podendo afirmar para qualquer das empresas de distribuição visadas (conforme resulta da análise realizada nos capítulos III.3.4.3 III.3.4.4 III.3.4.5 da presente Decisão).

3260. 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.

3261. Como tal, verifica-se que a execução da infração persistiu desde que ocorreu o primeiro contacto entre as visadas para troca da referida informação sensível, até ao momento em que deixa de existir evidência de que as visadas continuaram a participar na troca de informação, altura em que a Autoridade deixa de constatar o estado antijurídico em que as visadas se haviam voluntariamente colocado e em que podem ser reafirmados o estado e o interesse que as normas jurídicas (concorrenciais) violadas visavam proteger.

3262. Verifica-se, assim, que a execução da infração persistiu desde o momento em que a Active Brands iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação – 8 de julho de 2009, data do elemento de prova relevante mais antigo – até ao momento em que deixa de existir evidência de que a visada continuou a participar na infração – 19 de maio de 2017, data do elemento de prova relevante mais recente -, marco a partir do qual a Autoridade deixa de constatar o estado antijurídico em que as visadas se haviam voluntariamente colocado e em que podem ser reafirmados o estado e o interesse que as normas jurídicas (concorrenciais) violadas visavam proteger (não se excluindo que continue presentemente).

3263. Para a MCH, tais momentos corresponderam a 8 de julho de 2009, data do elemento de prova relevante mais antigo – até ao momento em que deixa de existir evidência de que a

[1406] Cf., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 1999, *Comissão das Comunidades Europeias/ Anic Partecipazioni SpA*, processo n.º C-49/92 P, e de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão Europeia*, processos n.ºs 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.

visada continuou a participar na infração – e 19 de maio de 2017, data do elemento de prova relevante mais recente.

3264. Para a Pingo Doce, a 28 de agosto de 2009, data do elemento de prova relevante mais antigo – até ao momento em que deixa de existir evidência de que a visada continuou a participar na infração – e 18 de abril de 2017, data do elemento de prova relevante mais recente.

3265. Para a Auchan, corresponderam a 8 de julho de 2009, data do elemento de prova relevante mais antigo – até ao momento em que deixa de existir evidência de que a visada continuou a participar na infração – e 19 de maio de 2017, data do elemento de prova relevante mais recente.

3266. E, finalmente, para [Diretor Off-Trade - Active Brands], a 8 de julho de 2009, data do elemento de prova relevante mais antigo – até ao momento em que deixa de existir evidência de que a pessoa singular visada continuou a participar na infração – e 19 de maio de 2017, data do elemento de prova relevante mais recente.

3267. As práticas das visadas consubstanciaram, portanto, uma única infração de natureza permanente, cuja execução se protraiu no tempo até deixar de se constatar o estado antijurídico criado.

3268. Ainda assim, é tecido – e sustentado no caso concreto, com base na prova produzida, nos termos que se desenvolvem *infra* – 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).»*[1407] (destaques da Autoridade).

[1407] Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2017, *Icap plc e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-180/15.

3269. 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).»*[1408] (destaque da Autoridade).

3270. O Tribunal Geral firmou, ainda, o seguinte entendimento:

«Há que lembrar que, quanto às condições em que se pode caracterizar uma concertação ilícita à luz do número e da regularidade dos contactos entre os concorrentes, resulta da jurisprudência que ***são tanto o objeto da concertação como as especificidades do mercado que explicam a frequência e a periodicidade com que os concorrentes entram em contacto uns com os outros****, bem como o modo como o fazem, para conseguirem uma concertação da sua atuação no mercado. Com efeito, se as empresas envolvidas criarem um cartel com um sistema complexo de concertação sobre uma variedade de aspetos da sua atuação no mercado, poderão ser necessários contactos regulares durante um longo período de tempo. Se, pelo contrário, como no processo principal,* ***a concertação for pontual e tiver por objetivo uma harmonização única da atuação no mercado relativamente a um único parâmetro da concorrência, um só contacto entre os concorrentes pode ser suficiente para realizar o objetivo anticoncorrencial das empresas envolvidas****.»*[1409] (destaque da Autoridade).

3271. Ora, da prova constante dos presentes autos resulta, manifestamente, que a concertação operada entre as várias insígnias através do fornecedor reporta-se, exclusivamente, a um único parâmetro de concorrência – o preço –, pelo que, de acordo com o critério do Tribunal Geral acima descrito, exigir-se-ia uma menor intensidade nas comunicações havidas entre as visadas pelo presente processo, atento o facto de o seu objetivo comum se poder realizar através de um contacto apenas (por exemplo, o envio simultâneo de propostas de ações promocionais pela Active Brands às insígnias suas clientes onde constam diversas variáveis, incluindo os PVP a praticar, conforme descrito no capítulo III.3.1.3 *supra* da presente Decisão).

3272. Ainda assim, e em concretização do contexto em que operou a conduta ilícita em apreço, importa atentar na analítica desenvolvida pelo Tribunal Geral no âmbito de um mercado cujas alterações do fator objeto de comportamento anticoncorrencial operavam diariamente, tendo aquela instância concluído que:

[1408] Fresh Del Monte Produce, Inc./ Comissão Europeia, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, §351.

[1409] Veja-se, a este propósito, *Fresh Del Monte Produce, Inc./Comissão*, processo n.º T-587/08.

«É certo que no âmbito do funcionamento da infração em causa, ***há que tomar em consideração o caráter quotidiano da fixação das taxas da Euribor****. Daqui decorre necessariamente que* ***uma manipulação das referidas taxas produz efeitos limitados no tempo e necessita de ser reiterada para que tais efeitos prossigam*** *(v., neste sentido, Acórdão de 10 de novembro de 2017, Icap e o./Comissão, T-180/15, EU:T:2017:795, n.º 222).»*[1410] (destaque da Autoridade).

3273. A propósito da regularidade com que as interações entre concorrentes têm de verificar-se para se estar diante de uma infração não apenas única, mas também continuada, ou permanente (na terminologia contraordenacional nacional), a Advogada-Geral Juliane Kokott teceu as seguintes considerações:

«225. ***Embora me pareça dificilmente contestável que uma troca de informações que ocorre 20 a 25 vezes por ano apresenta uma regularidade e uma frequência impressionantes****, o presente recurso de anulação, que diz exclusivamente respeito a questões de direito, não constitui o quadro adequado para esgrimir números, o que equivaleria, em definitivo, a uma nova apreciação dos factos.*

226. Neste contexto, o argumento da Weichert que consiste em sustentar que, ***embora os preços de referência fossem fixados todas as semanas, não havia semanalmente uma troca de informações sobre os elementos que tinham incidência sobre os preços, também não é muito convincente, uma vez que, mesmo admitindo a exatidão da alegação de que o ritmo de fixação dos preços de referência e o calendário das trocas de informações não estavam perfeitamente sincronizados, isso em nada alteraria a existência de uma troca de informações com um objetivo anticoncorrencial****.»*[1411] (destaque da Autoridade).

3274. Também o TCRS esclarece, no que respeita ao caráter permanente das restrições da concorrência por objeto, que:

«*Avançamos, desde já, que a infracção em causa nos autos, tratando-se de uma restrição da concorrência por objecto, deverá ser qualificada como uma infracção permanente. Na verdade, a restrição da concorrência por objecto implica um estado que, só por si mesmo, é adverso ao bom funcionamento no mercado em termos concorrenciais.*

Este tipo de infracção cria um estado antijurídico, que perdurará enquanto o(s) agente(s) não cumprirem com o dever de o remover. Até essa remoção, o estado anti concorrencial criado

[1410] Acórdão do Tribunal Geral de 24 de setembro de 2019, *HSBC Holdings plc/ Comissão Europeia*, processo n.º T-105/17, §260.

[1411] Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 11 d enovembro de 2014, no âmbito do caso *Fresh Del Monte Produce, Inc. e o./ Comissão Europeia e o.*, processos n.ºs C-293/13 P e C-294/13 P.

comprime, por todo o tempo em que perdurar, os bens jurídicos violados, situação essa que não se esgota obviamente num único acto jurídico-formal isolado no tempo».[1412]

3275. Ora, no âmbito de diligências complementares realizadas no presente processo (cf. capítulo I.13 da presente Decisão) ficou demonstrado que as estratégias de PVP a implementar no mercado do retalho alimentar por parte das empresas de distribuição ocorrem trimestralmente, a revisão dos PVP é mensal e o seu ajustamento é semanal.

3276. Neste contexto, as estratégias de PVP a praticar não são, como pretende a Auchan demonstrar[1413], diárias, pelo que à Autoridade não incumbiria qualquer ónus de demonstração de contactos diários entre as visadas pelo processo com vista a implementar a conduta anticoncorrencial.

3277. Não poderá igualmente desconsiderar-se o facto de que as comunicações havidas sempre poderiam diminuir em certos períodos porquanto, sendo os PVP delineados com uma frequência trimestral, esse hiato temporal bastar-se-ia com a negociação colusória e, apenas em caso de desvios, haveria lugar a contactos com vista ao reporte e correção.

3278. Aliás, essa é uma premissa explicativa da (potencial) menor abundância probatória relativa a determinadas condutas (e.g. correção de desvios, pressão, coação e retaliação), cuja existência apenas se justificaria caso a concertação não estivesse a funcionar nos termos determinados pelas visadas e sendo dispensável quando efetivamente funcionava.

3279. Ou seja, a manter-se o estado de alinhamento, não seriam necessárias interações adicionais que, no limite, teriam uma frequência mensal ou semanal, e nunca diária.

3280. Não estaria, pois, nem está, a Autoridade incumbida de qualquer ónus de demonstração da existência de prova de contactos diários entre as visadas pelo processo.

3281. Ademais, é ainda entendimento constante dos tribunais da União Europeia que:

«[N]*as circunstâncias em que o prosseguimento de um acordo ou de práticas concertadas exija medidas positivas especiais, a Comissão não pode presumir a continuação do cartel na falta de prova da adoção das referidas medidas (v., neste sentido, acórdão de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, EU:T:2000:77, n.os 2803 e 2804).*»[1414].

3282. Acresce que a duração da própria infração é também um aspeto que não pode deixar de ser considerado na aferição da periodicidade das comunicações. Com efeito, a existência

[1412] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1413] §§20, 1205 a 1206 e 1389 da PNI Auchan.

[1414] Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2017, *Icap plc e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-180/15, §223.

de uma prática que se estende, pelo menos, por aproximadamente oito anos não poderia exigir uma constância diária, estanque e monotónica de contactos entre empresas.

3283. O facto de se estar perante uma infração jusconcorrencial com aquela duração, marcada por períodos probatórios mais ou menos ricos, atendendo à natural evolução da prática concertada, não prejudica a conclusão pela existência de uma infração única e permanente desde que, e conforme já *supra* demonstrado, os infratores prossigam um objetivo único.

3284. 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 por um complexo de práticas anticoncorrenciais que podem assumir várias formas e evoluir ao longo do tempo.*»[1415].

3285. 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).

3286. Considera, assim, 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 caráter único e continuado****. Com efeito, 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).

3287. Veja-se, ainda, *a contrario*, o entendimento asseverado pelo Tribunal Geral no que respeita à ausência de provas num determinado período de tempo:

[1415] Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 20 de outubro de 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 de setembro de 2006, processo n.º C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging Voor De Groothandel Op Elektrotechnisch Gebied/ Comissão das Comunidades Europeias*.

*«Nestas circunstâncias, **a falta de provas** que corroborem as declarações da Chiquita e que demonstrem um contacto entre a Chiquita e a Pacific **num período de cerca de cinco meses** (de 12 de agosto de 2004 a 19 de janeiro de 2005) **numa infração com uma duração total de pouco mais de oito meses deve ser considerada constitutiva de uma interrupção da infração**, tanto mais que, como afirmam as recorrentes sem impugnação da Comissão, as negociações dos preços no mercado da banana decorrem de forma semanal, o que é também confirmado pelos quadros dos preços da Chiquita das semanas 6 a 13 e 9 a 15/2005 feitos por P1, e que, portanto, não há qualquer prova explícita de um contacto entre a Chiquita e a Pacific relativamente a cerca de vinte ciclos de negociação.»*[1416] (destaque da Autoridade).

3288. Assim, é manifesto que a ausência de provas num período de cinco meses, relativamente a uma infração que, a ser tida por continuada, teria a duração total de oito meses, opera indubitavelmente um corte na infração, e configura-a, ao invés, numa infração única e repetida.

3289. Ora, não é de todo esse o caso no presente processo contraordenacional, conforme acima demonstrado.

3290. Com relevância para a presente Decisão, refere também, num outro aresto, aquela instância judicial que:

*«Com efeito, os casos esporádicos e isolados de batotas ou de inaplicação do cartel por um determinado participante, **sobretudo quando digam respeito a um cartel de longa duração**, não demonstram, por si só, que esse participante não aplicou o cartel ou que adotou um comportamento concorrencial (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 8 de outubro de 2008, Le Carbone Lorraine/Comissão, T-73/04, Colet., p. II-2661, n.º 204).»*[1417] (destaque da Autoridade).

3291. Nestes termos, atenta a duração da infração jusconcorrencial em apreço, que se irradiou por, pelo menos, aproximadamente oito anos, é incontestável que a prova subjacente ao presente processo assuma uma maior ou menor volatilidade, com diferentes níveis de condensação no tempo, consoante o atingimento ou não do desígnio anticoncorrencial.

3292. Neste contexto, não só as caraterísticas do mercado, bem como a protelação da conduta anticoncorrencial constituem, conforme já explicitado, indícios objetivos e coerentes que justificam eventuais desfasamentos nos elementos de prova constantes dos presentes autos.

3293. Por último, revisite-se o acima referido no capítulo IV.1.3.3.3 da presente Decisão, para responder ao argumento de que a «*mera recomendação de preços*» da Active Brands «*é uma*

[1416] Acórdão do Tribunal Geral de 16 de junho de 2015, *FSL Holdings e o./ Comissão Europeia*, processo n.º T-655/11, §497.

[1417] Acórdão do Tribunal Geral de 13 de setembro de 2013, ***Total Raffinage Marketing/ Comissão Europeia*, processo n.º** T-566/08, §254.

prática isenta, nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do RIC, da aplicação dos artigos 9.º da LdC28 e 101.º, n.º 1, do TFUE».

3294. A indicação, imposição ou definição vertical dos PVP, no caso concreto, bem como as comunicações consecutivas por parte da Active Brands às empresas de distribuição visadas, seja dos PVP, dos PVPR ou dos PVP mínimos – apesar de constituir, por si só, uma restrição à concorrência por objeto – não é, no presente 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, ou pelo menos, promover o alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

3295. Nas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão Europeia esclarece que «*a restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea a), do Regulamento (UE) 2022/720 diz respeito à imposição de preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objeto direto ou indireto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, incluindo os que estabelecem um preço de venda fixo ou mínimo a observar pelo comprador.* (…) *as restrições graves são uma categoria de restrições estabelecida no Regulamento (UE) 2022/720, que se presume que, em geral, geram um prejuízo líquido para a concorrência. Por conseguinte, os acordos verticais que contêm tais restrições graves não podem beneficiar da isenção prevista no artigo 2.o, n.o 1, do Regulamento (UE) 2022/720*»[1418] (sublinhado da Autoridade).

3296. Ora, conforme o já exposto na presente Decisão, e pelas razões apontadas nos capítulos III.3.1.3 e III.3.4.1, verifica-se que a Active Brands definia, em concertação com as insígnias, verdadeiros PVP, o que evidencia, por conseguinte a existência de uma restrição grave, que determina a não aplicação da isenção por categoria constante do Regulamento, nos termos já descritos (cf. §§2001 e 2860 da presente Decisão).

3297. Ultrapassada a prévia definição sobre a natureza concreta da infração jusconcorrencial *in casu*, tendo sido demonstrado o seu caráter permanente, cumpre, assim, aferir da lei aplicável à conduta censurável.

3298. 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.

3299. 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.

3300. Ora, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e do artigo 9.º da LdC, os dois regimes em confronto tipificaram como práticas restritivas da concorrência, puníveis como contraordenação, os acordos e práticas concertadas entre empresas, bem como decisões

[1418] Cf. Comunicação da Comissão «*Orientações relativas às restrições verticais*», JO de 30 de junho de 2022, C 248/01, parágrafos 179 e 185.

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 nacional.

3301. 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 processo, aberto em 21 de março de 2017.

3302. No entanto, esta norma disciplina apenas a aplicação da lei processual no tempo, e já não a aplicação da lei substantiva.

3303. Regem assim os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do RGCO, aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC, que estabelece que:

«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.».

3304. Ora, 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.

3305. 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.

3306. 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.

3307. Importa pois, primeiramente, determinar qual o momento da prática da infração.

3308. De acordo com o artigo 5.º do RGCO, aplicável ex vi do 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*».

3309. No caso das contraordenações permanentes, 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, o facto considera-se praticado no momento em que cessa a respetiva execução.

3310. Assim, 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 Lei n.º 19/2012 – ainda que mais gravosa, porquanto é aplicável a lei vigente no momento em que cessa a infração.

3311. A propósito da temática, o STJ proferiu o entendimento de 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.*»[1419].

3312. Também o TCRS afirmou que:

> «*Com efeito, durante todo este período de tempo, as partes atuaram com o propósito inicialmente formulado, que nunca abandonaram, assim mantendo em reiteração o animus contraordenacional. Donde, por força do disposto no artigo 5.º do RGCO, o dia 31 de Dezembro de 2013 [data em que cessou a infração] é o – único – momento normativamente relevante para efeitos de determinação do momento da prática do facto, não se verificando, por isso, sequer os pressupostos respeitantes à sucessão de leis no tempo (e por conseguinte, soçobra a invocação dos colorários, jusfundamentais e legais daí decorrentes, designadamente o número 1 do artigo 2.º do Código Penal e os números e 3 do artigo 29.º da Constituição)*»[1420].

3313. Com efeito, à imagem do crime permanente, na conduta contraordenacional de natureza permanente, que se escoa no tempo, existe uma constante renovação dos elementos objetivos e subjetivos constitutivos do tipo contraordenacional.

3314. A consumação da conduta protrai-se ininterruptamente no tempo em consonância com a vontade do agente infrator que, tendo a faculdade de lhe pôr termo, não a faz cessar[1421]. 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.

3315. Neste contexto, esclarece o TCRS que:

> «*Ora, estando em causa uma infracção permanente – vide al. a) do n.º 2 do artigo 119.º do Código Penal –, existindo, como existe uma sucessão de leis no tempo, a lei nova é aplicável, sem retroactividade, durante todo o tempo em que a consumação persiste*»[1422].

[1419] Acórdão do STJ de 31 de outubro de 2012, processo n.º 224/06.7TACBC.G2-A.S1, disponível em http://www.dgsi.pt/, consultado em 1 de junho de 2021.

[1420] Sentença proferida em 30 de setembro de 2020 pelo 1.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 322/17.1YUSTR, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1421] Cf., neste sentido, Germano Marques da Silva, *«Direito Penal Português, Parte Geral II»* e Figueiredo Dias, *«Direito Penal, Parte Geral, Tomo I»*, 2004.

[1422] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

3316. No mesmo sentido, clarifica 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»*[1423].

3317. 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 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*»[1424].

3318. 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.*»[1425] (sublinhado original).

3319. Destarte, e em rigor, não se está perante uma sucessão de leis no tempo. A lei nova deve ser 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, no domínio da sua vigência.

3320. Refere o TRP que: «*Também, agora, a propósito da consumação das contra-ordenações e do prazo de prescrição, (António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, in "Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas", Almedina, 2ª ed., pág.s 78 e 79) escrevem que, "contra-ordenação permanente é aquela em que o momento de consumação perdura por um tempo mais ou menos longo e, enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a contra-ordenação. Assim, tempo da comissão da contra-ordenação permanente é todo o espaço que vai até à terminação do facto (consumação material).".*»[1426].

3321. Nestes termos, é indubitável a conclusão de que:

[1423] Acórdão do TRL de 5 de dezembro de 2007, Processo n.º 5352/07, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1424] Sentença proferida em 19 de julho de 2013 pelo 1.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 88/12.1YUSTR, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1425] Acórdão do TRP de 21 de outubro de 2019, Processo n.º 5955/18.6T8MTS.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[1426] Acórdão do TRP, de 21 de outubro de 2019, Processo n.º 5955/18.6T8MTS.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/.

«[N]*o caso de contra-ordenações permanentes, por referência dos crimes permanentes, aplica-se sempre a lei nova, ainda que mais severa, desde que a execução ou o último acto tenham cessado no domínio da mesma lei.*»[1427].

3322. 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, a 19 de maio de 2017, não poderá deixar de concluir-se pela aplicação da lei vigente nesse momento – a Lei n.º 19/2012 – à totalidade da factualidade típica, independentemente de ser, ou não, concretamente mais gravosa.

3323. Assim, em síntese e reforçando o que a este respeito a Autoridade já referiu na Nota de Ilicitude e no presente capítulo, é de salientar o seguinte:

(i) Atentos os factos descritos e os elementos de prova juntos aos autos, o comportamento anticoncorrencial remonta a, pelo menos, 8 de julho de 2009, mantendo-se até, pelo menos, 19 de maio de 2017 (inclusive);

(ii) O facto censurável teve, assim, início na vigência da Lei n.º 18/2003 e, não se verificando o abandono do propósito anticoncorrencial inicial, perdurou até momento posterior à entrada em vigor da Lei n.º 19/2012; e

(iii) Tendo-se iniciado a execução dos atos ilícitos na vigência do regime jusconcorrencial anterior, mas protelando-se no tempo e subsistido na vigência da lei nova, o momento da consumação perdurou enquanto subsistiu o estado antijurídico, criado e querido pelos agentes, pelo que a infração é aferida e punida à luz da Lei n.º 19/2012.

3324. Conforme já sufragado pelo TCRS:

«*Não é correcto, por contra legem, salvo o devido respeito por melhor opinião, a posição dos Recorrentes, quando defendem que, pelo menos, os factos praticados há mais de 5 anos se mostram prescritos. A natureza da infracção em causa nos autos não permite realizar essa incisão.*

Tendo em vista que, nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 74.º do RJC, o procedimento de contra-ordenação extingue-se por prescrição no prazo de 5 anos, facilmente se conclui que este procedimento contra-ordenacional, pela globalidade dos factos em causa, não se mostra prescrito, sem necessidade sequer de analisar as causas de interrupção e suspensão do prazo de prescrição que possam ter ocorrido (como ocorreram), pelo que falece a pretensão dos Recorrentes»[1428].

3325. Conclui, assim, a Autoridade pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados pelas visadas quanto à execução temporal e natureza permanente da infração, mantendo

[1427] Acórdão do TRP, de 21 de outubro de 2019, Processo n.º 5955/18.6T8MTS.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[1428] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

a sua convicção sobre a duração da infração e a natureza permanente da mesma e, bem assim, a aplicação da Lei n.º 19/2012 ao comportamento anticoncorrencial *sub judice*, pelo que a Autoridade mantém inalterada a sua posição relativa ao regime substantivo aplicável ao presente processo contraordenacional.

IV.1.6 Da imputação da infração a [Diretor Off-Trade - Active Brands]

IV.1.6.1 Tipo objetivo

3326. Nos termos conjugados do n.os 1, 6 e 7 do artigo 73.º, n.º 4 do artigo 69.º e alínea *a)* do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, as pessoas singulares poderão ser responsabilizadas em concomitância com pessoas coletivas pela violação do disposto no artigo 9.º da referida Lei.

3327. Designadamente, os titulares do órgão de administração e/ou os responsáveis pela direção ou fiscalização de uma pessoa coletiva a que seja imputada uma infração à Lei n.º 19/2012, responderão por essa mesma infração quando exercerem o controlo da área de atividade em que a mesma seja praticada e adotem comportamentos que consubstanciem a infração ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediato.

3328. Ou seja, a única distinção prevista na LdC é a existência de critérios de imputação distintos consoante em causa esteja uma pessoa coletiva ou uma pessoa singular.

3329. Ao passo que, nos termos das alíneas do n.º 2 do artigo 73.º da LdC, as pessoas coletivas respondem pelas infrações cometidas «[e]*m seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança*» ou ainda «[p]*or 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*», as pessoas singulares respondem ou pelo papel ativo na infração ou, quando conhecendo ou devendo conhecer a existência da infração, subtraíram-se a tomar as diligências adequadas a pôr-lhe termo.

3330. Ademais, as exigências de prevenção, geral e especial, assim o requerem, caso contrário permaneceriam imunes à responsabilização as pessoas singulares que praticassem infrações em concomitância e em conjunto com o cometimento de ilícitos concorrenciais por parte das empresas com que colaboram, nelas não se refletindo quaisquer repercussões negativas da infração.

3331. Assim, desde que preenchidos os elementos constitutivos do tipo previsto no n.º 6 do artigo 73.º da LdC, uma pessoa singular poderá, inequivocamente, ser responsabilizada e, consequentemente, sancionada, por infrações ao direito da concorrência.

3332. Como decorre da LdC e é sustentado, por exemplo, no Parecer n.º 11/2013 do Ministério Público, o regime jurídico da concorrência implementa um sistema de responsabilização autónoma que, como tal, pode assumir uma natureza conjunta:

«7 - ***O artigo 7.º do Regime Geral das Contraordenações adota a responsabilidade autónoma, tal como os regimes especiais*** *em matéria laboral (artigo 551.º do Código do*

Trabalho), tributária (artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias), económica (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro), de valores mobiliários (artigo 401.º do Código dos Valores Mobiliários), ***de concorrência (artigo 73.º da Lei da Concorrência)*** *e de contraordenações ambientais (artigo 8.º da Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais), pelo que não é necessária a identificação concreta do agente singular que cometeu a infração para que a mesma seja imputável à pessoa coletiva.*»[1429] (destaque da Autoridade).

3333. Mais, dispõe o n.º 2 do artigo 73.º da LdC que:

«*As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior* ***respondem*** *pelas contraordenações previstas na presente lei* (...)» (destaque da Autoridade).

3334. Por sua vez, e conforme já referido, o n.º 6 estipula que:

«*Os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação,* ***incorrem*** *na sanção cominada no n.º 4 do artigo 69.º,* (...)». (destaque da Autoridade).

3335. Da leitura destas das disposições em causa resulta que a responsabilidade contraordenacional por infrações ao direito da concorrência recai tanto sobre a pessoa coletiva através da qual a infração se concretizou, como também sobre as pessoas singulares que a comandam, caso nestas se cumpram as condições para tal.

3336. A responsabilidade contraordenacional singular existe, assim, a par da responsabilidade contraordenacional da pessoa coletiva envolvida na infração.

3337. Por sua vez, a determinação da coima a aplicar nos casos de violação das normas de concorrência segue o mesmo esquema acima referido. Por um lado, o n.º 4 do artigo 69.º da LdC, por remissão do n.º 6 do artigo 73.º, estipula a sanção aplicável às pessoas singulares que, ao desempenharem funções na empresa infratora, incumpriram os deveres de conduta que *a contrario* resultam das alíneas *a)* a *g)* do n.º 1 do artigo 68.º, onde especificamente se prevê a aplicação de coima pela violação do disposto nos artigos 9.º, 10.º e 11.º da LdC. Por outro, o n.º 2 do artigo 73.º prevê, igualmente, a coima que recai sobre as pessoas coletivas que infrinjam, igualmente, o disposto nas alíneas *a)* a *g)* do n.º 1 do artigo 68.º, estando a determinação da respetiva coima prevista no n.º 2 do artigo 69.º.

3338. Neste contexto, da remissão do n.º 4 do artigo 69.º para aquelas alíneas do n.º 1 do artigo 68.º resulta, expressamente, que as pessoas singulares já identificadas no n.º 6 do artigo 73.º são individualmente responsáveis, e que sobre elas recaem sanções específicas por violações do disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC.

[1429] Parecer n.º 11/2013, publicado em Diário da República n.º 178/2013, Série II de 16 de setembro de 2013, disponível em https://dre.pt/, consultado em 18 de maio de 2021.

3339. Assim, resulta inequívoca a responsabilização de pessoas singulares quando atuem em violação do direito da concorrência, sendo-lhes aplicáveis sanções distintas consoante a norma que violem.

3340. Ademais, da prática decisória da Autoridade consta, desde há muito, também a condenação de membros dos órgãos de administração de empresas e de diretores destas por infrações ao direito da concorrência[1430].

3341. Na Nota de Ilicitude, a Autoridade referia que as diligências de investigação realizadas em fase de inquérito levavam a concluir pelo envolvimento pessoal e direto de [Diretor Off-Trade - Active Brands] numa infração ao artigo 9.º da LdC, na qualidade de Diretor *Off-Trade* da Active Brands (cf. capítulos II.3.4.1.1 e III.1.6 da Nota de Ilicitude).

3342. Na presente Decisão, como melhor descrito nos capítulos III.3.4.2 e IV.1.6, reapreciada a matéria de facto provada face à defesa apresentada pela pessoa singular visada, a Autoridade conclui pela existência de evidências de que de que [Diretor Off-Trade - Active Brands], no desempenho das suas funções na Active Brands, teve uma participação ativa nos comportamentos que consubstanciam e traduzem a infração em causa na presente Decisão, intervindo diretamente na maioria das conversações de correio eletrónico consideradas relevantes para efeitos probatórios no presente processo, pelo que tinha necessariamente conhecimento direto – e, mais do que isso, intervenção ativa – sobre os factos em causa (cf. capítulos III.3 e III.3.4.2 da presente Decisão).

3343. Ao longo de todo o período da infração em que esteve em funções, [Diretor Off-Trade - Active Brands] não adotou quaisquer medidas para fazer cessar a infração.

3344. Tudo visto e ponderado, com base na prova reunida nos presentes autos, a Autoridade conclui pela existência de factos e evidências suficientemente sérios, precisos e concordantes de que [Diretor Off-Trade - Active Brands] (Active Brands), esteve diretamente envolvido na prática da infração ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE, razão pela qual deverá ser diretamente responsabilizado em concomitância com as empresas visadas Active Brands, Auchan, MCH e Pingo Doce, nos termos dos n.os 2 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

IV.1.6.2 Tipo subjetivo

3345. Nos termos acima indicados, os factos que constituem contraordenações à luz do atual regime jurídico da defesa da concorrência podem ser imputados a pessoas singulares.

3346. Estatui, em concreto, o n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 a responsabilidade dos titulares dos órgãos de administração, bem como dos responsáveis pela direção e fiscalização de áreas de atividade em que tenha sido praticada alguma contraordenação, nos casos *(i)* de prática pelos mesmos de atos de execução e implementação da conduta

[1430] Cf. à luz do anterior regime jurídico da concorrência, Decisão Final de 24 de dezembro de 2009 do processo contraordenacional n.º PRC/2007/02, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

ilícita ou *(ii)* em que a prática da infração por essas empresas fosse, ou devesse ser, do seu conhecimento e quando não tenham adotado as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente.

3347. Assim, é punível a conduta dos titulares dos órgãos de administração, fiscalização e direção das empresas visadas que tenham, simultaneamente, o conhecimento (ou o dever de conhecimento) da prática restritiva da concorrência subjacente e a omissão de atos ou medidas adequadas a pôr termo imediato à mesma, ainda que as referidas pessoas singulares possam não ter estado diretamente envolvidas na execução da prática ilícita. A terem estado envolvidas nessa execução, por maioria de razão, é punível a respetiva conduta.

3348. Considerando os factos *supra* descritos, bem como o conjunto de elementos de prova precisos e concordantes junto aos autos, verifica-se que [Diretor Off-Trade - Active Brands] tinha conhecimento direto da prática restritiva da concorrência imputada à empresa visada que representava (Active Brands).

3349. Os elementos probatórios demonstram não só que estava consciente do objeto anticoncorrencial – e, portanto, antijurídico e ilícito – dessa prática (cf. o documento ActiveBrands772 transcrito *supra* no §3131), como teve uma participação ativa nos comportamentos que consubstanciam a infração (cf. §§2088 a 2092 da presente Decisão).

3350. Com efeito, os elementos da prova analisada revelam que [Diretor Off-Trade - Active Brands] desempenhava um papel ativo na organização e implementação da prática *sub judice*, dando instruções concretas aos seus colaboradores neste contexto (nomeadamente sobre o processo de monitorização de PVP e recolha de talões e respetiva entrega às várias empresas de distribuição visadas como forma de comprovar o reposicionamento de PVP e promover o alinhamento transversal no mercado) e interagindo diretamente com colaboradores das empresas de distribuição visadas sobre aspetos relativos à fixação e alinhamento dos PVP.

3351. Importa ainda referir que, apreciadas as provas e os factos constitutivos do tipo subjetivo *sub judice*, verifica-se que [Diretor Off-Trade - Active Brands] não adotou qualquer diligência ou medida tendente a pôr termo imediato à prática restritiva da concorrência que conhecia e na qual se envolveu consciente e deliberadamente, antes pelo contrário, fomentou e interveio na sua execução ao longo do tempo (cf. §§2079 a 2086 *inter alia*), mesmo sabendo que a mesma era ilícita (cf. §§2102 a 2108, *inter alia*).

3352. Revisite-se o caso do documento ActiveBrands119 (*supra* descrito nos §§1152 a 1155), em que a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] instrui a sua equipa nos seguintes termos: «(…) *A Sonae vai alterar o PVP de CR&F de dia 17 para dia 18 para 13,49€. No dia 18 tenho de enviar talão de manhã para o PD (para que este altere de dia 18 para dia 19). No dia 19 preciso de talão Sonae para enviar para PD.* [Confidencial – Dados Pessoais] *podes dar-me uma ajuda (uma vez que o* [Confidencial – Dados Pessoais] *vai estar no Porto)? O PD vai alterar Carolans para 9,99€ de dia 18 para dia 19 mas para isso preciso de um talão no dia 18 de manhã com Carolans (9,54€) e CR&F (13,28€) corrigidos no Jumbo de Alfragide.*

[Confidencial – Dados Pessoais] *peço o favor de acertares com o cliente (entrega-lhe talões PD no dia 19)…o* [Confidencial – Dados Pessoais] *fará o favor de trazer os talões.* ***Estas correcções são importantes sob pena de se criar uma bola de neve que a todos prejudica***.» (destaques da Autoridade).

3353. Bem como o caso do documento ActiveBrands1092 (*supra* descrito nos §§920 a 922), em que o Diretor Geral/Administrador da Active Brands intervém, solicitando expressamente à colaboradora da Pingo Doce para manter as ações promocionais conforme definidas no início do ano e não «*colocar em causa todo o trabalho de reposicionamento da Marca Velhotes (que foi realizado com a Vossa preciosa ajuda é claro) ao realizar promoções que nos levariam a PVP's inferiores aos Recomendados e mesmo, inferiores aos do ano passado. Isto para não falar de que todo o mercado entraria numa espiral de resposta e promoção de preço que colocaria em causa o Verão*».

3354. Ora, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 14.º do Código Penal, aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO e do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, «*age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de ilícito, atua com intenção de o realizar*», consistindo o dolo no conhecimento e vontade de realização dos factos que preenchem o tipo (elementos cognitivo e volitivo do dolo, respetivamente). Quadro normativo que, no caso concreto, encontra realização, nos termos descritos, no comportamento de [Diretor Off-Trade - Active Brands].

3355. Deve, não obstante, referir-se que a negligência é, também, punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

3356. Por outro lado, o quadro de factos que se dá por estabelecido quanto à definição e execução, pela referida pessoa singular visada, da prática anticoncorrencial imputada à empresa visada que representava demonstra a elevada censurabilidade da sua atuação na execução da prática e na omissão dos deveres de conduta adequados a pôr termo à mesma.

3357. Do exposto, conclui-se que [Diretor Off-Trade - Active Brands] é responsável pela infração em causa, tendo atuado deliberadamente, com manifesto dolo e de forma ilícita e culposa, na prossecução de uma conduta expressamente proibida, inexistindo qualquer causa de justificação ou exclusão da ilicitude.

IV.1.6.3 Execução temporal e natureza permanente da infração

3358. Como se observou, os titulares de órgãos de administração ou de cargos de direção podem ser responsabilizados pela infração imputada às empresas por violação do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, assim como a violação do artigo 101.º do TFUE (cf. n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012).

3359. Nessa medida, as pessoas singulares visadas são responsáveis pela infração imputável à empresa para a qual exerciam funções durante o período em que, havendo infração da

empresa e tendo os mesmos tido intervenção direta na prática em causa ou conhecimento dela, ocuparam um cargo de administração ou direção.

3360. [Diretor Off-Trade - Active Brands] foi Diretor *Off-Trade* da Active Brands durante todo o período da infração praticada pela referida empresa (2009 a 2017) (cf. capítulo III.3.4.2 da presente Decisão).

3361. Neste sentido, a AdC confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude, concluindo pelo envolvimento pessoal de [Diretor Off-Trade - Active Brands], no que respeita à duração da infração, entre 8 de julho de 2009[1431] (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento ActiveBrands228) e 29 de maio de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento ActiveBrands520), período durante o qual exerceu sempre as funções de Diretor *Off-Trade* da Active Brands (cf. capítulo III.3.4.2).

3362. Conforme referido anteriormente, a AdC considera não apenas o período em que a pessoa singular visada exerceu as funções que lhe conferiam uma determinada posição de liderança na Active Brands, como também os elementos de prova constantes do processo que demonstram o seu envolvimento direto na infração.

3363. Assim, as datas em causa correspondem aos períodos em que a factualidade demonstrativa destes dois conjuntos de circunstâncias se sobrepõe para esta pessoa singular visada.

IV.1.6.4 Pronúncia da pessoa singular visada

3364. A pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] repudia a imputação da infração que lhe foi comunicada mediante a Nota de Ilicitude, no termos descritos no capítulo III.3.4.2 da presente Decisão.

3365. A pessoa singular visada argui que as suas funções eram de «*terceira linha*», meramente executivas, havendo uma cadeia hierárquica com uma administração e um diretor-geral, ao qual reportava[1432].

3366. Alega que a constituição do conselho de administração era indicada inicialmente pelos três sócios da Active Brands (Sogevins, Gestvinus e J. Carranca Redondo) e, posteriormente, por dois sócios e, ainda numa fase seguinte, pelo sócio único (Gestvinus), pelo que a sua atividade era ditada pela «*estratégia definida no âmbito da respetiva gestão*»[1433].

[1431] Não se ignora que [Diretor Off-Trade - Active Brands] já desempenhava as funções de Diretor *Off-Trade* da Active Brands antes desta data (pelo menos, desde 2008), não se excluindo o seu envolvimento na prática em data anterior. Não obstante, para efeitos de imputação na presente Decisão e com base na prova dos autos, considera-se que a sua participação se iniciou em 8 de julho de 2009, nos termos *supra* descritos no capítulo III.3.4.2).

[1432] Cf. §§4 e 5 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1433] Cf. §§7 e 9 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

3367. Conclui que «*independentemente de os factos que vêm descritos na Nota de Ilicitude não corresponderem à ilicitude apontada, certo é que o visado* [Diretor Off-Trade - Active Brands] *atuava sob as instruções de natureza comercial que lhe eram confiadas*»[1434].

3368. Quanto aos comportamentos praticados, alega que «*o PVP recomendado é uma das variáveis consideradas no plano de marca desenvolvido pelo dono da marca, em consonância com o departamento de Marketing e com a direção geral da A B*»[1435] e que «(…) *a monitorização contínua dos PVP, através da verificação do que está a ser praticado nos principais locais de venda* (…) *é imprescindível para a fixação e cumprimento de objetivos comerciais*»[1436].

3369. Entende, ainda quanto aos comportamentos praticados, que:

i) No caso dos pedidos de colaboração com as empresas de distribuição visadas, a distribuição dos produtos comercializados pela Active Brands (atividade principal e exclusiva desta visada, conforme defende) só poderia ser exercida por adesão aos «*folhetos promocionais*» propostos pelas insígnias, o que não significa que essa adesão se pudesse considerar um alinhamento de PVP[1437];

ii) A apresentação de propostas de ações promocionais pela Active Brands faz parte da atividade comercial e é um bom exemplo de concorrência, nada tendo que ver com alinhamento de preços[1438], sendo que a Active Brands se limitava a pôr em prática as indicações recebidas dos donos das marcas que distribuía, recomendando os PVP com um enquadramento comercial e de *marketing*[1439]; e

iii) As mensagens alegadamente relativas a pressão, coação e retaliação demonstram antes «*uma vontade de colaborar e encontrar soluções comerciais*»[1440], atuando a Active Brands «*como uma extensão dos donos das marcas, sem margem para impor, logo, para exercer pressão, coação ou retaliação*»[1441].

3370. Alega [Diretor Off-Trade - Active Brands] também que, do referido pela AdC na Nota de Ilicitude quanto aos meios forma e organização e à natureza secreta da conduta, não vislumbra de que forma o descrito nesses capítulos é demonstrativo de uma atuação tendente ao alinhamento de preços.

[1434] Cf. §11 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1435] Cf. §22 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands]

[1436] Cf. §26 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1437] Cf. §§37 e 38 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1438] Cf. §43 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1439] Cf. §48 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1440] Cf. §53 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1441] Cf. §54 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

3371. A pessoa singular visada alega ainda, no que respeita à Active Brands, que «(…) *a sua dimensão no mercado nacional não lhe conferia o poder suficiente para o alinhamento de preços por via de uma prática concertada de hub and spoke*»[1442].

3372. Em suma, conclui que existe uma «*errada dedução de ser a AB um elo de ligação entre as empresas de distribuição*», dedução que será retirada pela AdC de contextualizações alegadamente erradas, inexistindo factos imputáveis à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], bem como a inerente fundamentação não permite deduzir a acusação que lhe é dirigida pela Nota de Ilicitude[1443].

IV.1.6.5 Apreciação da Autoridade

3373. Apreciada a defesa de [Diretor Off-Trade - Active Brands] em cotejo com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica efetuada nesta Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude com base na fundamentação, constante do capítulo III.3.4.2desta Decisão, que se dá aqui por reproduzida e para a qual se remete.

3374. De facto, como ponto prévio, recorda-se que várias das alegações suscitadas pela pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] foram já sendo respondidas em capítulos anteriores, nomeadamente nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5, III.3.2, III.3.3 da presente Decisão, tendo aí sido melhor clarificado o significado dos comportamentos adotados e a sua relação com a prática em análise na presente Decisão.

3375. Com efeito, observa-se que, em consonância com o referido por esta Autoridade no capítulo III.3.4.2, existe uma quase total identidade entre a prova que representa o envolvimento da Active Brands e a que envolve o seu diretor comercial [Diretor Off-Trade - Active Brands].

3376. Acresce que, conforme referido no capítulo III.3.4.2.2, no que respeita a responsabilização de pessoas singulares, importa relembrar o disposto no n.º 1 do artigo 73.º da LdC:

> «*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).

3377. Nestes termos, a LdC prevê expressamente a responsabilização de pessoas coletivas, de pessoas coletivas que não tenham sido constituídas regularmente, de sociedades e associações sem personalidade jurídica, bem como, e para o que importa no caso vertente, de pessoas singulares.

3378. Ora, da redação desta norma resulta claro que a intenção do legislador foi a de constituir pessoas singulares como centros de imputação de responsabilidade por infrações ao direito da concorrência.

[1442] Cf. §18 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

[1443] Cf. §§85 e 91 da PNI [Diretor Off-Trade - Active Brands].

3379. Tal como asseverado pelo STJ, resulta clara a responsabilização contraordenacional de pessoas singulares no âmbito do direito da concorrência, ao referir-se que: *«acrescentam os Ilustres Professores [Figueiredo Dias e Nuno Brandão] que "(...) no art. 73.º do NRJC, encontra-se expressamente prevista e definida a questão da atribuição de responsabilidade contra-ordenacional fundada nesses ilícitos às pessoas singulares, às pessoas colectivas, às associações e às associações sem personalidade jurídica."»*[1444].

3380. Nesta medida, o n.º 6 do artigo 73.º da LdC concretiza quais as pessoas singulares que respondem por infrações ao direito da concorrência e em que circunstâncias:

«Os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, incorrem na sanção cominada no n.º 4 do artigo 69.º, quando atuem nos termos descritos na alínea a) do n.º 2 ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente».

3381. Por outras palavras, às pessoas singulares que sejam titulares dos órgãos de administração, fiscalização e direção de empresas visadas podem ser imputadas infrações ao regime jurídico da concorrência *(i)* quando pratiquem atos de execução e implementação da conduta ilícita, i.e. quando tenham envolvimento direto e pessoal nas práticas ilícitas imputadas às empresas visadas; ou *(ii)* quando, ainda que não tenham estado diretamente envolvidas na infração, esta seja, ou devesse ser, do seu conhecimento, e omitam os deveres de conduta adequados a pôr termo imediato à prática.

3382. Com efeito, a única limitação à responsabilidade de pessoas singulares que a LdC impõe é a de que estas só responderão por infrações ao direito da concorrência em função da especial acuidade que lhes incumbe, atendendo às funções pelas mesmas assumidas nas respetivas pessoas coletivas.

3383. Em face dos argumentos ora expostos, respondendo às alegações da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], estão, em relação a esta, inelutavelmente cumpridos todos os requisitos dos tipos objetivo e subjetivo do ilícito em análise na presente Decisão.

3384. Em primeiro lugar e ao contrário do que aparenta alegar, é indubitável que [Diretor Off-Trade - Active Brands] exerce funções de direção ou fiscalização da área de atividade no âmbito da qual é praticada a contraordenação em causa no presente processo. Com efeito, independentemente da hierarquia à qual reporta, esta pessoa singular visada é a responsável pela decisão e validação de muitos dos comportamentos dos respetivos colaboradores da Active Brands que dão corpo à infração (cf.capítulos III.3.4.2 e IV.1.6).

3385. Depois, é inequívoco o seu envolvimento direto, enquanto responsável por essa área, nos comportamentos objeto do processo.

[1444] Acórdão de 8 de março de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 102/15.9YUSTR.LI-A.S1, disponível em http://www.dgsi.pt, consultado em 18 de maio de 2021.

3386. Revisite-se, a título paradigmático, o acima descrito documento ActiveBrands973 (cf. §§1207 a 1209 da presente Decisão), em que [Diretor Off-Trade - Active Brands] se dirige à diretora de *marketing* da Active Brands referindo: «*Alterações de tabela para deixar tudo como está só trazem ruído e perturbação das vendas. Mesmo que subas a tabela a Sonae só vai aceitar comprar mais caro se recomendarmos um PVP maior que lhe permite manter a sua MG relativa…e para isso acontecer é preciso que o PD esteja disposto a mudar. Se não queres alterar o PVP…fica quieta…e altera este artigo quando tiveres de alterar outros…e com novas recomendações (superiores às actuais) caso contrário qualquer subida de tabela deixa tudo na mesma em termos NET…introduzindo apenas ruído desnecessário*».

3387. A forma como a pessoa singular visada neste processo comunica junto da diretora de *marketing* da Active Brands demonstra não só conhecimento dos mecanismos enunciados por esta Autoridade como constituindo as várias etapas da infração («*a Sonae só vai aceitar comprar mais caro se recomendarmos um PVP maior que lhe permite manter a sua MG* »), indicando a definição de preço a acordar com a distribuidora («*e para isso acontecer é preciso que o PD esteja disposto a mudar*»), indicando que a subida do preço recomendado está condicionada a um alinhamento entre várias insígnias (MCH e Pingo Doce), bem ainda como as consequências de uma alteração de preço sem a participação das insígnias, como também os elementos volitivos que determinam a verificação do cumprimento do ilícito («*alterações de tabela para deixar tudo como está só trazem ruído e perturbação das vendas*»).

3388. Desde logo a enunciação desta última consequência, seguida da descrição dos termos em que a mesma ocorreria – ou seja, o conhecimento de que, para que o preço de venda à insígnia fosse alterado, isso implicaria necessariamente novos PVP «*recomendados*» para as restantes insígnias, adotados com o acordo destas, demonstra que a pessoa singular visada tinha perfeito conhecimento das práticas que implementava, bem como das suas consequências.

3389. Recorde-se, como *supra* descrito no §2086, que o nome da pessoa singular visada surge diretamente associado a quase todos os documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo (do total de 1229 *e-mails* constantes do acervo probatório, já excluindo os duplicados, [Diretor Off-Trade - Active Brands] intervém em 1034 - como remetente, destinatário ou em cópia destas comunicações).

3390. Ademais, considerando que em vários documentos resulta demonstrado que a pessoa singular visada detinha não apenas as funções de «*recomendar os preços que eram definidos pelas marcas*», mas também funções no departamento de «*marketing*»[1445], mantêm-se as considerações desta Autoridade quanto à imputação relativa ao tipo subjetivo feitas no capítulo IV.1.6.2 da presente Decisão.

3391. Pelo exposto, encontra-se plenamente verificado o requisito *(i)* referido no §3381 *supra*.

[1445] Cf., entre outros, os documentos ActiveBrands1514, ActiveBrands1504, ActiveBrands1027, ActiveBrands973, ActiveBrands455, ActiveBrands198, ActiveBrands1253, ActiveBrands1078.

3392. As conclusões ora tecidas são ainda reforçadas pelo facto de, ao longo de toda a sua pronúncia, a pessoa singular visada não apresentar uma única prova que permita contrariar a verificação do requisito *(ii)* referido no §3381 *supra* – ou seja, a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] falha em apresentar qualquer documento que demonstre que ativamente obstou às práticas ilícitas em análise na presente Decisão, verificando-se, assim, também o cumprimento deste elemento do tipo objetivo, conforme acima descrito *supra* no §3343.

3393. Tanto assim é que a pronúncia da pessoa singular visada é, em grande parte e quanto ao ainda não analisado nesta apreciação, apresentada como a defesa dos comportamentos da Active Brands, e dedicada à análise da conduta desta visada, como acima referido no §3369, bem como à alegada falta de poder desta para impor os PVP (alegadamente apenas recomendados).

3394. De facto, a pessoa singular visada não nega ou apresenta uma interpretação alternativa, em momento algum, para o conteúdo dos *e-mails* apresentados na presente Decisão, limitando-se a apresentar argumentos que «*normalizam*» os comportamentos adotados e por estes evidenciados.

3395. Quanto a estas alegações, que configuram um argumento de não verificação dos requisitos do tipo objetivo, importa remeter para o que foi já referido nos capítulos IV.1.3.2.3, IV.1.3.3.3, IV.1.3.4.2, IV.1.3.5.2, IV.1.3.6.6, IV.1.3.7 da presente Decisão, escusando-se a Autoridade de reproduzir tudo quanto já foi dito, por corresponder, em medida quase integral, à refutação dos argumentos apresentados por [Diretor Off-Trade - Active Brands] e aí se encontrar demonstrado o envolvimento quer da Active Brands, quer da pessoa singular visada, na prática *sub judice*.

3396. Nestes termos, fica também rebatido o argumento da pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] de que a fundamentação da Decisão será insuficiente para demonstrar a sua imputação dos comportamentos, na medida em que, conforme se verifica pelos capítulos *supra* citados no §3395, a prova é abundante e manifesta no sentido de enquadrar os comportamentos das visadas, nomeadamente da Active Brands e de [Diretor Off-Trade - Active Brands], na qualidade de pessoa responsável pelo canal *Off-Trade* de vendas da Active Brands, como violadores do direito da concorrência nos termos da presente Decisão.

3397. No demais, a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] não apresenta qualquer outro argumento especificamente relacionado com a imputação jurídica que lhe é dirigida, não alegando quaisquer factos suscetíveis de afastar a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos que lhe são imputados, nem demonstra que adotou quaisquer comportamentos que evidenciem a eliminação da prática ou a reparação dos prejuízos causados à concorrência (cf. capítulos III.3.4.2, III.3.4.2.2 e IV.1.6.3 da presente Decisão, em particular os §2115 a 2126).

3398. Assim, tudo visto e ponderado, a Autoridade forma a sua convicção de que [Diretor Off-Trade - Active Brands] esteve pessoal e diretamente envolvido na prática de infração ao

artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE, pela qual deverá ser diretamente responsabilizado em concomitância com as empresas visadas Active Brands, Gestvinus, Auchan, MCH e Pingo Doce, nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, tendo atuado deliberadamente, com manifesto dolo, de forma ilícita e culposa, na prossecução de uma conduta expressamente proibida, inexistindo qualquer causa de justificação ou exclusão da ilicitude ou da culpa.

IV.1.7 Da responsabilidade solidária da Gestvinus

O princípio da unidade económica

3399. O direito da concorrência tem por objeto as atividades das empresas e, neste sentido, como mencionado no capítulo IV.1.3.1 da presente Decisão, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento – cf. n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, que, por seu turno, verte, na ordem jurídica interna, o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE

3400. Os tribunais europeus vêm uniformemente estabelecendo que o conceito de empresa deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[1446].

3401. Quando determinada entidade económica infringe as regras da concorrência, incumbe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal, responder por essa infração[1447].

3402. Acresce que segundo o TJUE, atendendo à sua importância, uma comunicação de acusações ou «nota de ilicitude» deve precisar, inequivocamente, a(s) pessoa(s) coletiva(s) à(s) qual(is) poderão ser aplicadas coimas e deve ser dirigida a esta(s) última(s), incluindo em que qualidade são acusadas dos factos alegados [1448].

3403. Resulta de jurisprudência assente da União que o comportamento de uma subsidiária pode ser imputado à(s) respetiva(s) sociedade(s)-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa subsidiária não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela

[1446] Cf. Acórdão de 14 de dezembro de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Colect., p. I-11987, n.° 40.

[1447] Cf., neste sentido, Acórdãos de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.° 145; de 16 de novembro de 2000, Cascades/Comissão, C-279/98 P, Colect., p. I-9693, n.° 78; e de 11.12. 2007, ETI e o., C-280/06, Colect., p. I-10893.

[1448] Cf., neste sentido, a título exemplificativo, Acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.° 60, e de 3 de setembro de 2009, Papierfabrik August Koehler e o./Comissão, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, n.° 38.

sociedade-mãe[1449], atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas[1450].

3404. Com efeito, «*é assim porque, nessa situação, a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa, na aceção da jurisprudência* [supra] *mencionada. Assim, o facto de uma sociedade-mãe e a sua filial constituírem uma única empresa, na aceção do artigo 81.° CE [atual 101.º TFUE], permite à Comissão, [e no presente caso à Autoridade], dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica coimas, sem que seja necessário demonstrar a implicação pessoal desta última na infração*»[1451].

3405. Aliás, «*o direito da concorrência* [da União] *assenta no princípio da responsabilidade pessoal da entidade económica que cometeu a infração. Ora, se a sociedade-mãe faz parte dessa unidade económica, que* (...) *pode ser constituída por várias pessoas jurídicas, essa sociedade-mãe é considerada solidariamente responsável, juntamente com as outras pessoas jurídicas que constituem a referida unidade, pelas infrações ao direito da concorrência. Com efeito, ainda que a sociedade-mãe não participe diretamente na infração, exerce, nesse caso, uma influência determinante nas filiais que nela participaram. Daqui resulta que, neste contexto, a responsabilidade da sociedade-mãe não pode ser considerada uma responsabilidade objetiva.*»[1452].

3406. Resulta igualmente da jurisprudência assente que «[n]*o caso especial de uma sociedade-mãe deter 100% do capital da sua filial que cometeu uma infração às regras comunitárias da concorrência, por um lado, essa sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial (v., neste sentido, acórdão Imperial Chemical Industries/Comissão, já referido, n.ºs 136 e 137), e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante no comportamento da sua filial (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, AEG-Telefunken/Comissão, n.° 50, e Stora, n.° 29)*».

«Nestas condições, basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela respetiva sociedade-mãe, para se presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa filial. A Comissão pode, em seguida, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, a quem incumbe ilidir a referida presunção, apresente elementos de prova

[1449] Cf., neste sentido, a título exemplificativo, Acórdãos Imperial Chemical Industries/Comissão, já referido, n.ºs 132 e 133; Geigy/Comissão, já referido, n.° 44; de 21 de fevereiro de1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, Colect., p. 109, n.° 15; e Stora, n.° 26.

[1450] Cf., a título exemplificativo, Acórdãos, já referidos, Dansk Rørindustri e o./Comissão, n.° 117, e ETI e o., n.° 49

[1451] Cf. por ex. processo C-97/08P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias.

[1452] *Idem*.

suficientes, susceptíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado (v., neste sentido, acórdão Stora, n.° 29)»[1453].

3407. Conclui-se, pois, que, quando uma sociedade-mãe detém 100% do capital da sua subsidiária que cometeu uma infração às regras da concorrência, existe uma presunção ilidível nos termos da qual se entende que essa sociedade-mãe exerce, efetivamente, uma influência determinante no comportamento da sua subsidiária.

3408. Acresce que, tal como a Comissão Europeia, a Autoridade não está obrigada, no que respeita à imputação da infração, a apresentar e demonstrar, pois, outros elementos para além da efetiva detenção, pela sociedade-mãe, do capital social das respetivas subsidiárias[1454].

3409. Por sua vez, no caso das sociedades-filhas não controladas a 100% pela sociedade-mãe, o TJUE estabeleceu que a sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento das suas subsidiárias se, no momento da infração, aquela detém a maioria

[1453] *Idem*.

[1454] Processo C-97/08P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, n.º 64. Cf., ainda no mesmo sentido do alegado, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de janeiro de 2011, Processo C-90/09P, General Química SA e outros contra Comissão Europeia, Coletânea de Jurisprudência 2011, p.I-00001 §§36 a 43, em especial §40 «(…) *basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela sua sociedade-mãe para se presumir que esta última exerce uma influência determinante sobre a política comercial dessa filial. A Comissão pode, em consequência, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que a sociedade-mãe, à qual incumbe ilidir a presunção, apresente elementos de prova suficientes susceptíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado (v. acórdãos já referidos Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, n.º 29, e Akzo Nobel e o./Comissão, n.º 61)*»; o Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de Setembro de 2011, Elf. Aquitaine SA contra Comissão Europeia, Coletânea 2011, p.I-08947, §80 «(…) *a Comissão não está obrigada, para aplicar a presunção do exercício efectivo de uma influência determinante num determinado caso, a apresentar indícios suplementares relativamente àqueles que demonstram a aplicabilidade e a concretização desta presunção (v. igualmente, neste sentido, acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.° 62). Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu um erro ao não exigir, independentemente dos elementos relativos à aplicação da presunção em causa, indícios concretos suplementares da falta de autonomia da sua filial no mercado*»; e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 19 de julho de 2012, Processo Alliance Once International, §53, «*Por outro lado, o Tribunal Geral constatou corretamente, no n.° 155 do acórdão recorrido, que, através da escolha deste método, a Comissão se impôs a si própria, para apreciar a imputabilidade do cartel em causa às sociedades-mãe, um ónus da prova do exercício efetivo de uma influência decisiva mais rigoroso do que aquele que teria, em princípio, sido considerado suficiente à luz da jurisprudência recordada nos n.os 46 e 47 do presente acórdão*».

do capital dessas suas subsidiárias ou, alternativamente, quando está «*permanentemente*» informada das práticas das subsidiárias e determina diretamente seu comportamento[1455].

3410. Neste contexto, o TCRS pronunciou-se muito recentemente sobre o facto de «*a construção europeia pressupõe uma responsabilidade solidária, com intervenção processual das empresas condenadas e que não prescinde da aferição da existência de influência determinante entre as empresas pertencentes à mesma unidade económica, ainda que possa decorrer de uma presunção ilidível*»[1456]. Assim, admite a existência de uma presunção, sem prejuízo da necessidade de se provar o exercício de uma influência determinante, sendo o referido raciocínio aplicável ao presente processo.

3411. Cumpre referir, neste sentido, que, embora a Lei n.º 19/2012 não preveja explicitamente a imputação do comportamento ilícito das subsidiárias às sociedades-mãe por força do exercício de controlo ou de influência determinante, esta decorre do conceito substantivo de empresa constante do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, que importa e corporiza o conceito de empresa adveniente do direito da concorrência da União Europeia, tal como interpretado pelo TJUE, segundo o qual o conceito de empresa deve ser entendido como designando uma unidade económica[1457], mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[1458, 1459].

3412. Acresce que, à luz dos princípios do primado do direito da União e da interpretação conforme do direito nacional ao direito da União, as regras do direito da concorrência (no presente caso, os artigos 9.º da LdC e 101.º do TFUE, incluindo a noção de empresa neles ínsita), devem ser interpretadas de maneira homogénea, uniforme e de acordo com a jurisprudência dos tribunais da União.

Responsabilidade solidária da Gestvinus

[1455] Cf. Decisão da Comissão de 20 de outubro de 2004, relativa a um processo nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE [atual 101.º TFUE] (processo COMP/C.38.238/B.2) — Tabaco em rama — Espanha [notificada com o número C(2004) 4030].

[1456] Cf. §354 da Sentença do TCRS, de 13 de junho de 2022, processo n.º 328/21.6YUSTR, ainda não transitada em julgado.

[1457] Admitindo a teoria da «unidade económica» defendida pela jurisprudência do TJUE em matéria de sancionamento das infrações ao direito da concorrência, cf. §§352 e ss. da Sentença do TCRS, de 13 de junho de 2022, processo n.º 328/21.6YUSTR, ainda não transitada em julgado.

[1458] Cf. acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Colect., p. I-11987, n.º 40.

[1459] Cf. processo C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e o. contra Comissão*.

3413. Neste contexto, sublinhe-se que, no presente caso, e como melhor descrito no capítulo III.1.1 *supra*, a Gestvinus detém 100% do capital da Active Brands desde 1 de novembro de 2013[1460].

3414. Assim sendo, e face à jurisprudência e aos princípios *supra* detalhados, cumpre presumir que a Gestvinus exerceu uma influência determinante no comportamento da Active Brands, sua subsidiária que participou diretamente na infração, pelo menos, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017 (cf. capítulos III.3.4.1III.3.4.1 e IV.1.5 da presente Decisão).

3415. Pelo que, deve concluir-se que a Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida por esta última, de acordo com a presente Decisão e no que respeita ao referido hiato temporal (cf. capítulos III.3, III.3.4.1 e IV.1.5 da presente Decisão).

3416. Sem prejuízo de tal participação social habilitar a presumir o exercício de influência determinante, nos termos suprarreferidos, acresce que as duas sociedades partilharam, durante a quase totalidade do período temporal em causa, membros dos respetivos conselhos de administração (cf. capítulos III.1.1 e IV.1.3.1 da presente Decisão), tendo tido sempre administradores comuns, fundamentalmente durante o período compreendido entre 2013 e 2017[1461].

3417. Mais, dos autos do presente processo constam elementos que comprovam o exercício de influência efetiva pela Gestvinus, durante o período em causa[1462], sobretudo ao nível da determinação da atuação da Active Brands, bem como ao nível da existência de obrigações de reporte desta à Gestvinus.

[1460] Cf. respostas de 19 de agosto de 2020 da Gestvinus e de 19 de junho de 2020 da Active Brands aos pedidos de elementos da AdC. Antes da referida data, a Gestvinus deteve, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2011, 33% do capital da Active Brands e entre dezembro de 2011 e 31 de outubro de 2013, 50% do mesmo.

[1461] Cf. certidão de registo comercial da Active Brands (cf. fls. 1442 a 1447 do processo) e certidão de registo comercial da Gestvinus (cf. fls. 1768 a 1777 do processo). Atualmente, [Confidencial – Dados Pessoais], [Confidencial – Dados Pessoais] e [Confidencial – Dados Pessoais]são administradores das duas empresas. [Confidencial – Dados Pessoais] foi administrador de ambas as empresas entre 2 de novembro de 2010 e 31 de dezembro de 2010, e ainda entre 25 de janeiro de 2013 e 27 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] são administradores de ambas as empresas desde 27 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] é administradora das duas empresas desde 2018.

[1462] Sem prejuízo de a Autoridade não responsabilizar a Gestvinus, no âmbito da presente Decisão, pelos comportamentos praticados pela Active Brands entre 8 de julho de 2009 e 1 de novembro de 2013 (cf. capítulos III.3.4.1 e IV.1.5 da presente Decisão), cumpre referir que constam dos autos elementos que indicam que a Gestvinus, previamente a 1 de novembro de 2013 (data em que a Gestvinus passou a deter a totalidade do capital da Active Brands), poderia já influenciar a gestão da Active Brands. Neste sentido, vejam-se os documentos ActiveBrands1116 (de 24 de setembro de 2010), ActiveBrands449 (de 1 de abril de 2013), ActiveBrands1117 (de 9 de novembro de 2010), ActiveBrands289 (16 de abril de 2012), ActiveBrands296 (de 20 de novembro de 2012) e ActiveBrands791 (de 17 de fevereiro de 2011).

3418. De acordo com a jurisprudência europeia assente, quando não seja aplicável a presunção suprarreferida, é necessário verificar se existem elementos que demonstrem que a sociedade-mãe tinha o poder para exercer uma influência decisiva sobre a sua subsidiária e se, efetivamente, exerceu tal influência[1463].

3419. Para determinar o efetivo exercício de uma influência decisiva, a Comissão Europeia e as autoridades nacionais de concorrência não têm necessariamente de demonstrar a influência da sociedade-mãe na conduta operacional da sua subsidiária no mercado (influência na política comercial no sentido estrito), podendo também basear-se em indícios respeitantes à determinação da política comercial no sentido mais amplo (i.e., estratégia, planos de negócio, investimento, recursos humanos, assuntos jurídicos).). Como se viu, tão-pouco é necessário demonstrar, para este efeito, qualquer influência da sociedade-mãe no comportamento ilícito propriamente dito, muito embora esta influência seja patente *in casu.*

3420. Neste sentido, «*para apurar se uma filial determina de modo autónomo o seu comportamento no mercado, há que ter em consideração não só os elementos enunciados no n.º 64 do acórdão recorrido* [i.e. se a sociedade-mãe podia influenciar a política de preços, as atividades de produção e de distribuição, os objetivos de venda, as margens brutas, as despesas de venda, o «cash-flow», o stock e o marketing] *mas também todos os elementos pertinentes relativos aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essa filial à sociedade-mãe, que podem variar de caso para e caso e que, como tal, não podem ser objeto de uma enumeração exaustiva*»[1464].

3421. A título de exemplo, o Tribunal Geral considerou a sociedade-mãe responsável pela infração às regras da concorrência num caso em que a sociedade-mãe e subsidiária partilhavam diretores comuns, membros do conselho de administração da subsidiária detinham cargos de direção na sociedade-mãe, e ambas as entidades estavam verticalmente integradas, pelo que a subsidiária era um dos principais clientes da sociedade-mãe[1465].

3422. Conforme já referido *supra* (cf. §3416), no presente caso, a Ative Brands e a Gestvinus tiveram sempre administradores comuns, fundamentalmente durante o período compreendido entre 2013 e 2017.

3423. Acresce que os elementos dos autos, que se descrevem de seguida por ordem cronológica, demonstram que a Gestvinus ***(i)*** definia com a Active Brands a estratégia de posicionamento de PVP das suas marcas, ***(ii)*** pedia à Active Brands informação sobre as

[1463] A necessidade de demonstrar que o poder para exercer uma influência decisiva foi, efetivamente, exercido resulta do Caso 107/82 AEG c. Comissão, parágrafo 50, tendo sido confirmado pelo TJUE no processo C-286/98 P Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comissão, parágrafo 23.

[1464] Cf. processo C-97/08 P, Akzo Nobel NV e o. contra Comissão, parágrafo 74.

[1465] Cf. processo T-109/02, Bolloré S.A. e o. contra Comissão, parágrafos 129 a 150.

condições comerciais concretas acordadas entre esta empresa e as insígnias, ***(iii)*** contactava diretamente as insígnias sobre temas relacionados com a colocação dos seus produtos, ***(iv)*** monitorizava o PVP praticado pelas insígnias e ***(v)*** pressionava/instruía a Active Brands para implementar determinado posicionamento de PVP junto das insígnias.

3424. O documento ActiveBrands306 consiste num *e-mail* de 4 de novembro de 2013, no qual a Gestvinus solicita à Active Brands a indicação do «*preço Net Net*» a praticar no azeite e vinagre «Oliveira Ramos» pela Pingo Doce (e, em cumprimento do pedido, a Active Brands envia a informação solicitada, cujo cálculo tem como base determinado PVP).

3425. Por sua vez, o documento ActiveBrands623, de 11 de novembro de 2013, inclui um *e-mail* interno (ActiveBrands) que demonstra que a estratégia de PVP era discutida entre a Active Brands e a Gestvinus, e ainda que esta última contactava diretamente a Pingo Doce, tendo em vista a colocação dos seus produtos nas lojas desta insígnia («*acho que o* [Confidencial – Dados Pessoais] [João Portugal Ramos/Gestvinus] *apalavrou a colocação em alguma lojas PD…*»):

FW:

From:

To:
Date: Mon, 11 Nov 2013 13:03:20 +0000

Acho que o apalavrou a colocação em algumas lojas PD…

De:
Enviada: segunda-feira, 11 de Novembro de 2013 13:02
Para:
Assunto:

chama por favor a atenção ao que o volume dos Garcias está incluído em RTM…como não podia deixar de ser. Obrigado. Abraço.

O pediu para enviares por favor ao o preço mínimo de venda do Azeite. O mínimo tudo incluído deverá ser 5,30€ (o nosso floor). A única rubrica contratual que este cliente tem é financeiro de 1,50%. Não sei qual é a margem objectivo da categoria…pelo que o PVP deve decorrer da incorporação desta variável. Obrigado. Abraço.

3426. Tais contactos diretos são confirmados pelo documento ActiveBrands990, de 24 de janeiro de 2014, que consiste no seguinte e-mail enviado pelo Diretor Off-Trade da Active Brands à Pingo Doce: «[n]*a sequência da reunião realizada entre o* [Confidencial – Dados Pessoais] *e o* [Confidencial – Dados Pessoais] *[Gestvinus] surgiu (segundo este) a possibilidade de incluirmos uma referência de vinho adicional na Feira de Vinhos Premium. Para o efeito sugiro a inclusão do Vinho do Alentejo Quinta da Viçosa 2007 75cl cuja condição de compra e PVP envio em seguida*».

3427. O documento ActiveBrands848, que consiste num e-mail interno (Active Brands) de 21 de março de 2014, entre o Diretor Off-Trade da Active Brands e outro colaborador da mesma empresa, revela que o PVP a praticar no produto «*Conde de Vimioso*» foi definido em conjunto entre a Gestvinus e a Active Brands, não podendo ser alterado unilateralmente por esta última:

RE:

From:
To:
Date: Fri, 21 Mar 2014 17:05:57 +0000

Sim, PVP para 2,99€. (tinto/branco/rosé)

| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:57
Para:
Assunto: RE:

Bem, então isso significa que posso mexer no PVP…para 2,99 correcto?

De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:55
Para:
Assunto: RE:

Neste ficamos acima do COG's apesar de ser muito abaixo do floor (1,70€), mas não podemos mexer no PVP. Acabámos de acordar com a Gestvinus a subida para os 2,99€…

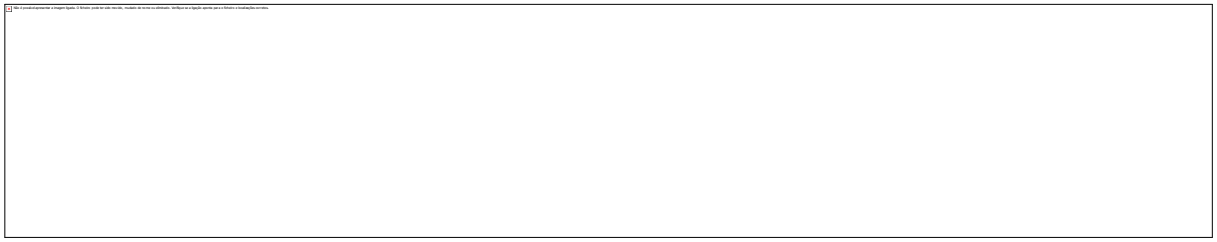
| Brand Manager - Port Wines and Quality Wines | **Active Brands**
| @activebrands.pt | www.activebrands.pt

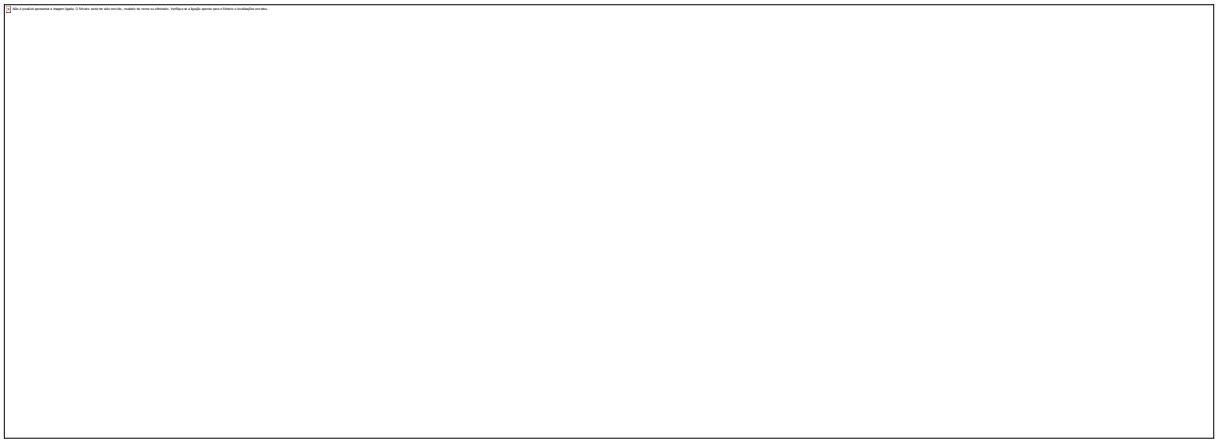
De:
Enviada: sexta-feira, 21 de Março de 2014 16:49
Para:
Assunto:

o Conde de Vimioso fica NET na Sonae a 1,53€…que faço? PVP 2,49€?

3428. Veja-se também a conversação n.º 48, em que a Gestvinus solicita à Active Brands esclarecimentos sobre o motivo do PVP praticado pela Pingo Doce não se encontrar de acordo com o *target* concertado[1466]:

[1466] Este documento desencadeia um processo interno na Active Brands em que o *Brand Manager* solicita informação ao Diretor *Off-Trade* de forma a responder à referida solicitação, o qual indica que *«[n]o momento de fecho da feira foram respeitados* os *posicionamentos indicados…que serão, conforme falado entre nós, revistos em Abril».*





3429. Destaca-se ainda o documento ActiveBrands411, de 11 de agosto de 2015, com o assunto «*FW: Pouca Roupa – Vendas e Distribuição*», que consiste num *e-mail* enviado pela Gestvinus ao Diretor Geral/Administrador da Active Brands com o teor que se transcreve *infra*:

Autoridade da Concorrência

FW: Pouca Roupa - Vendas e Distribuição

From:
To:

Date: Wed, 19 Aug 2015 11:51:22 +0100

De:
Enviada: 11 de agosto de 2015 13:07
Para:
Cc:
Assunto: Pouca Roupa - Vendas e Distribuição

Caro , Boa Tarde

1-Após o regresso de férias, procedi a breve análise das vendas de Julho, a Marca Pouca Roupa realizou a menor quantidade Mensal desde o Lançamento ao Mercado.
1.1-Esta tendência é preocupante tendo em conta as Ferramentas Promocionais, disponibilizadas á Força de Vendas, para o Verão.

2-Em troca de impressões, sobre a evolução das vendas e distribuição da Marca, o Sr. informou-me sobre os termos propostos pela Sonae e sobre a Listagem da Marca no Pingo Doce.
2.1-Concordo com a nossa não aceitação dos termos propostos pela Sonae.
2.2-Considero da maior relevância a Listagem e activação da Marca no Pingo Doce (distribuição numérica), mas é necessário dar visibilidade ao Posicionamento da Marca = P.V.P. de € 3,99. No futuro, (Eventualmente na Feira de Vinhos) será admissível o P.V.P. Promocional de € 3,59.

3-Sugiro que solicite ao Sr. , que contacte o Dr. , para obtenção da garantia de que a Marca será lançada no Pingo Doce com o P.V.P. de € 3,99 = Posicionamento.

Melhores Cumprimentos,

Gestor de Mercado

JOÃO PORTUGAL RAMOS VINHOS

3430. No documento que acaba de se transcrever, a Gestvinus refere a sua posição sobre as condições comerciais apresentadas pela MCH, indica o que entende dever ser o posicionamento de PVP a praticar pela Pingo Doce e sugere que o Diretor Geral/Administrador da Active Brands solicite ao administrador da Gestvinus ([Confidencial – Dados Pessoais]) que contacte o Diretor da Pingo Doce ([Confidencial – Dados Pessoais]) para obtenção da garantia do referido posicionamento de PVP pela Pingo Doce.

3431. Releva também o documento ActiveBrands1273, de 3 de maio de 2016, em que a Gestvinus envia à Active Brands a tabela de PVP recomendados do produto «*Champagne Piper Heidsieck bruto*» e que demonstra, em linha com o que se tem vindo a referir, o papel ativo da Gestvinus na definição da estratégia de PVP da Active Brands: «*Boa tarde Vera, Conforme*

falado telefonicamente segue ficha técnica e foto do Champagne Piper Heidsieck Brut 75cl. Caso necessite de foto em melhor qualidade diga-me. Relativamente ao PVP mencionado de 22€/garrafa é o preço recomendado que em média os nossos distribuidores terão para o canal HORECA. Para ter uma ideia na distribuição moderna o PVP recomendado é de 37,99€. E mesmo assim considerando a concorrência temos um preço competitivo. Preferíamos não baixar muito abaixo dos 22€ (21€/22€ será o preço correcto). Qualquer dúvida, ligue-me. Obrigada.»

3432. O documento ActiveBrands1258 (de 26 de abril de 2017) reporta-se a uma reunião entre as duas empresas em que *«foi validado o Plano 2017 apresentado pela AB: Quantidades, Preços e Plano Promocional/Orçamento»* e é solicitado pela Gestvinus o envio de apresentações sobre, entre outros, *«Estratégia de Preços 2017»*, *«Orçamento 2017»* e *«Plano Promocional e Orçamento 2017»*. As empresas discutem ainda em detalhe o posicionamento de PVP do produto «*Alvarinho reserva 2014*».

3433. Dos documentos que acabam de se transcrever resulta que a Gestvinus intervinha, efetivamente, na gestão da atividade comercial e estratégica e na definição de objetivos da Active Brands.

3434. Face a todo o exposto, conclui-se que a Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida por esta última, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017.

3435. Os efeitos da responsabilização solidária da Gestvinus nos termos que acabam de se referir encontram-se detalhados *infra* no capítulo IV.2.2.3.

IV.1.7.1.1 Pronúncias das visadas

3436. A Gestvinus, na defesa conjunta apresentada com a Active Brands, pronuncia-se pela inadmissibilidade da sua imputação de responsabilidade nas práticas analisadas na presente Decisão[1467].

3437. Considera que «*para responsabilizar pessoas coletivas ou entidades equiparadas pela prática das contraordenações previstas na LdC, é necessário que tais contraordenações tenham sido 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 a) em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*»[1468].

3438. Entende que não existe, na LdC «*qualquer menção à responsabilidade das sociedades-mãe que, juntamente com a entidade infratora, constituam uma única unidade económica e, nesse sentido, para efeitos de direito da concorrência, uma única empresa, no âmbito dos critérios de entes coletivos pela atuação de outros entes coletivos subsidiários*»[1469].

[1467] Cf. capítulo VIII da PNI Active Brands.

[1468] Cf. §702 da PNI Active Brands.

[1469] Cf. §704 da PNI Active Brands.

3439. Alega ainda que «*o disposto no artigo 73.º n.ºs 1 e 2 da LdC constitui norma essencial para assegurar que a responsabilização contraordenacional de pessoas coletivas seja feita em obediência ao princípio da tipicidade, da culpa, da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória, da autorresponsabilidade e da confiança – todos eles absolutamente basilares de qualquer sistema sancionatório público de um Estado de Direito (cfr. artigo 2.º da CRP)*»[1470].

3440. Conclui que «*do entendimento de que do conceito de empresa, tal como previsto no artigo 3.º da LdC, decorre um critério de imputação novo não previsto no artigo 73.º da LdC, mais não é do que uma ficção, arquitetada pela AdC, para procurar inverter o ónus de prova que sobre si sempre impende e, assim, sancionar entidades sem necessidade de demonstração de que as mesmas tiveram qualquer participação, direta ou indireta, ativa ou omissiva, nos factos que lhes pretende imputar*»[1471] e que «*a criação de um critério de imputação da atuação de uma sociedade a outra sociedade, para efeitos de responsabilização e punição contraordenacional desta última, sem apoio em qualquer previsão legal expressa, viola, flagrantemente, o princípio da tipicidade ínsito no artigo 29.º n.º 1 da CRP*»[1472], sendo ainda «*a responsabilização de uma sociedade por uma atuação de outra, juridicamente autónoma e dotada de personalidade própria, sem que se encontrem tipificados na lei os mencionados critérios de responsabilização é, igualmente, violador do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória, ínsito no artigo 30.º n.º 3 da CRP*»[1473].

3441. Finalmente, alega esta visada que «*o emprego de presunções* (…) *tendo em vista a imputação de responsabilidade contraordenacional sem necessidade de alegação e prova dos factos que integram a conduta típica por parte da autoridade administrativa, sempre adivinharia uma frontal colisão com o princípio constitucional da culpa*»[1474] e que «(…)*a determinação das sanções aplicáveis a uma pessoa que comete uma determinada infração contraordenacional com base em factos referentes a uma outra pessoa (seja relativos à sua conduta, seja respeitantes às suas condições económicas) esbarra, de igual modo, com aquele princípio estruturante da culpa*»[1475].

3442. Assim, conclui que «*a "responsabilidade solidária" da Gestvinus não depende, aparentemente, de qualquer comportamento culposo desta, antes decorrendo, em exclusivo, da imputação do facto à AB, o que naturalmente implica uma manifesta violação do princípio da culpa no apuramento da sua responsabilidade contraordenacional*»[1476].

[1470] Cf. §706 da PNI Active Brands.

[1471] Cf. §707 da PNI Active Brands.

[1472] Cf. §708 da PNI Active Brands.

[1473] Cf. §711 da PNI Active Brands.

[1474] Cf. §718 da PNI Active Brands.

[1475] Cf. §720 da PNI Active Brands.

[1476] Cf. §721 da PNI Active Brands.

IV.1.7.1.2 Apreciação da Autoridade

3443. Em primeiro lugar, cumpre referir que os argumentos apresentados pela Gestvinus sobre esta temática foram já, em grande medida, apreciados e respondidos no capítulo II.1 da presente Decisão, para o qual se remete e onde a sua análise se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

3444. Cumpre, no entanto, relembrar que se considera como uma «única empresa», nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, «(…) *o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência* (…)» e 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».

3445. 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 negócios[1477].

3446. Tal significa, pois, que pessoas coletivas em relação de domínio ou de grupo, mormente relacionadas por ligações societárias, consubstanciadas em participações de capital e/ou partilha de membros de órgãos sociais, poderão constituir uma mesma unidade económica e, nesta aceção, uma única empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência.

3447. Ficou demonstrada, *in casu*, a participação da Gestvinus na prática em análise (cf. capítulo II.1 e IV.1.7), razão pela qual deve ser visada no presente processo na qualidade de sociedade-mãe da Active Brands.

3448. Ainda que assim não fosse, considerando que o Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos forma uma unidade económica, sempre resultaria, para efeitos de imputação da prática em causa no presente processo, a responsabilização da Gestvinus.

3449. A este propósito refira-se que os tribunais da União vêm uniformemente estabelecendo que o conceito de «*empresa*» deve ser entendido como designando uma unidade

[1477] 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, Processo n.º 170/83, *Hydrotherm*, Colet. 1984, p. 2999, parágrafos 11 e 12.

económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas[1478].

3450. Quando uma tal unidade económica infringe as regras da concorrência, incumbe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade, responder por essa infração[1479]. Resulta ainda de jurisprudência assente da União que o comportamento de uma subsidiária pode ser imputado à(s) respetiva(s) sociedade(s)-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa subsidiária não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe[1480], atendendo, em particular, aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas[1481].

3451. Com efeito, nos termos da jurisprudência europeia assente, a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa de acordo com o artigo 101.º do TFUE, permitindo assim à Comissão (e, no presente caso, à AdC), dirigir à sociedade-mãe uma decisão de inquérito ou uma decisão que aplica coimas, sem que seja necessário demonstrar a implicação pessoal desta última na infração[1482].

3452. Aliás, assentando o direito da concorrência da União no princípio da responsabilidade da unidade económica que cometeu a infração, ainda que a sociedade-mãe não participe

---

[1478] Cf., entre outros, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2006, Processo n.º C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Colet. 2006, p. I-11987, parágrafo 40, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2017, Processo n.º C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, Colet. geral, parágrafo 48.

[1479] Cf., neste sentido, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 1999, Processo n.º C-49/92 P, *Comissão/Anic Partecipazioni*, Colet. 1999, p. I-4125, parágrafo 145, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, Processo n.º C-279/98 P, *Cascades/Comissão*, Colet. 2000, p. I-9693, parágrafo 78, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, Processo n.º C-280/06, *ETI e o.*, Colet. 2007, p. I-10893.

[1480] Cf., neste sentido, a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, Processo n.º 48/69, *ICI/Comissão*, Colet. 1972, p. 619, parágrafos 132 e 133, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, Processo n.º 52/69, *Geigy AG/Comissão*, Colet. 1972, p. 787, parágrafo 44, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1973, Processo n.º 6/72 P, *Europemballage Corporation e Continental Can Company/Comissão*, Colet. 1973, p. 215, parágrafo 15, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, Processo n.º C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, Colet. 2000, p. I-9925, parágrafo 26.

[1481] Cf., a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de junho de 2005, Processo n.º C-189/02 P, *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, Colet. 2005, p. I-5425, parágrafo 117, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, Processo n.º C-280/06, *ETI e o.*, Colet. 2007, p. I-10893, parágrafo 49.

[1482] Cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2009, Processo n.º C-97/08P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, Colet. 2009, p. I-8237, parágrafo 59: "(...) *é assim porque, nessa situação, a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa, na aceção da jurisprudência* [supra] *mencionada. Assim, o facto de uma sociedade-mãe e a sua filial constituírem uma única empresa, na aceção do artigo 81.º CE* [atual 101.º TFUE]*, permite à Comissão,* [e no presente caso à AdC]*, dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica coimas, sem que seja necessário demonstrar a implicação pessoal desta última na infração*".

diretamente na infração, ela exerce uma influência determinante nas filiais que nela participaram, pelo que poderá ser considerada solidariamente responsável[1483].

3453. No que se refere ao caso especial de uma sociedade-mãe deter 100% do capital da filial que cometeu a infração às regras da concorrência, a jurisprudência refere que existe uma presunção ilidível, nos termos da qual se entende que essa sociedade-mãe exerce uma influência determinante no comportamento da sua subsidiária[1484].

3454. Cumpre referir, neste sentido, que, embora a Lei da Concorrência não preveja explicitamente a imputação do comportamento ilícito das subsidiárias às sociedades-mãe a título solidário por força do exercício de controlo ou de influência determinante, esta decorre do conceito substantivo de empresa constante do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, que importa e corporiza o conceito de empresa adveniente do direito da concorrência da União Europeia, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça.

3455. Sem prejuízo de tal interpretação jurisprudencialmente assente, o n.º 1 do artigo 3.º refere expressamente que se considera uma empresa «*qualquer entidade*» «*independentemente do seu estatuto jurídico*». Ora, o estatuto jurídico constante da letra da lei corresponde[1485] à qualidade de pessoa singular ou coletiva como centro de imputação de normas e deveres jurídicos, considerando para tal leitura não só a letra da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, como também dos diplomas que lhe são subsidiariamente aplicáveis, *in casu*, o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (*ex vi* artigo 13.º da LdC), ou ainda, em *ultima ratio*, o artigo 11.º do Código Penal. Assim, a aparente falta de correspondência literal entre os conceitos do

---

[1483] Cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2009, Processo n.º C-97/08P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, Colet. 2009, p. I-8237, parágrafo 77: «(…) *o direito* [europeu] *da concorrência assenta no princípio da responsabilidade pessoal da entidade económica que cometeu a infração. Ora, se a sociedade mãe faz parte dessa unidade económica, que* (…) *pode ser constituída por várias pessoas jurídicas, essa sociedade mãe é considerada solidariamente responsável, juntamente com as outras pessoas jurídicas que constituem a referida unidade, pelas infrações ao direito da concorrência. Com efeito, ainda que a sociedade mãe não participe diretamente na infração, exerce, nesse caso, uma influência determinante nas filiais que nela participaram. Daqui resulta que, neste contexto, a responsabilidade da sociedade mãe não pode ser considerada uma responsabilidade objetiva*».

[1484] Cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2009, Processo n.º C-97/08P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, Colet. 2009, p. I-8237, parágrafos 60 e 61: «[n]*o caso especial de uma sociedade-mãe deter 100% do capital da sua filial que cometeu uma infração às regras comunitárias da concorrência, por um lado, essa sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial (v., neste sentido, acórdão Imperial Chemical Industries/Comissão, já referido, n.os 136 e 137), e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante no comportamento da sua filial (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, AEG-Telefunken/Comissão, n.° 50, e Stora, n.° 29).*
Nestas condições, basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela respetiva sociedade-mãe, para se presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa filial. A Comissão pode, em seguida, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, a quem incumbe ilidir a referida presunção, apresente elementos de prova suficientes, susceptíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado (v., neste sentido, acórdão Stora, n.° 29)».

[1485] Ainda que o conceito de empresa seja mais lato do que este estatuto.

artigo 3.º e do artigo 73.º da LdC não constitui, na verdade, obstáculo à responsabilização da Gestvinus nos termos defendidos na presente decisão.

3456. Acresce que, à luz dos princípios do primado do direito da União e da interpretação conforme do direito nacional à luz desse direito, as regras do direito da concorrência (no presente caso, o artigo 3.º da Lei da Concorrência), devem ser interpretadas de maneira homogénea e de acordo com a jurisprudência dos tribunais da União[1486].

3457. No caso concreto, ficou demonstrado que todas as visadas tiveram envolvimento direto na prática em causa nos presentes autos, nos termos detalhadamente elencados nos capítulos III.3.4.1, III.3.4.2, III.3.4.3, III.3.4.4, III.3.4.5.

3458. Acresce ainda que, a Gestvinus detém a 100% a Active Brands desde 1 de novembro de 2013, pelo que, de acordo com a jurisprudência dos tribunais da União, se presume que a Gestvinus exerce uma influência determinante na atividade das suas subsidiárias e deve, por essa razão, ser responsabilizada pelos seus comportamentos.

3459. Ademais, cabe referir que:

(i) Ambas as empresas (Active Brands e Gestvinus) dispõem de mandatários conjuntos, desde 21 de dezembro de 2020 e 23 de junho de 2021, respetivamente (cf. procurações constantes das fls. 2640 e 3691 e 3696 a 3698 do processo);

(ii) A PNI de ambas as visadas foi apresentada conjuntamente, entendendo estas que «estando em face de um tema sobre o qual a NI não é clara, por prudência, e pese embora a refutação de qualquer responsabilidade direta ou indireta a Gestvinus na conduta da AB, a defesa da Gestvinus e da AB relativamente a toda a matéria da NI será em seguida apresentada conjuntamente, sem prejuízo da indicação das particularidades de cada caso sempre que seja conveniente ou necessário» (cf. §9 da PNI Active Brands); e

(iii) Em resposta ao pedido de elementos que foi dirigido a ambas as visadas em 25 de março de 2022 (cf. fls. 4468 a 4476 do processo), foi apresentada uma resposta conjunta (cf. fls. 4491 a 4493 do processo), tendo ainda sido enviados dados complementares relativos a ambas as visadas de forma conjunta em 3 de junho 2022 (cf. fls. 4532 a 4545 do processo)

[1486] Esta interpretação jurisprudencialmente assente, encontra-se agora expressamente acolhida na última versão da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, na qual a nova redação do n.º 2 do artigo 73.º estatui que: «*2 – Em aplicação do conceito de empresa, previsto do artigo 3.º, pela prática das infrações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas: a) A título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração;* (…)», remetendo diretamente para uma nova formulação também do n.º 2 do artigo 3.º, que estatui: «(..)*Considera-se como uma única empresa, para efeitos da presente lei, o conjunto de entidades que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:* (…) *a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios.*». Esta atualização da Lei da Concorrência aplica-se aos procedimentos desencadeados após a respetiva entrada em vigor (cf. n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto).

e ainda recebido o relatório e contas do grupo Gestvinus, em 7 de agosto de 2022, de onde consta menção à situação financeira da Active Brands (cf. fls 4579 a 4620 do processo).

3460. Assim, são aplicáveis ao caso concreto as conclusões da Advogada-Geral do TJUE, Juliane Kokott, apresentadas em 23 de abril de 2009, no processo C-97/08P, Akzo Nobel NV e o. contra Comissão das Comunidades Europeias, cf. parágrafos 68 a 73 e 76 e 80, onde se refere que:

3461. «Como foi acertadamente salientado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 61 do acórdão recorrido, apesar de o Tribunal de Justiça ter evocado nos n.os 28 e 29 do acórdão Stora, para além da detenção de 100% do capital da filial, outras circunstâncias, tais como a não contestação da influência exercida pela sociedade-mãe na política comercial da sua filial e **a representação comum das duas sociedades durante o procedimento administrativo**, não é menos verdade que tais circunstâncias foram referidas pelo Tribunal de Justiça apenas com o **objectivo de expor todos os elementos nos quais o Tribunal de Primeira Instância tinha baseado o seu raciocínio**, e não para subordinar a aplicação da presunção mencionada no n.º 60 do presente acórdão à produção de indícios suplementares relativos ao exercício efectivo de uma influência pela sociedade-mãe» (destaque da Autoridade).

3462. A este respeito, note-se que existem ainda outros fatores que demonstram que a Gestvinus exerce uma influência determinante no comportamento das suas subsidiárias, a saber:

a) A Active Brands e a Gestvinus integram um grupo empresarial (doravante denominado «Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos»);

b) Ambas as empresas têm, atualmente, 3 (três) administradores comuns[1487];

c) A Gestvinus é sociedade-mãe da Active Brands e esta última é subsidiária da primeira;

d) Até à sua «*desativação comercial*» (não acompanhada, até ao momento, por qualquer extinção formal), a Active Brands distribuiu um conjunto de marcas, quer do Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos, quer de outras entidades[1488];

[1487] Cf. certidão de registo comercial da Active Brands (cf. fls. 1442 a 1447 do processo) e certidão de registo comercial da Gestvinus (cf. fls. 1768 a 1777 do processo). Atualmente, [Confidencial – Dados Pessoais], [Confidencial – Dados Pessoais] e [Confidencial – Dados Pessoais] são administradores das duas empresas. [Confidencial – Dados Pessoais] foi administrador de ambas as empresas entre 2 de novembro de 2010 e 31 de dezembro de 2010, e ainda entre 25 de janeiro de 2013 e 27 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] e [Confidencial – Dados Pessoais] são administradores de ambas as empresas desde 27 de novembro de 2013. [Confidencial – Dados Pessoais] é administradora das duas empresas desde 2018.

[1488] Cf. resposta de 5 de junho de 2020 da Active Brands a pedido de elementos da AdC, fls. 1454 a 1478 do processo.

e) Em fevereiro de 2018, a Gestvinus decidiu dar início ao processo de encerramento de atividade da Active Brands[1489];

f) Em 9 de fevereiro de 2018, a Gestvinus e as suas participadas celebraram quatro contratos de distribuição em que conferiram à Empor o direito de distribuir integral e exclusivamente, em Portugal, os produtos comercializados sob as marcas detidas por aquelas (que, até à referida data, eram distribuídos pela Active Brands), e ainda todas ou quaisquer marcas que venham a deter[1490];

g) Em 4 de abril de 2018 a Active Brands deixou de ter atividade comercial, passando apenas a proceder à cobrança de créditos que detém sobre os clientes[1491]; e

h) Os elementos dos autos, que se descreveram nos §§3423 a 3433 *supra* por ordem cronológica, demonstram que a Gestvinus (i) definia com a Active Brands a estratégia de posicionamento de PVP das suas marcas, (ii) pedia à Active Brands informação sobre as condições comerciais concretas acordadas entre esta empresa e as insígnias, (iii) contactava diretamente as insígnias sobre temas relacionados com a colocação dos seus produtos, (iv), monitorizava o PVP praticado pelas insígnias e (v) pressionava/instruía a Active Brands para implementar determinado posicionamento de PVP junto das insígnias.

3463. Assim, não restam, pois, dúvidas que a visada Gestvinus exerce uma influência determinante na atividade das suas participadas e deve, por isso, ser responsabilizada pelos respetivos comportamentos.

3464. Conclui-se que a Gestvinus e a Active Brands integram o mesmo grupo económico, constituindo uma única empresa para efeitos de aplicação de direito da concorrência, uma vez que, não obstante estar em causa um conjunto de empresas, estas mantêm entre si laços de interdependência que criam uma unidade económica, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012.

3465. Assim sendo, face a todo o exposto, e com base no princípio da aplicação e interpretação do direito nacional conforme ao direito da União, conclui-se que a Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida, no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017.

[1489] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2019 da Active Brands fornecido na resposta desta em 5 de junho de 2020 a pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1454 a 1478.

[1490] *Idem.*

[1491] *Idem.*

IV.2 Determinação das sanções

IV.2.1 Prevenção geral e prevenção especial

3466. A aplicação de coimas em processos contraordenacionais de concorrência visa a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas que proíbem, no presente contexto, a adoção de determinados comportamentos anticoncorrenciais.

3467. 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.

3468. Deve, por conseguinte, atender-se às exigências da prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos 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.

3469. Em sede contraordenacional, a prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da coima.

3470. 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 de 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 ao infrator e que os leva a não cometerem factos puníveis (prevenção geral negativa ou de intimidação).

3471. 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.

3472. 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).

3473. No que respeita às necessidades de prevenção geral e especial e à necessidade de assegurar a utilidade e a eficácia das sanções, pronunciou-se, muito recentemente, o TCRS, em 4 de julho de 2022, no âmbito do Processo n.º 18/19.0YUSTR-N (MEO/AdC):

«*Assim, tendo em vista por um lado os bens jurídicos tutelados pelas normas violadas, como sendo o livre funcionamento do mercado, incluindo sob uma perspectiva de transparência, o próprio mercado interno, a protecção do consumidor, uma alocação óptima dos recursos e investimentos, relacionados o controlo da acumulação de poder económico privado, a liberdade económica dos agentes no mercado, aliados a uma ausência de consciência crítica em relação*

à conduta praticada por parte da Recorrente, que se limitou a negou a sua prática, consideramos as exigências de prevenção ***acima do mediano****, não apenas pela necessidade premente de dissuasão geral como de dissuasão individual da Recorrente, com consciencialização de que condutas como as praticadas não podem ocorrer num mercado livre, sendo intrinsecamente desvaliosas e repudiadas veementemente pelo direito*»[1492].

3474. Em síntese, em processo de contraordenação a coima tem um fim de prevenção especial negativa, na medida em que visa evitar que o agente repita a conduta infratora e, igualmente, um fim de prevenção geral negativa, porquanto visa evitar que os demais agentes tomem o comportamento infrator como um modelo de conduta.

3475. Neste contexto, deve ainda atender-se ao desvalor da ação e ao resultado da mesma, bem como à intensidade da realização típica.

3476. Deste modo, no que toca à ilicitude, considera-se o grau de violação ou o perigo de violação do interesse ofendido, o número de interesses ofendidos e suas consequências, e a eficácia dos meios utilizados. Já no que toca à culpa, considera-se o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade da vontade, os sentimentos manifestados no cometimento do ilícito, os fins ou motivos determinantes, e a conduta anterior e posterior.

3477. No presente caso, a prossecução de uma fixação indireta de preços através de uma prática concertada de «*hub and spoke*» ofendeu o processo competitivo, revelou uma manifesta insensibilidade face ao bem jurídico da concorrência e deturpou o bom funcionamento do mercado (cf. capítulo IV.1.3).

3478. Com efeito, resulta da factualidade dada como provada que as visadas Auchan, MCH e Pingo Doce são empresas com dimensão e poder económicos significativos no retalho alimentar pretenderam e implementaram uma prática anticoncorrencial extensível a todo o território nacional durante, pelo menos, aproximadamente de oito anos; não se trata de uma conduta isolada, ou fruto de descuido ou desatenção (cf.capítulo IV.1.5).

3479. Os objetivos de prevenção geral associados à necessidade de reprimir este tipo de comportamentos e de instituir uma ação e política sancionatórias eficazes, capazes de devolver ou, pelo menos, procurar repor a dinâmica concorrencial entretanto distorcida e a eficiência no bom funcionamento do mercado, impõem-se, nesta medida, com vigor.

3480. Ao nível da prevenção especial, salienta-se a necessidade de fomentar a consciencialização das empresas infratoras para os prejuízos advenientes da sua conduta, quer no sentido da sua intimidação, quer através da criação de condições para que ajam em harmonia com as regras jurídicas e não tornem a subverter, no futuro, a concorrência.

[1492] Cf. a Sentença do TCRS, de 4 de julho de 2022, processo n.º TCRS18/19.0YUSTR-N (MEO/AdC), ainda não transitada em julgado.

3481. São estes elementos que permitem concretizar, dentro da medida abstrata da coima, nos termos da Lei n.º 19/2012 e das Linhas de Orientação para cálculo de coimas, na determinação do respetivo *quantum* a aplicar no caso concreto.

IV.2.2 Medida legal e determinação concreta das coimas aplicáveis

IV.2.2.1 Medida legal das coimas aplicáveis

3482. A violação do disposto no artigo 9.º da Lei n.º 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.

3483. Ao nível da contraordenação, ficou demonstrado que todas as visadas tiveram envolvimento direto na prática em causa nos presentes autos, nos termos detalhadamente elencados nos capítulos III.3.4.1, III.3.4.2, III.3.4.3, III.3.4.4, III.3.4.5.

3484. No que em concreto respeita ao envolvimento da Active Brands, ficou demonstrado que a Gestvinus detém a 100% a Active Brands, integrando ambas as empresas o Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos (cf. capítulo III.1.1, em particular os §§539 a 541 e capítulo II.1, em particular §§104 a 113). Isto é, não obstante estarem em causa entidade jurídicas distintas, considera-se que, para efeitos de aplicação de direito da concorrência estas mantêm entre si laços de interdependência decorrentes da participação maioritária da Gestvinus no capital social da Active Brands na aceção da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012.

3485. Ficou, ainda, igualmente demonstrado que a visada Gestvinus exerceu uma influência determinante na atividade da sua participada de 2013 a 2017, e deve, por isso, ser responsabilizada pelos respetivos comportamentos (cf. capítulos II.1 e IV.1.7).

3486. Ao nível da punição, 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.

3487. Desta forma, as coimas aplicáveis às empresas visadas não poderão exceder:

i. No caso do Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos, o montante total de € 3.020.681,49 (três milhões, vinte mil, seiscentos e oitenta e um euros e quarenta e nove cêntimos), dado que o volume de negócios total realizado pelo Grupo no exercício de 2021 foi de

€ 30.206.814,89 (trinta milhões, duzentos e seis mil, oitocentos e catorze euros e oitenta e nove cêntimos)[1493].

ii. No caso da Auchan, o montante total de € 115.475.912 (cento e quinze milhões, quatrocentos e setenta e cinco mil, novecentos e doze euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2021 foi de € 1.154.759.125 (mil cento e cinquenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, cento e vinte e cinco euros)[1494].

iii. No caso da MCH, o montante total de € 456.931.356,35 (quatrocentos e cinquenta e seis milhões, novecentos e trinta e um mil, trezentos e cinquenta e seis euros e trinta e cinco cêntimos), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2021 foi de 4.569.313.563,54 euros (quatro mil, quinhentos e sessenta e nove milhões, trezentos e treze mil, quinhentos e sessenta e três euros e cinquenta e quatro cêntimos)[1495]; e

iv. No caso da Pingo Doce, o montante total de € 436.325.697 (quatrocentos e trinta e seis milhões, trezentos e vinte e cinco mil, seiscentos e noventa e sete euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2021 foi de € 4.363.256.974 (quatro mil trezentos e sessenta e três milhões, duzentos e cinquenta e seis mil, novecentos e setenta e quatro euros)[1496].

3488. 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, complementados com a metodologia apresentada nas suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas[1497].

3489. Já os volumes de negócios realizados pelas empresas visadas nos mercados afetados (cf. capítulos III.2.4.1 e III.2.4.2.1 da presente Decisão) nos anos em que decorreu a infração foram:

[1493] Conforme melhor explicitado no capítulo IV.2.2.3, o limite da coima aplicável à Active Brands/Gestvinus (que constituem a mesma unidade económica - cf. §2578) pela infração *sub judice* é calculado de acordo com o volume de negócios do grupo Gestvinus no seu conjunto (independentemente dos volumes de negócios individuais das sociedades Gestvinus e Active Brands, constantes dos parágrafos 545 e 558 *supra*, os quais se subsumem àquele volume consolidado).

[1494] Cf. capítulo III.1.3 desta Decisão.

[1495] Cf. capítulo III.1.5 desta Decisão.

[1496] Cf. capítulo III.1.4 desta Decisão.

[1497] Cf. Linhas de Orientação da Autoridade para o cálculo de coimas.

Tabela 5: Volume de negócios realizado das empresas visadas nos mercados afetados (em euros) - 2008 a 2017[1498]

Ano	Active Brands	Pingo Doce	MCH	Auchan*
2008	-	-	-	-
2009	-	-	-	-
2010	17 085 019	[80.000.000 – 90.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	-
2011	14 626 235	[80.000.000 – 90.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	-
2012	10 776 493	[80.000.000 – 90.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]
2013	9 257 186	[90.000.000 – 100.000.000]	[100.000.000 – 200.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]
2014	6 276 521	[90.000.000 – 100.000.000]	[100.000.000 – 200.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]
2015	4 319 359	[100.000.000 – 200.000.000]	[100.000.000 – 200.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]
2016	4 142 673	[100.000.000 – 200.000.000]	[100.000.000 – 200.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]
2017	4 205 796	[100.000.000 – 200.000.000]	[100.000.000 – 200.000.000]	[20.000.000 – 30.000.000]

Fonte: Empresas visadas. Elaboração: AdC.

*categoria interna «Garrafeiras».

3490. Também é tida em consideração, nos termos abaixo referidos, a representatividade que as vendas dos produtos da Active Brands tiveram nos volumes de negócios das empresas de distribuição visadas nos mercados afetados.

3491. As vendas dos produtos da Active Brands representaram, pelo menos, para o período considerado, aproximadamente, as seguintes percentagens dos volumes de negócios das empresas de distribuição visadas nos mercados afetados:

- [0-5]% para a Auchan[1499];

[1498] A Active Brands não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009, a Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2011 e a Pingo Doce e a MCH não apresentam informações relativas ao ano de 2009.

[1499] O cálculo tem como fonte as informações disponíveis nas respostas a pedido de elementos da Auchan de 9 de novembro de 2018, a fls. 2279 do processo e de 1 de abril de 2022, a fls. 4479 a 4481 do processo; tratamento da Autoridade.

- [0-5]% para a Pingo Doce[1500]; e
- [0-5]% para a MCH[1501].

3492. A Tabela 6 *infra* apresenta a faturação das empresas de distribuição visadas com a comercialização de produtos Active Brands entre os anos 2008 e 2017:

Tabela 6: Faturação das empresas de distribuição visadas com produtos Active Brands nos mercados afetados (em euros) - 2008 a 2017[1502]

	Auchan	MCH	Pingo Doce
2008	[2.000.000 – 3.000.000]	[3.000.000 – 4.000.000]*	n.d.
2009	[2.000.000 – 3.000.000]	[3.000.000 – 4.000.000]*	n.d.
2010	[2.000.000 – 3.000.000]	[3.000.000 – 4.000.000]	n.d.
2011	[1.000.000 – 2.000.000]	[3.000.000 – 4.000.000]	n.d.
2012	[1.000.000 – 2.000.000]	[2.000.000 – 3.000.000]	[3.000.000 – 4.000.000]
2013	[1.000.000 – 2.000.000]	[2.000.000 – 3.000.000]	[2.000.000 – 3.000.000]

[1500] O cálculo tem como fonte as informações disponíveis na resposta a pedido de elementos da Pingo Doce de 2 de novembro de 2018, a fls. 2281 do processo; de 28 de dezembro de 2018, a fls. 2191 a 2192, de 30 de julho de 2020, a fls. 1572 a 1574 e de 1 de abril de 2022, a fls. 4428 a 4433 do processo; tratamento da Autoridade.

[1501] O cálculo tem como fonte as informações disponíveis nas respostas a pedido de elementos da MCH de 18 de setembro de 2018, a fls. 2187 a 2189, de 1 de outubro de 2018, a fls. 2187 a 2190, de 30 de julho de 2020, a fls. 1575 a 1589, de 14 de agosto de 2020, a fls. 1635 a 1636 e 1638 e de 1 de abril de 2022, a fls. 4434 a 4445 e 4494 a 4500 do processo; tratamento da Autoridade.

[1502] A tabela fará referência a n.d. sempre que a empresa visada não tenha fornecido os respetivos dados.

2014	[500.000 – 1.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]	[2.000.000 – 3.000.000]
2015	[500.000 – 1.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]
2016	[500.000 – 1.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]
2017	[500.000 – 1.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]	[1.000.000 – 2.000.000]

Fonte: visadas. Elaboração: AdC

*estimativas

3493. No caso das pessoas singulares, a coima aplicável não pode exceder 10% da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida, nos termos dos n.os 4 e 5 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, aplicável por força do n.º 6 do artigo 73.º da mesma Lei.

3494. Assim, a coima aplicável a [Diretor Off-Trade - Active Brands] não poderá exceder o montante total de € 5.718,81 (cinco mil, setecentos e dezoito euros e oitenta e um cêntimos), dado que a remuneração anual por ele auferida no ano de 2016 foi de € 57.188,13 (cinquenta e sete mil, cento e oitenta e oito euros e treze cêntimos)[1503].

IV.2.2.2 Critérios para a determinação concreta das coimas

3495. A contraordenação praticada pelas visadas é punível com coima.

3496. 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.

3497. 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

[1503] Cf. capítulo III.1.2 da presente Decisão.

infração às regras da concorrência e a colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento.

3498. São ainda de considerar todas as circunstâncias relevantes para a aferição da culpa.

3499. 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.

3500. Na concreta tarefa de determinação da medida da coima, a ponderação dos factos e a consideração dos respetivos critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual da empresa infratora. O n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 vem introduzir essa subjetivação no limite máximo, sem prejuízo de um ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto na alínea *g)* do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3501. Atender ao volume de negócios do agente 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.

3502. Na determinação da medida da coima para cada uma das visadas devem ainda 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.

3503. 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.

3504. 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.

3505. 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 dos princípios da proporcionalidade e da culpa.

3506. 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.

3507. 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 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 o peso relativo da empresa infratora na mesma[1504].

3508. 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.2.2.2.1 A gravidade da infração

3509. Como resulta do exposto nos capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.4 da presente Decisão, a fixação de preços, seja por meios diretos ou indiretos - como no presente caso, em que a fixação dos PVP foi alcançada através de uma prática concertada de «*hub and spoke*»[1505] - , constitui, regra-geral, uma restrição da concorrência por objeto.

3510. 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 concorrência, dado o seu grau elevado de nocividade para a concorrência, consubstanciando, portanto, por definição e inerência, uma infração grave da concorrência (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

3511. Aliás, a fixação de preços é expressa e tipicamente identificada unanimemente pela prática decisória e pela jurisprudência europeia e nacional, bem como por todos os regulamentos, comunicações e orientações da Comissão Europeia, como uma restrição grave da concorrência («*hardcore restriction»,* cf. capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.4 da presente Decisão).

3512. Resulta da matéria de facto considerada provada na presente Decisão (cf. capítulo III.3 da presente Decisão) que a Active Brands e as empresas de distribuição visadas concertaram, executaram e implementaram, com a participação ativa de todas, bem como da pessoa singular visada, um plano de concertação para estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado retalhista de base alimentar.

3513. Fizeram-no de forma livre, esclarecida, voluntária e consciente, aceitando as consequências geradas pelas suas condutas, apesar de serem empresas de grande dimensão, que dispõem de aconselhamento jurídico especializado na área do direito da concorrência (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão)

[1504] 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).

[1505] Com elementos verticais e elementos horizontais, portanto.

3514. Fizeram-no, aliás, com esse mesmo intuito, o de limitar a concorrência e beneficiar da vantagem de afastar e/ou substituir conscientemente os respetivos riscos competitivos por uma cooperação prática entre elas (cf. capítulos IV.1.3.2.1 e IV.1.4 da presente Decisão).

3515. Fizeram-no com um objetivo muito concreto, expressamente identificado nos meios de prova: gerar maiores índices de rentabilidade ao longo da cadeia de distribuição, em benefício de todos, com exceção do consumidor e promover uma uniformização e estabilidade dos preços (cf. a título de exemplo, documentos ActiveBrands119 e ActiveBrands886).

3516. Como referido no capítulo IV.1.4 da presente Decisão, a Active Brands e as empresas de distribuição visadas agiram com manifesto 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.

3517. Acresce que, conforme referido no capítulo IV.1.6, a atuação grave e dolosa do fornecedor e das empresas de distribuição visadas é igualmente extensível à pessoa singular visada, [Diretor Off-Trade - Active Brands], que contribuiu para a implementação dos comportamentos sancionados e nunca se distanciou dos mesmos.

3518. Tal prática concertada teve uma influência decisiva no mecanismo de formação dos preços praticados pelas empresas de distribuição visadas – na medida em que os PVP praticados não foram fruto da dinâmica concorrencial num contexto de bom funcionamento do mercado, antes fruto de uma concertação – e visou um propósito comum concreto: o de proceder à fixação e estabilização dos preços no mercado retalhista tendo em vista a manutenção de um alinhamento no mercado nacional, por um determinado período temporal e para um conjunto determinado de produtos do fornecedor, prejudicando o bem-estar dos consumidores, contribuindo para a redução da inovação e modernização do país e para um decréscimo da competitividade da economia nacional.

3519. Conforme referido no capítulo IV.1.6.2, também [Diretor Off-Trade - Active Brands] é responsável pela infração em causa nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

3520. A violação das regras da concorrência é, neste caso e atento o contexto jurídico-económico em que foi executada, particularmente grave.

3521. A prática em causa, conforme já analisado nos capítulos IV.1.3.4 e IV.1.3.5 e nos termos mais detalhados no capítulo seguinte, abrange quer uma empresa relevante em Portugal no mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar e nos mercados grossistas de distribuição de bebidas, quer as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional.

3522. Trata-se de setores com importância fulcral para a competitividade da economia nacional e para o bem-estar dos consumidores, designadamente, o da distribuição retalhista de base alimentar, o que evidencia e reforça o potencial impacto e a gravidade dos comportamentos adotados.

3523. 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 ocorreu (que incluiu a crise económico-financeira global ocorrida a partir de 2008), sem que as visadas tenham demonstrado qualquer hesitação em prosseguir com a mesma.

3524. Sobretudo se se considerar, apesar de não se afigurar necessário, que os elementos de prova demonstram situações concretas em que o alinhamento dos PVP não só foi previamente concertado e intencionado, como foi efetivamente alcançado, sendo tal reconhecido e implementado pelas insígnias (cf., a título de exemplo, documentos ActiveBrands641, ActiveBrands673, ActiveBrands799, ActiveBrands814, ActiveBrands820, ActiveBrands819, ActiveBrands812, ActiveBrands220, ActiveBrands723, ActiveBrands817, ActiveBrands1002, ActiveBrands822, ActiveBrands922 e ActiveBrands151).

3525. Conclui-se, assim, que a infração em causa deve ser considerada, por definição, 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.2.2.2.2 A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração

3526. Conforme identificado nos capítulos III.2 e IV.1.2 da presente Decisão, a prática restritiva em causa é implementada em todos os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Active Brands comercializa os seus produtos e no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

3527. Assim, são afetados pela prática investigada todos os setores de bebidas em que a visada Active Brands se encontrava ativa, incluindo os da comercialização e distribuição de brandies/conhaques, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados, whiskies, gins, vodcas, sidras, licores, aguardentes, aperitivos e azeites 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.

3528. Os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a Active Brands comercializa os seus produtos são os mercados em que 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 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.

3529. 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 previamente concertados.

3530. Para além dos referidos setores assumirem uma importância crucial na vida dos consumidores em geral, tendo uma importância estratégica para o consumo interno, bem como para os índices de exportação nacionais, 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.1.2.2 da presente Decisão).

3531. A Active Brands é reconhecidamente uma das maiores empresas portuguesas a atuar nestes mercados (cf. capítulo III.2.4.1 da presente Decisão).

3532. 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), setor com uma importância estratégica para a economia nacional.

3533. Acresce o facto de a prática concertada em causa nos presentes autos visar a totalidade do território nacional (cf. capítulos III.2.2, IV.1.2.3 e IV.1.3.5 da presente Decisão).

3534. 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 visa a totalidade do país (cf. capítulos IV.1.2.2 e IV.1.3.5 da presente Decisão).

3535. Nesse sentido, recorde-se que ***(i)*** há meios de prova que fazem referência expressa ao facto de os PVP comunicados terem aplicação à totalidade do mercado (cf. documentos ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands971, ActiveBrands98 e ActiveBrands810), ***(ii)*** meios de prova que refletem o facto de a monitorização dos PVP comunicados ter em vista a implementação e promoção de um alinhamento nacional (cf. documentos ActiveBrands665, ActiveBrands688, ActiveBrands971) e ***(iii)*** meios de prova que atestam que o mercado está totalmente alinhado no posicionamento de PVP previamente concertado, independentemente da forma como as insígnias gerem, internamente, os PVP que lhes são transmitidos (cf. documentos MCH1417, ActiveBrands886, ActiveBrands688, MCH1410, ActiveBrands126, ActiveBrands151, MCH960, ActiveBrands210, ActiveBrands1005).

3536. Por estes motivos, é forçoso concluir que a natureza e dimensão dos mercados afetados é muito significativa.

IV.2.2.2.3 A duração da infração

3537. Como constatado no capítulo IV.1.5 da presente Decisão, a infração em causa nos presentes autos tem a duração de aproximadamente oito anos[1506], tendo sido cometida, de forma permanente entre, pelo menos, 8 de julho de 2009 (cf. documento MCH1721) e 19 de maio de 2017 (cf. documento ActiveBrands1565).

[1506] Para efeitos de cálculo de duração de uma infração enquanto elemento relevante na determinação da medida da coima, 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 para o cálculo de coimas, parágrafo 29.

3538. Não obstante, e conforme foi também referido anteriormente, não é possível excluir que a prática em causa se tenha iniciado antes e/ou tenha perdurado para além daquela data, ou esteja ainda em curso, dado que 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 expressamente distanciado (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.6.3 *supra*)[1507].

3539. Assim, a prática desenvolvida pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas consubstancia uma infração permanente, tendo-se mantido de forma ininterrupta ao longo de, no mínimo, oito anos.

3540. 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*»[1508].

3541. No que respeita à pessoa singular visada, a mesma é responsável pela infração imputável à empresa para a qual exercia funções e nela ocupou um cargo de administração ou direção durante o período da infração, tendo tido intervenção direta na prática em causa ou conhecimento da mesma. A Autoridade considerará, igualmente, o período de tempo em que existam elementos de prova que demonstrem o seu envolvimento direto na infração e o facto de, conhecendo ou devendo conhecer o cometimento da infração, a pessoa singular não ter adotado as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente.

3542. 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.3.4 da presente Decisão. Essa circunstância é considerada pela AdC para determinação da medida da coima, adotando-se, desta forma e para este efeito, uma posição mais proporcional e adequada ao envolvimento de cada uma, favorável às visadas.

3543. Assim, com o intuito de adotar uma posição mais favorável às empresas visadas, e sem deixar de atender à circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, a AdC considerará ainda, como limite à duração da prática imputável a cada

[1507] Exceto no caso da visada Active Brands que, atualmente e desde 4 de abril de 2018, não exerce atividade comercial (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

[1508] 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.

visada, o período relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor[1509].

3544. Neste sentido, a duração da infração para as empresas visadas foi a seguinte:

- A Active Brands esteve envolvida na infração, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 8 de julho de 2009 (cf. documento MCH1721), até, pelo menos, 19 de maio de 2017 (cf. documento ActiveBrands1565)[1510];
- A MCH esteve envolvida na infração, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 8 de julho de 2009 (cf. documento MCH1721), até, pelo menos, 19 de maio de 2017 (cf. documento ActiveBrands1565)[1511];
- A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 28 de agosto de 2009 (cf. documento MCH1523), até, pelo menos, 18 de abril de 2017 (cf. documento ActiveBrands1055)[1512]; e
- A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 8 de julho de 2009 (cf. documento MCH1721), até, pelo menos, 19 de maio de 2017 (cf. documento ActiveBrands1565)[1513].

3545. No mesmo sentido, para a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands] (Active Brands), a sua participação pessoal e direta na infração ocorreu entre 8 de julho de 2009 (cf. documento MCH1721), até, pelo menos, 19 de maio de 2017 (cf. documento ActiveBrands1565)[1514].

IV.2.2.2.4 O grau de participação das visadas na infração

3546. Como decorre da factualidade considerada provada na presente Decisão, a fixação de preços foi alcançada através de uma prática concertada de «*hub and spoke*» levada a cabo conjuntamente pela Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas, mediante feixes de comunicação bilaterais e multilaterais, que quiseram por em marcha um plano de ação comum com o intuito de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Active Brands no mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar (cf. capítulos III.3 e IV.1.3.3 da presente Decisão).

3547. Todas as visadas são, assim, (co)autoras da infração que lhes é imputada.

[1509] Sem prejuízo de, ainda assim, na sua análise a AdC ter em conta *e-mails* anteriores e posteriores às datas consideradas, uma vez que se consideram relevantes na contextualização do relacionamento comercial entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

[1510] Cf. capítulo III.3.4.1da presente Decisão.

[1511] Cf. capítulo III.3.4.4 da presente Decisão.

[1512] Cf. capítulo III.3.4.5 da presente Decisão.

[1513] Cf. capítulo III.3.4.3 da presente Decisão.

[1514] Cf. capítulo III.1.2 da presente Decisão.

3548. Tanto a Active Brands (e a Gestvinus), como as empresas de distribuição visadas agiram deliberadamente, com manifesto dolo e de forma ilícita e culposa, com a intenção expressa de praticar a infração em causa (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).

3549. Acresce que não constam dos autos quaisquer elementos que revelem que qualquer uma das visadas tenha feito algo para rejeitar ou se distanciar da prática anticoncorrencial em causa[1515], nem se vislumbra qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade da Active Brands ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas.

3550. 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 da participação de cada visada difere (cf. capítulos III.3, III.3.4.1, III.3.4.3, III.3.4.4 e III.3.4.5 da presente Decisão).

3551. Como já referido, a determinação da medida concreta das coimas aplicáveis refletirá, portanto, essas diferenças.

3552. Da mesma forma, quanto à pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], resultando provado que esteve diretamente envolvida – como (co)autora – na prática da alegada infração ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE, e de que atuou deliberadamente, com manifesto dolo, e de forma ilícita e culposa, na prossecução de uma conduta expressamente proibida, inexistindo quaisquer elementos que revelem que a referida pessoa singular visada tenha feito algo para rejeitar ou se distanciar da prática anticoncorrencial em causa, ou qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade (cf. §§3348 e 3350 *supra*), deverá ser diretamente responsabilizada em concomitância com a Active Brands/Gestvinus, a Auchan, a MCH e a Pingo Doce, pelo período de duração da infração que corresponda ao período de tempo durante o qual exerceu funções de direção comercial e teve intervenção direta na prática ou conhecimento desta (cf. capítulos III.3.4.2 e IV.1.6 da presente Decisão).

3553. Em primeiro lugar, a Autoridade distinguirá a duração da participação de cada 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).

3554. Assim, considerando a circunstância de se tratar de uma prática com uma dimensão horizontal, com o intuito de adotar uma posição mais favorável às empresas visadas, a AdC considerará ainda, como limite à duração da prática imputável a cada visada, o período

[1515] Conforme já referido, a circunstância de, nalgumas ocasiões ao longo do período de tempo considerado, existirem desvios ao alinhamento concertado não obsta a esta conclusão, apenas que a estratégia conjunta funciona nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores.

relativamente ao qual se considere provado o envolvimento de, pelo menos, três empresas visadas, incluindo o fornecedor[1516].

3555. Em segundo lugar, a Autoridade distinguirá o grau de participação de cada 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. capítulo III.3.4, em particular, capítulos III.3.4.1, III.3.4.2, III.3.4.3, III.3.4.4 e III.3.4.5 da presente Decisão).

3556. Quanto à Active Brands, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Autoridade não poderá ignorar que a visada participa ativamente na prática investigada, disseminando entre as insígnias e fixando com estas o nível de preço e o calendário para o (re)posicionamento concertado de PVP no mercado (incluindo informação quanto à estratégia futura de cada insígnia a esse respeito), monitorizando a implementação dos PVP previamente concertados no calendário definido, identificando desvios ao posicionamento concertado, dirigindo pedidos de correção às empresas desviantes (incluindo aqueles que lhe são apresentados por insígnias concorrentes), sendo pressionada pelas insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados e reportando às insígnias a correção de desvios sinalizados (cf. capítulo III.3.4.1 da presente Decisão).

3557. 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 Active Brands atua também como um veículo de transmissão de informação, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre as insígnias (cf. documentos referidos no capítulo III.3.4.1 *supra*).

3558. Quanto às empresas de distribuição visadas, a Autoridade terá em consideração que a Auchan, a MCH e a Pingo Doce estão envolvidas na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a realização de um objetivo comum mediante a prossecução de um plano estratégico de fixação e alinhamento de PVP, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas respetivas concorrentes na sua prossecução, ou podendo, razoavelmente, prevê-los, contrariamente ao que seria expetável num ambiente concorrencial marcado pelo risco, pela incerteza e pela autonomia comercial dos operadores económicos (cf. capítulos III.3.4.3, III.3.4.4, e III.3.4.5 da presente Decisão).

3559. 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 (re)posicionamento dos PVP, implementando por regra os PVP concertados (mesmo quando isso implique sacrificar os seus próprios interesses em benefício do alinhamento do mercado, evitando reações

[1516] Sem prejuízo de, ainda assim, na sua análise a AdC ter em conta *e-mails* anteriores e posteriores às datas consideradas, uma vez que se consideram relevantes na contextualização do relacionamento comercial entre a Active Brands e as empresas de distribuição visadas.

adversas de concorrentes), exercendo um controlo e um reporte permanente de desvios à Active Brands e exercendo uma pressão elevada sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento (cf. capítulo III.3.4.4 da presente Decisão).

3560. Efetivamente, a prova revela que é a MCH que exerce maior pressão sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento concertado e a subida de PVP de mercado pretendida, sobretudo nos momentos em que está, nas suas palavras, «descompetitiva» face à sua concorrência em resultado da incapacidade do fornecedor em manter o mercado alinhado (cf. documento MCH1523).

3561. Concretamente, a prova revela que é a MCH que *(i)* solicita à Active Brands que obtenha informação estratégica sobre determinação de preços junto de insígnias concorrentes (cf. documentos ActiveBrands1027, ActiveBrands1024, ActiveBrands119, MCH958, ActiveBrands772, ActiveBrands831, ActiveBrands572, MCH1410, ActiveBrands748, ActiveBrands834) e que *(ii)* averigua determinado desvio face à política de preços previamente fixada e diligencia no sentido da sua correção (cf. documentos ActiveBrands786, MCH1503, ActiveBrands665, ActiveBrands1021, ActiveBrands1028, ActiveBrands873, ActiveBrands877, ActiveBrands614, ActiveBrands557, ActiveBrands989, MCH918, ActiveBrands971, ActiveBrands629, ActiveBrands643, ActiveBrands38, ActiveBrands775, MCH549, MCH2192, ActiveBrands939, ActiveBrands726, ActiveBrands940, ActiveBrands1591, ActiveBrands548, ActiveBrands571, ActiveBrands488, ActiveBrands1208, ActiveBrands823, ActiveBrands646, ActiveBrands214, MCH1417, ActiveBrands1126, ActiveBrands874, ActiveBrands832, ActiveBrands688, ActiveBrands634, ActiveBrands155, ActiveBrands831, ActiveBrands828, ActiveBrands686, ActiveBrands210, MCH1410, ActiveBrands110, MCH1471, ActiveBrands904, ActiveBrands666, ActiveBrands93, ActiveBrands930, ActiveBrands1005, MCH960, ActiveBrands916, ActiveBrands931, ActiveBrands1010, ActiveBrands550, ActiveBrands576, ActiveBrands1114, ActiveBrands821, ActiveBrands107, ActiveBrands748, ActiveBrands104, ActiveBrands697, ActiveBrands854, ActiveBrands1008, MCH1770, MCH1468, ActiveBrands190, ActiveBrands199, ActiveBrands1218, ActiveBrands886, ActiveBrands834, ActiveBrands53, ActiveBrands369, ActiveBrands553, ActiveBrands554, ActiveBrands556, ActiveBrands558, ActiveBrands636, ActiveBrands639, ActiveBrands640, ActiveBrands656, ActiveBrands704, ActiveBrands737, ActiveBrands858, ActiveBrands859, ActiveBrands875, ActiveBrands885, ActiveBrands908, ActiveBrands938, ActiveBrands1060, ActiveBrands607, ActiveBrands522, ActiveBrands610, ActiveBrands30, ActiveBrands1561, ActiveBrands621, ActiveBrands138, ActiveBrands487, ActiveBrands900, ActiveBrands1196, MCH2094).

3562. Quanto à Pingo Doce, apesar de a prova ser menos abundante que no caso da MCH, a Autoridade terá em consideração o facto de a visada estar diretamente envolvida na adoção de todo o tipo de comportamentos identificados, não podendo deixar de considerar a prova que demonstra a aquiescência por parte da Pingo Doce relativamente à concertação de PVP (cf. capítulo III.3.4.5 da presente Decisão).

3563. Um exemplo revelador dessa aquiescência é o documento ActiveBrands936 (*supra* descrito no §1546), em que a Pingo Doce envia à Active Brands o reporte do PVP dos seus produtos

nas lojas de suas concorrentes, escrevendo «[Diretor Off-Trade - Active Brands]*, Talões urgente, caso contrário é para baixar novamente*», solicitando o envio de talões comprovativos do preço recomendado pela Active Brands, de forma a garantir a correção dos valores obtidos pelo *shopping* feito pela própria Pingo Doce.

3564. Na realidade e não obstante o número de elementos de prova disponível, a Autoridade não poderá ignorar que, na generalidade dos casos, o fornecedor recorre a ambas as insígnias (MCH e Pingo Doce) para dar impulso aos movimentos de reposição de PVP, sendo estas as insígnias que mais reportam desvios e que maior pressão exercem sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento do mercado, revelando-se fundamentais para garantir a boa execução da concertação de PVP.

3565. Quanto à Auchan, não obstante a prova não ser tão abundante como no caso das outras visadas, a Autoridade terá em consideração o facto de a visada adotar todo o tipo de comportamentos identificados, estando, regra-geral, alinhada na implementação dos PVP concertados (cf., entre outros, documentos ActiveBrands807 e ActiveBrands710), na expetativa e com a intenção que este promova e repasse esse reposicionamento tendo em vista um alinhamento nacional.

3566. No que concerne à pessoa singular visada, a Autoridade conclui que [Diretor Off-Trade - Active Brands] esteve pessoal e diretamente envolvido na prática da infração que lhe é imputada, pela qual deverá ser diretamente responsabilizado em concomitância com as empresas visadas, tendo atuado deliberadamente, com manifesto dolo, de forma ilícita e culposa, na prossecução de uma conduta expressamente proibida, inexistindo qualquer causa de justificação ou exclusão da ilicitude, da culpa ou circunstância de afastamento da punibilidade (cf. capítulos IV.1.6 da presente Decisão).

3567. Concluindo, de forma sintética, na determinação da medida concreta das coimas aplicáveis a Autoridade terá em consideração os seguintes aspetos relativamente à duração e ao grau de participação de cada visada:

(i) A MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, com um grau de participação preponderante face às demais empresas visadas, incluindo o fornecedor; e

(ii) A Active Brands esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, com um papel incontornável, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017;

(iii) A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 28 de agosto de 2009 e 18 de abril de 2017, com grau de participação preponderante face às demais empresas visadas, com exceção da MCH e do fornecedor;

(iv) A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, com um grau menor de participação face às demais empresas visadas;

(v) [Diretor Off-Trade - Active Brands] esteve pessoal e diretamente envolvido na prática investigada, de forma ininterrupta, na qualidade de responsável pelo canal *Off-Trade* de vendas da Active Brands, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017.

3568. Uma última nota para recordar que, para efeitos do cálculo de duração da participação das visadas na infração, nos termos das Linhas de Orientação, 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[1517].

IV.2.2.2.5 As vantagens de que as visadas hajam beneficiado em consequência da infração

3569. Tal como referido no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, tratando-se de uma infração por objeto, não é necessário averiguar os efeitos concretos no mercado para que se possa considerar preenchido o tipo contraordenacional 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.

3570. 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.

3571. Em primeiro lugar, as empresas de distribuição visadas têm conjuntamente um peso muito significativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar, que é tão relevante para o país e para os consumidores (cf. capítulos III.2, IV.1.2 e IV.1.3.4 da presente Decisão).

3572. Similarmente, não pode ignorar-se que a visada Active Brands foi, durante o período da infração, uma das maiores empresas de distribuição de bebidas em Portugal, comercializando marcas como «Licor Beirão», aguardente «CR&F», vinhos tranquilos «Loios» e «Marquês de Borba» e brandy «1920».

3573. Independentemente das quotas de mercado da visada Active Brands, as marcas por esta distribuídas/comercializadas são sobejamente reconhecidas por qualquer consumidor médio, congregando preferências e sendo consumidas 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).

3574. Nesta medida, a prática em causa (considerando a respetiva abrangência e duração, nos termos que se detalharão *infra*) possibilitou à visada Active Brands 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.

[1517] Cf. parágrafo 29 das Linhas de Orientação da Autoridade para o cálculo de coimas.

3575. Em segundo lugar, acresce o facto de a prática concertada em causa visar todo o país, tendo, de facto, impacto na totalidade do mercado nacional, incluindo as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, como se teve oportunidade de constatar anteriormente (cf. capítulo IV.1.3.5 da presente Decisão), pelo que as vantagens de que as empresas visadas hajam beneficiado serão exponenciadas também em função desta dimensão geográfica.

3576. Em terceiro lugar, a prática em causa provocou inevitavelmente um abrandamento da concorrência entre as empresas de distribuição, na medida em que aumentou a transparência entre elas, reduzindo os níveis de concorrência *intramarca.*

3577. Em quarto lugar, esta prática provocou, igual e inevitavelmente, um desagravamento da pressão concorrencial que, em circunstâncias normais, seria exercida pelas empresas de distribuição sobre a visada Active Brands, na medida em que garantiu aos distribuidores uma margem de lucro que acaba por salvaguardar a margem de lucro do próprio fornecedor.

3578. Em quinto lugar, a prova demonstra o reconhecimento expresso pelas insígnias de que o alinhamento gerou prejuízos efetivos para os consumidores (cf., *inter alia*, documentos ActiveBrands1092, ActiveBrands119, ActiveBrands1111, ActiveBrands710, ActiveBrands807), na medida em que estes pagaram um PVP mais elevado do que o potencialmente aplicável num cenário sem alinhamento (isto é, sem restrição da concorrência), o que traduz, necessariamente, a verificação de um índice de rentabilidade maior para os operadores e, portanto, a consumação do objetivo comum e a verificação de vantagens efetivas.

3579. Em sexto lugar, está em causa uma das práticas mais nocivas para os consumidores e para a concorrência, na medida em que as consequências daí advenientes têm um impacto direto e imediato sobre estes, em especial, nos produtos da Active Brands nos setores identificados dos brandies/conhaques, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados, whiskies, gins, vodcas, sidras, licores, aguardentes, aperitivos e azeites, no canal alimentar (*off-trade*).

3580. Neste contexto, os preços pagos pelos consumidores pelos produtos referidos não resultam do livre funcionamento do mercado nem de uma dinâmica concorrencial regular. Significa também isto que a liberdade de escolha dos consumidores, e as suas próprias opções de escolha, são (e, no caso concreto, foram) *artificialmente* condicionadas por força da prática em causa. Adicionalmente, essa mesma prática prejudicou o processo competitivo, ao distorcer o bom funcionamento do mercado, imprimindo-lhe uma transparência artificial e mitigando, senão mesmo anulando, a pressão concorrencial entre as visadas.

3581. Em sétimo 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 do PVP pretendido (cf. documentos MCH1417, MCH960, ActiveBrands210, ActiveBrands723,

ActiveBrands1005), o que demonstra a eliminação da concorrência entre as empresas de distribuição visadas e a prática conjunta de um nível artificial de preços.

3582. Em oitavo lugar, a matéria de facto provada evidencia que a prática se manteve, de forma permanente e ininterrupta, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, não podendo excluir-se que se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.5 da presente Decisão), pelo que as vantagens de que as empresas visadas hajam beneficiado serão exponenciadas em função desta duração.

3583. Por fim, se a prática concertada *sub judice* de fixação e alinhamento horizontal dos PVP não tivesse gerado vantagens consideráveis para a Active Brands, a Auchan, a MCH ou a Pingo Doce, dificilmente estas empresas, bem sabendo da ilegalidade e gravidade da prática em causa, teriam mantido a sua implementação ao longo de, pelo menos, aproximadamente oito anos.

3584. A alteração das condições concorrenciais do mercado decorrente da prática concertada de fixação e alinhamento dos PVP representa, assim, uma clara vantagem para as empresas visadas (um aumento artificial do preço dos produtos nas diversas empresas de distribuição), constituindo uma garantia de não concorrência ou de falseamento da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

3585. Não obstante o exposto, 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 numericamente.

3586. 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 empresas visadas nos bens e serviços relacionados com a infração.

IV.2.2.2.6 O comportamento das visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

3587. Não existem nos autos quaisquer elementos que demonstrem que as empresas visadas adotaram, até ao momento, qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência (cf. capítulos III.3.4 e IV.1.5 da presente Decisão).

3588. Como já se referiu (cf. §§2672 e 2673 da presente Decisão), a circunstância de se verificarem, ao longo do período de tempo considerado, desvios face aos comportamentos adotados (designadamente desvios face ao PVP de alinhamento ou a não correção atempada dos mesmos) não contraria, de modo algum, a conclusão acerca da existência da infração, nem a oposição a tal infração por parte da visada desviante.

3589. Numa estratégia conjunta que envolve diversos operadores cuja estrutura operacional é complexa, é natural que em determinados momentos se registem desequilíbrios em

função de uma miríade de fatores, os quais no entanto, como tem vindo a demonstrar-se, não impediram a continuação da participação na infração por parte de todas as visadas, nos termos explicitados *supra,* e permitem concluir que a dinâmica concorrencial e o funcionamento dos mercados resultava distorcido e deturpado por força do comportamento de cada uma delas (cf. capítulo IV.2.2.2.4 da presente Decisão).

3590. Conforme referido anteriormente[1518], 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, no sentido que aquela visada pretende, ainda que, em abstrato, se trate de uma iniciativa positiva e seja de salutar ter sido posta em prática pela visada.

3591. De facto, é possível constatar, com base no acervo probatório junto aos autos, a inexistência de qualquer indício de que a eventual iniciativa 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, a reportá-la à AdC e/ou a reparar os prejuízos causados à concorrência.

3592. Pelo contrário, esta visada permaneceu ativa na prática objeto do presente processo, mesmo após a data da alegada iniciativa de *compliance* (cf. capítulo III.3.4.5 da presente Decisão).

3593. Assim, nas presentes circunstâncias, não se afigura possível valorar a alegada iniciativa de *compliance* a favor daquela visada, nos termos pela mesma pretendidos.

IV.2.2.2.7 A situação económica das visadas

3594. 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 2021 e, no caso da pessoa singular visada, a remuneração anual auferida por [Diretor Off-Trade - Active Brands] no ano de 2016[1519], nos termos da alínea *g)* do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3595. Dos autos do processo constam igualmente cópias dos Relatórios e Contas e/ou Relatórios de Gestão das visadas referentes ao ano de 2019, enviados por estas em resposta aos pedidos de elementos que lhes foram dirigidos pela AdC (cf. capítulo I.5.2da presente Decisão) neste e em outros processos, que espelham a situação económica das visadas no referido ano.

3596. De entre os diversos indicadores financeiros apresentados nos suprarreferidos documentos, a situação económica das visadas será valorada tendo em atenção, entre outros fatores, o indicador «*resultado líquido do exercício*».

[1518] Cf. §2421585 *supra*.

[1519] Cf. n.os 2 e 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3597. Cumpre salientar que, em todo o caso, as visadas Gestvinus[1520] (e o Grupo Gestivinus/João Portugal Ramos[1521]), Auchan[1522], Pingo Doce[1523] e MCH[1524] têm apresentado resultados líquidos do exercício consistentemente positivos ao longo dos anos, o que permite, à partida, inferir a boa saúde financeira destas empresas.

3598. Adicionalmente, refira-se que, até à data, e excetuando a situação específica da Active Brands nos termos enunciados *infra,* salienta-se que a AdC não recebeu qualquer indicação das visadas sobre a sua situação económica, designadamente alguma indicação que permita concluir se as mesmas apresentam dificuldades económico-financeiras suscetíveis de pôr em causa a sua capacidade de pagamento da coima.

3599. No que respeita à Active Brands, conforme já referido *supra* no capítulo III.1.1, dada a sua situação de «desativação comercial», entre 2019 e 2021, esta apresentou capitais próprios negativos, estando por isso em causa a continuidade da sociedade, «*que só poderá subsistir com a ajuda financeira do seu acionista único*» (a Gestvinus), encontrando-se em fase de liquidação[1525], não tendo apresentado qualquer volume de negócios em 2021[1526].

[1520] Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2019, fls. 2003 a 2036 do processo e no Relatório e Contas do ano de 2021, fls. 4538 a 4545 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante do sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[1521] Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2019, fls. 2037 a 2126 do processo e no Relatório e Contas do ano de 2021, fls. 4565 a 4605 do processo.

[1522] Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2021, fls. 4689 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante do sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[1523] Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2019, fl. 2293 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante do sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[1524] Cf. Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2019, fl. 2292 do processo e na Demonstração dos Resultados apresentado no Relatório e Contas do ano 2021, fls. 4688 do processo, bem como informação financeira relativa a esta empresa constante do sítio da Sabi na Internet, disponível em https://sabi.bvdinfo.com, consultado em 4 de agosto de 2022, e cópia junta aos autos a fls. 4621 do processo.

[1525] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2019 da Active Brands fornecido na resposta desta em 5 de junho de 2020 ao pedido de elementos da AdC de 29 de maio de 2020, fls. 1457 a 1478 do processo.

[1526] Cf. Relatório de Gestão do exercício de 2021 da Active Brands fornecido na resposta desta em 3 de junho de 2022 ao pedido de elementos da AdC de 23 de março de 2022, fls. 4533 a 4538 do processo.

IV.2.2.2.8 Os antecedentes contraordenacionais das visadas

3600. Algumas das visadas têm antecedentes contraordenacionais em matéria de Direito da Concorrência.

3601. As empresas de distribuição visadas Auchan, Pingo Doce e MCH foram recentemente visadas e/ou condenadas num ou em vários outros processos de contraordenação, por práticas de fixação de PVP do mesmo tipo e com a mesma natureza, no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

3602. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/1, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a ITMP, através do fornecedor Sociedade Central de Cervejas.

3603. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/7, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan, a ITMP, a Lidl e a Cooplecnorte, através do fornecedor Primedrinks.

3604. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/13, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a ITMP, através do fornecedor Super Bock.

3605. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/5, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce e a Auchan, através do fornecedor Bimbo Donuts.

3606. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/8, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan, a ITMP e a Cooplecnorte, através do fornecedor Sogrape.

3607. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/4, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a Lidl, através do fornecedor Sumol+Compal.

3608. No processo de contraordenação n.º PRC/2017/11, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a Cooplecnorte, através do fornecedor Unilever.

3609. E, por fim, no processo de contraordenação n.º PRC/2017/3, a AdC sancionou a concertação de PVP entre a MCH, a Pingo Doce e a Auchan, através do fornecedor Beiersdorf.

3610. 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 de setembro de 2020 pelo Juiz 1 do TCRS, que reduziu o valor da coima para 6.120.000 € (seis milhões e cento e vinte mil euros)[1527].

[1527] Cf. sentença do TCRS de 30 de setembro de 2020, 1.º Juízo, processo n.º 322/17.1YUSTR (EDP/Sonae), que reduziu em 10% a coima aplicada às visadas.

3611. Todavia, nenhum dos antecedentes em causa – por inexistir trânsito em julgado das respetivas decisões – será valorado enquanto agravante na determinação concreta das sanções aplicáveis[1528].

3612. Não se conhecem antecedentes contraordenacionais das restantes visadas (Active Brands, Gestvinus e a pessoa singular visada, [Diretor Off-Trade - Active Brands]) por infração às regras da concorrência.

IV.2.2.2.9 A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo

3613. A fixação da coima eventualmente aplicável no termo da fase administrativa do procedimento contraordenacional terá em conta a colaboração prestada à Autoridade, por cada uma das visadas, no âmbito do presente processo.

3614. No âmbito do decurso do inquérito e da instrução do processo e até ao presente momento, considera-se que as visadas atuaram em conformidade com as normas aplicáveis, cumprindo o dever legal de colaboração com a Autoridade que sobre elas impende, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

IV.2.2.3 Efeitos da responsabilidade solidária

3615. Conforme referido *supra* no capítulo IV.2.2.1, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a coima aplicável pela infração *sub judice* não pode exceder 10% do volume de negócios realizado por cada uma das empresas infratoras no exercício imediatamente anterior à decisão final sancionatória proferida pela Autoridade.

3616. Esta norma transpõe, para o plano nacional, o disposto no n.° 2 do artigo 23.° do Regulamento n.° 1/2003.

3617. A responsabilização solidária de uma sociedade-mãe pelo comportamento da sua subsidiária nos termos detalhados *supra* no capítulo IV.1.7 permite que a Autoridade tenha em consideração, para efeitos do cálculo do limite da coima aplicável pela infração, o volume de negócios total da empresa enquanto unidade económica, *i.e.* do grupo económico (da sociedade-mãe e subsidiária) em causa.

3618. A consideração do volume de negócios total do grupo económico destina-se a garantir que uma coima reflete a verdadeira dimensão e o poder económico da empresa em causa.

3619. Com efeito, «[h]*á que observar que a circunstância segundo a qual várias sociedades são solidariamente obrigadas a pagar uma coima pelo facto de constituírem uma empresa na acepção do artigo 81.° CE não implica, no que diz respeito à aplicação do limite máximo previsto no artigo 23.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1/2003, que a obrigação de cada uma delas se limite a 10% do volume de negócios que realizou durante o último exercício. Com efeito,* ***o limite***

[1528] O concurso de infrações aplicável no caso das empresas visadas MCH, Pingo Doce, e Auchan é tratado em capítulo próprio da presente Decisão – cf. capítulo IV.2.3.

máximo de 10%, na acepção dessa disposição, deve ser calculado com base no volume de negócios cumulado de todas as sociedades que constituem a entidade económica única que age como empresa na acepção do artigo 81.° CE, uma vez que só o volume de negócios cumulado das sociedades que a compõem pode constituir uma indicação da dimensão e do poder económico da empresa em questão *(acórdão HFB e o./Comissão, n.° 57, supra, n.os 528 e 529)*» [1529]. (realce da Autoridade)

3620. No mesmo sentido, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Eni SpA c. Comissão Europeia: «[a]*ntes de mais, o* ***Tribunal Geral****, que tinha já rejeitado, nos n.os 177 a 179 do acórdão recorrido, a argumentação da Eni segundo a qual a exclusão da Syndial como destinatária da decisão controvertida provocou «graves consequências» na aplicação do limite máximo de 10% previsto no artigo 23.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1/2003,* ***recordou, a este respeito, a sua jurisprudência segundo a qual esse limite deve ser calculado com base no volume de negócios cumulado de todas as sociedades que constituem a entidade económica única que age como empresa na aceção do artigo 101.° TFUE. O Tribunal de Justiça confirmou já que esta jurisprudência não enferma de erro de direito*** *(v. despacho de 3 de maio de 2012, World Wide Tobacco España/Comissão, C-240/11 P, n.os 45 e 46)*»[1530]. (realce da Autoridade)

3621. E ainda a seguinte decisão do Tribunal Geral: «(…) *quando o destinatário de uma decisão na qual a Comissão lhe aplica uma coima está à frente de um grupo que constitui uma entidade económica, o volume de negócios a considerar para efeitos da aplicação desse limite é o volume de negócios do grupo no seu conjunto. Quando a decisão impugnada foi aprovada, a IBP França era uma filial a 100% da IBP, formando as duas sociedades uma única entidade económica. Assim, foi com razão que a Comissão se baseou no volume de negócios global da IBP para calcular o referido limite*» [1531]. (realce da Autoridade)

3622. Ainda no que concerne ao volume de negócios utilizado para efeitos de determinação do limite máximo da coima, o TCRS entendeu recentemente que é possível considerar o volume de negócios total da unidade económica, desde que o Grupo/empresa-mãe seja

[1529] Cf. Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de dezembro de 2007, *Akzo Nobel NV e outros contra Comissão*, T-112/05, p. 90. Este acórdão foi confirmado pelo Tribunal de Justiça no já mencionado acórdão de 10 de setembro de 2009, *Akzo Nobel NV e outros contra Comissão*, processo C-97/08P.

[1530] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de maio de 2013, *Eni SpA c. Comissão Europeia***,** C-508/11 P., p. 109.

[1531] Acórdão do Tribunal Geral, de 24 de março de 2011, *IBP e International Building Products France c. Comissão Europeia*, T-384/06 p. 101. Neste sentido, veja-se também: Acórdão do Tribunal Geral, de 13 de setembro de 2010, *Trioplast c. Comissão*, T-26/06, p.115; e Acórdão do Tribunal Geral, de 16 de novembro de 2011, *Groupe Gascogne v. Commission*, T-72-06, p. 110 a 113.

também destinatário da decisão, (*i.e.*, ser visada, o que acontece no presente caso), a par da existência de factos que lhe sejam diretamente imputados (o que também sucede)[1532]

3623. Assim sendo, face à jurisprudência e aos princípios *supra* detalhados, e relativamente ao volume de negócios utilizado para determinação do limite máximo da coima aplicável, a AdC considera o volume de negócios consolidado total realizado pela unidade económica (ie. pelo Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos), expurgado da faturação relativa a vendas intra-grupo.

3624. Nestes termos, a coima aplicável à Active Brands/Gestvinus, não pode exceder o montante total de € 3.020.681,49 (três milhões, vinte mil, seiscentos e oitenta e um euros e quarenta e nove cêntimos), dado que o volume de negócios consolidado total realizado pelo Grupo Gestvinus/João Portugal Ramos[1533] no exercício de 2021 foi de € 30.206.814,89 (trinta milhões, duzentos e seis mil, oitocentos e catorze euros e oitenta e nove cêntimos).

3625. Acresce que a responsabilização solidária de uma sociedade-mãe pelo comportamento da sua subsidiária traduz-se também, necessariamente, na imputação do pagamento da eventual coima (cujo montante é calculado de acordo com o limite que acaba de se referir).

3626. Conforme referido expressamente no já citado *Akzo Nobel e o./Comissão* (cf. §3406 *supra*), a determinação da responsabilidade solidária de uma sociedade-mãe pelo comportamento infrator da sua subsidiária implica, consequentemente, «*que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial*».

3627. Com efeito, a responsabilização solidária das sociedade-mãe destina-se a garantir a prossecução das finalidades de prevenção pretendidas pela aplicação de coimas por infrações ao direito da concorrência (cf. capítulo IV.2.1 da presente Decisão).

3628. Assim, «(…) *o objetivo do mecanismo da solidariedade é constituir um instrumento jurídico adicional de que a Comissão dispõe para* ***reforçar a eficácia da sua ação em matéria de cobrança das coimas aplicadas por infrações ao direito da concorrência, uma vez que esse mecanismo reduz o risco de insolvência para a Comissão enquanto credora da dívida que essas coimas representam, o que contribui para o objetivo de dissuasão geralmente prosseguido pelo direito da concorrência*** *(v. Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Villeroy &*

[1532] Cf. Sentença do TCRS de 13 de junho de 2022, Juiz 2, processo n.º 328/21.6YUSTR (Fidelidade/AdC), em que o Tribunal refere: «*Contudo, não foi contra o Grupo* (…) *que a AdC dirigiu a sua decisão, mas apenas e só contra a Visada, sendo certo que dos presentes autos resultará somente um título executivo contra a Recorrente. Por conseguinte, se a AdC pretendia atingir o Grupo* (…), *de forma a (conforme defende) adequar a decisão à realidade pressuposta pela operação de concentração em causa devia, pelo menos, ter dirigido a decisão contra a empresa-mãe do Grupo e imputar factos suscetíveis de envolver esta empresa na prática da infração, a fim de poder ser responsabilizada pela mesma.* (…)», ainda não transitada em julgado.

[1533] Conforme melhor explicitado no capítulo IV.2.2.3, o limite da coima aplicável à Active Brands/Gestvinus (que constituem a mesma unidade económica - cf. §2578) pela infração *sub judice* é calculado de acordo com o volume de negócios total consolidado do grupo Gestvinus.

Boch/Comissão, C 625/13 P, EU:C:2017:52, n.o 152 e jurisprudência aí referida)»[1534]. (realce da Autoridade).

3629. Neste contexto, é particularmente relevante a circunstância de a Active Brands se encontrar em fase de liquidação (cf. §557 *supra*), existindo assim o risco de a coima aplicável pela infração *sub judice* não cumprir as referidas finalidades caso a sua sociedade-mãe não fosse considerada solidariamente responsável pelo pagamento da mesma.

3630. Pelo exposto, deve concluir-se que a Gestvinus é solidariamente responsável com a Active Brands para efeitos de pagamento da parte da coima aplicável *in casu*, pela infração cometida por esta última nos termos descritos na presente Decisão entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017[1535].

IV.2.3 Concurso de infrações

3631. No que respeita ao concurso de infrações[1536], o artigo 19.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC, 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.»

3632. Sucede que, tal como referido anteriormente, todas as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce e Auchan) foram recentemente condenadas por decisões adotadas pela AdC, ainda não transitadas em julgado, por ilícitos do mesmo tipo e da mesma natureza, consequentemente, 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 LdC e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

3633. Tratando-se de uma pluralidade de contraordenações praticadas pelos mesmos agentes, conclui-se pela existência de concursos reais de infrações.

3634. Nesses casos, as coimas aplicadas às visadas MCH, Pingo Doce e Auchan deverão 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

[1534] Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de julho de 2018, *The Goldman Sachs Group, Inc. contra Comissão Europeia*, T-419/14, p. 201.

[1535] Cf. capítulos III.1.1, III.3.4 e IV.1.7 da presente Decisão.

[1536] Refira-se que esta figura é inexistente no quadro do direito União Europeia, e bem assim da respetiva prática decisória.

concurso, e como limite mínimo a mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações.

3635. 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).

3636. 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, €14.200.000 (catorze milhões, duzentos mil euros) à Auchan e €10.710.000 (dez milhões, setecentos e dez mil euros) à ITMP.

3637. 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, €10.790.000 (dez milhões, setecentos e noventa mil euros) à Auchan, €11.070.000 (onze milhões, setenta mil euros) à ITMP, €10.550.000 (dez milhões, quinhentos e cinquenta mil euros) à Lidl e €2.060.000 (dois milhões e sessenta mil euros) à Cooplecnorte.

3638. 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) à ITMP.

3639. Atendendo à pendência judicial dos antecedentes jusconcorrenciais, PRC/2014/5, PRC/2017/1 e PRC/2017/7, a Autoridade não procedeu, no âmbito dos processos PRC/2017/13, PRC/2017/5, PRC/2017/8, PRC/2017/4, PRC/2017/11 e PRC/2017/3, ao cúmulo das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso e à correspondente punição nesses termos.

3640. 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, €3.463.000 (três milhões, quatrocentos e sessenta e sessenta e três mil euros) à Auchan e €8.265.000 (oito milhões, duzentos e sessenta e cinco mil euros) à ITMP.

3641. No âmbito do PRC/2017/5, foram aplicadas coimas no valor de €7.161.000 (sete milhões, cento e sessenta e um mil euros) à MCH, €7.196.000 (sete milhões, cento e noventa e seis mil euros) à Pingo Doce e €2.981.000 (dois milhões, novecentos e oitenta e um mil euros) à Auchan.

3642. No âmbito do PRC/2017/8, foram aplicadas coimas no valor de €4.316.000 (quatro milhões, trezentos e dezasseis mil euros) à MCH, €5.509.000 (cinco milhões, quinhentos e nove mil euros) à Pingo Doce, €1.209.000 (um milhão, duzentos e nove mil euros) à Auchan,

€140.000 (cento e quarenta mil euros) à Cooplecnorte e €1.211.000 (um milhão, duzentos e onze mil euros) à ITMP.

3643. No âmbito do PRC/2017/4, foram aplicadas coimas no valor de € 24.000.000 (vinte e quatro milhões de euros) à MCH, € 20.920.000 (vinte milhões, novecentos e vinte mil euros) à Pingo Doce, € 4.400.000 (quatro milhões e quatrocentos mil euros) à Auchan e € 5.480.000 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta mil euros) à Lidl.

3644. No âmbito do PRC/2017/11, foram aplicadas coimas no valor de € 50.780.000,00 (cinquenta milhões, setecentos e oitenta mil euros) à MCH, € 35.650.000,00 (trinta e cinco milhões, seiscentos e cinquenta mil euros) à Pingo Doce, € 16.190.000,00 (dezasseis milhões, cento e noventa mil euros) à Auchan e € 2.890.000,00 (dois milhões, oitocentos e noventa mil euros) à Cooplecnorte.

3645. No âmbito do PRC/2017/3, foram aplicadas coimas no valor de € 7.520.000,00 (sete milhões, quinhentos e vinte mil euros) à MCH, € 4.880.000,00 (quatro milhões, oitocentos e oitenta mil euros) à Pingo Doce e €2.660.000,00 (dois milhões, seiscentos e sessenta mil euros) à Auchan.

3646. Sem prejuízo do referido nos parágrafos anteriores e atendendo, em particular, à circunstância da pendência judicial dos processos n.os PRC/2017/1, PRC/2017/7, PRC/2017/13, PRC/2017/5, PRC/2017/8, PRC/2017/4, PRC/2017/11 e PRC/2017/3, a Autoridade não procederá, no presente processo, ao cúmulo das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso e à correspondente punição nesses termos.

IV.2.4 Pronúncias das visadas

3647. Relativamente à determinação de uma eventual coima que lhes seja aplicável e sem conceder quanto ao teor da defesa apresentada, a Active Brands e a Gestvinus arguem que a AdC deverá ter em consideração os seguintes aspetos:

(i) Deve ser apenas levado em linha de conta, para estes efeitos, o volume de negócios gerado pela Active Brands com vendas realizadas às empresas de distribuição visadas de produtos que se inserem nos potenciais mercados relevantes identificados pela AdC e que tenham sido objeto de recomendações de preços por parte da AB[1537]. Tal definição determina, por exemplo, a «*exclusão das vendas à cadeia Pingo Doce de produtos ditos de "marca branca" relativamente aos quais não foram pela AB feitas quaisquer recomendações de PVP*»[1538];

(ii) Na determinação da gravidade, deve-se ter em conta que alegada infração é equiparada a uma prática de fixação de preços pela própria AdC e que o efeito de alinhamento de preços, a ter ocorrido, ocorreu no mercado a jusante, da distribuição retalhista de base alimentar, no qual a Active Brands não estava ativa. Alega ainda a Active Brands que não

[1537] Cf. §629 da PNI Active Brands

[1538] Cf. §630 da PNI Active Brands

alinhou os seus preços com os dos seus concorrentes, pelo que a sua conduta é menos gravosa do que a das empresas de distribuição visadas[1539];

(iii) A ter participado na infração, o que apenas por dever de patrocínio admite, a Active Brands fê-lo apenas na vertente vertical da prática ilegal[1540];

(iv) Ao contrário das restantes visadas, a Active Brands nunca pressionou, retaliou, ou coagiu os retalhistas seus clientes como meio de assegurar o alinhamento de PVP no mercado jusante, diferença que deve ser valorada na determinação da gravidade da sua conduta, antes agiu, muitas vezes, na sequência de ações de pressão, coação ou ameaça de retaliação realizadas pelas insígnias[1541];

(v) Existe uma diferença colossal entre a dimensão económica da Active Brands e a dimensão económica das restantes empresas visadas[1542];

(vi) À data dos factos, inexiste qualquer decisão condenatória da Autoridade da Concorrência ou da Comissão Europeia que conclua sobre a incompatibilidade de práticas de «*hub and spoke*»[1543];

(vii) A duração da infração não deve incluir o período de 2008, porquanto nenhum dos elementos de prova permite suster a acusação da AdC de que, desde 2008, a Active Brands teria estado envolvida na prática imputada[1544];

(viii) No ajustamento do montante de base e na determinação concreta da coima, a AdC deve considerar como atenuante o limitado grau de participação na infração da Active Brands[1545];

(ix) Para poder, no âmbito da determinação concreta, aumentar o montante da coima, a AdC encontra-se obrigada a calcular exatamente quais foram as vantagens de que a Active Brands beneficiou em consequência da infração[1546];

(x) No que à determinação do limite máximo da coima respeita, este tem sempre como limite intransponível a culpa do agente, tendo a AdC que ter em conta que, sendo a Gestvinus objeto de imputação apenas com base na sua relação de participação no capital da Active Brands, deve apenas ser considerado seu limite legal máximo fixado em 10% do volume

[1539] Cf. §635 da PNI Active Brands.

[1540] Idem, ibidem.

[1541] Idem, ibidem

[1542] Idem, ibidem

[1543] Cf. §636 da PNI Active Brands.

[1544] Cf. §§646 e 647 da PNI Active Brands.

[1545] Cf. §§653 e 659 da PNI Active Brands.

[1546] Cf. §664 da PNI Active Brands.

de negócios total realizado pela Active Brands no exercício imediatamente anterior ao da decisão final[1547]; e

(xi) Caso se tenha em conta o volume de negócios da Gestvinus, deve-se considerar apenas o mercado nacional, já que as vendas noutros mercados (exportações), designadamente em mercados estranhos à União Europeia, nenhuma relação têm com a atividade da empresa no mercado em que a sua conduta poderá ter produzido efeitos[1548].

3648. Argumenta, por sua vez, a Auchan[1549] 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 considerar que a visada adotou comportamentos que dificultaram a prática da infração, comportando-se de modo tendente à eliminação das práticas proibidas, sendo que, no cenário hipotético de infração, o seu grau de participação sempre seria 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 e produtos concretos;

v) O âmbito temporal resulta de um exercício meramente especulativo da AdC, sem suporte probatório; e

vi) A Auchan não tem antecedentes de natureza jusconcorrencial[1550].

3649. Já a Pingo Doce alega que a coima que eventualmente lhe seja aplicável deverá ser determinada de acordo com a norma prevista no artigo 17.º do RGCO e com respeito dos limites aí estabelecidos, dado que n.º 2 do artigo 69.º da LdC se revela inconstitucional face ao princípio da legalidade consagrado nos n.ºs 1 a 4 do artigo 29.º da CRP[1551].

IV.2.5 Apreciação da Autoridade

Quanto à determinação da coima aplicável à Active Brands

3650. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Active Brands para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

[1547] Cf. §§672 a 674 da PNI Active Brands.

[1548] Cf. §§672 a 674 da PNI Active Brands.

[1549] Cf. capítulo III.4 da PNI Auchan.

[1550] Cf. capítulo III.4.7 da PNI Auchan.

[1551] Cf. pág. 161 e ss. da PNI Pingo Doce.

3651. Em primeiro lugar, em resposta aos argumentos enunciados na alínea (i) do §3647, a Autoridade remete para o já analisado e referido no capítulo III.2.6 da presente Decisão, no qual se refere que a prática é transversal a todos os produtos comercializados pelo fornecedor, conforme evidenciado pelo acervo probatório apreendido nas instalações das visadas (ainda que com maior relevância para alguns produtos). Assim, para efeitos de cálculo da coima, são considerados todos os mercados relevantes identificados pela AdC, nos quais se desenvolveram os comportamentos de fixação indireta de preços por parte da Active Brands e das empresas de distribuição visadas.

3652. Quanto à afirmação do fornecedor de que devem ser excluídas as vendas de produtos «marca branca» comercializados pela Pingo Doce, remete-se para a resposta da Active Brands ao pedido de elementos de 5 de junho de 2020, no qual afirma que «*o objeto da sociedade é* ***distribuição e comercialização de bebidas alcoólicas****, designadamente vinhos tranquilos, Champagnes e espumantes, vinho do Porto, Licores, aguardentes vínicas e outras bebidas espirituosas tais como whisky, gin, vodka, rum, cachaça e ainda cidra*»(destaque da Autoridade)[1552].

3653. Assim, como a Active Brands não desenvolve como atividade a **produção de vinhos tranquilos**, não é a responsável direta pela comercialização de produtos «marca branca» da insígnia Pingo Doce. Ademais, a resposta ao pedido de elementos apresentada pela Active Brands em 19 de junho de 2020[1553] não faz qualquer distinção (se aplicável) aos produtos de marca do fornecedor e marca do distribuidor.

3654. Em segundo lugar, em resposta aos argumentos enunciados nas alíneas (ii) e (iii) do §3647, remete-se para o já analisado e referido no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, nos quais a Autoridade conclui estarem reunidos os pressupostos que permitem considerar que a 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 Active Brands e pelas empresas de distribuição visadas desde, pelo menos, julho de 2009, e até, pelo menos, maio de 2017, tem uma natureza intrinsecamente restritiva, consubstanciando uma restrição da concorrência por objeto, preenchendo todos os elementos do tipo objetivo de ilícito e, portanto, dado o seu grau elevado de nocividade para a concorrência, consubstancia, por definição e inerência, uma infração grave da concorrência.

3655. Em conformidade, a Autoridade tomará em consideração a verificação destes requisitos do tipo objetivo para o cálculo da coima, não os mitigando em função do ora arguido pela Active Brands.

3656. Sem prejuízo, e em resposta ao argumento enunciado na alínea (iv) do §3647, a Autoridade entende que resulta da prova constante do processo que a Active Brands não exercia comportamentos retaliatórios, não obstante ter, como ficou demonstrado no capítulo

[1552] Cf. fls. 1457 do processo.

[1553] Cf. documento com referência interna n.º E-AdC/2020/3122, fls. 1499 a 1505 do processo.

III.3.4.1, um papel ativo em todas as outras vertentes comportamentais analisadas, desde a definição de PVP, o controlo e monitorização e a correção de desvios.

3657. Tal pressuposto será tido em consideração para cálculo do montante da coima a aplicar.

3658. Em terceiro lugar, em resposta ao argumento enunciado na alínea (v) do §3647, quanto à alegada diminuta dimensão da empresa Active Brands face ao grupo empresarial em que se insere e em comparação com o conjunto de visadas, remete-se para a apreciação constante do capítulo III.2.4.2.1 da presente Decisão, ressalvando-se que ainda que a representatividade da Active Brands na faturação das empresas de distribuição visadas não seja particularmente elevada, não pode ser interpretada como não significativa, dada a dimensão de outras empresas concorrentes presentes nos mesmos mercados.

3659. Ora, independentemente da sua dimensão empresarial, a prova constante dos autos corrobora a conclusão de que a Active Brands atua de forma livre, deliberada e esclarecida no sentido de viabilizar a concertação entre insígnias na promoção e garantia de um alinhamento de PVP a nível nacional, servindo como elo de ligação entre as mesmas, e contribuindo, com o seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado Resulta, assim, demonstrada a sua participação na infração, nos termos já detalhados nos capítulos III.3.4.1 e IV.2.2.2.4 *supra*.

3660. Em quarto lugar, quanto à consideração enunciada na alínea (vi) do §3647, remete-se para o §2864 e seguintes da presente Decisão, onde a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação e nos termos dos quais se conclui que a alegada escassez de precedentes – que não se verifica – não poderia de modo algum ser a motivação para um arquivamento do processo quando a natureza ilícita da infração e o facto de se estar perante uma restrição à concorrência por objeto são abundantemente estabelecidos pela prova constante dos autos (cf. capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.3.3 da presente Decisão).

3661. Em quinto lugar, em relação ao referido na alínea (vii) do §3647 quanto à duração da infração, remete-se para o já referido no capítulo IV.1.5.1.2, aplicando-se ao cálculo da coima os pressupostos resultantes da análise ali efetuada.

3662. De facto, conforme já referido, analisada a Nota de Ilicitude e a presente Decisão, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou evidências concretas que considerou suficientemente sérias, precisas, concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a adoção de uma decisão condenatória, tendo utilizado uma parte para ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1, que lista os *e-mails* de conteúdo equivalente aos descritos de forma mais detalhada na presente Decisão, consoante o comportamento em causa. A este respeito, remete-se para o §857 e seguintes da presente Decisão, onde a análise desta temática se encontra melhor desenvolvida, assim se evitando a duplicação da exposição da respetiva apreciação.

3663. Assim, a existência de apenas um documento referenciado no capítulo III.3.4.1 relativo ao ano de 2008 não afasta, pelo aí exposto, o entendimento da Autoridade sobre a imputação dos factos à Active Brands, ou da sua subsunção ao quadro jurídico referido no presente capítulo IV.

3664. Tanto mais que o referido documento não pode ser lido de forma desligada dos restantes meios probatórios constantes do referido capítulo III.3.4.1, que, de resto, exprimem um padrão de comportamento no mercado da parte da Active Brands caracterizado pelo seu papel de facilitador da prática *sub judice*, e nomeadamente do já demonstrado no capítulo III.3.3, ao qual, recorde-se, a Active Brands optou por não responder[1554], perdendo esta questão a sua relevância pelo facto de a Autoridade considerar que o envolvimento da Active Brands se iniciou em 8 de julho de 2009 (utilizando para este efeito o documento que estabelece o início do envolvimento da visada MCH – cf. documento MCH1721, §§1937 a 1938 *supra*).

3665. Em sexto lugar, quanto ao argumento referido na alínea (viii) do §3647, a Autoridade entende que apesar de a Active Brands não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Autoridade não poderá ignorar que a visada participa ativamente na prática investigada, disseminando entre as insígnias e fixando com estas o nível de preço e o calendário para o (re)posicionamento concertado de PVP no mercado (incluindo informação quanto à estratégia futura de cada insígnia a esse respeito), monitorizando a implementação dos PVP previamente concertados no calendário definido, identificando desvios ao posicionamento concertado, dirigindo pedidos de correção às empresas desviantes (incluindo aqueles que lhe são apresentados por insígnias concorrentes), quando pressionada, instando as insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados e reportando às insígnias a correção de desvios sinalizados (cf. capítulo III.3.4.1 da presente Decisão).

3666. A própria natureza da infração em causa - prática concertada de fixação de preços de retalho – implica necessariamente uma dimensão vertical que envolve empresas que atuam em diferentes estádios da cadeia de distribuição.

3667. Para além disso, conforme referido anteriormente, a AdC não exclui a possibilidade de as práticas em causa serem endémicas ao mercado português, embora a respetiva apreciação esteja excluída do escopo do presente processo.

3668. 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 Active Brands atua também como um veículo de transmissão de informação, contribuindo desta forma para a concertação e para o alinhamento de PVP entre as insígnias (cf. documentos referidos no capítulo III.3.4.1 *supra*).

[1554] Cf. §1867 *supra* e PNI Active Brands.

3669. Assim, como referiu recentemente o TCRS[1555]:

«*Lançando o olhar sobre as necessidades de prevenção, a gravidade do ilícito, bem como as consequências resultantes para os consumidores, não surpreenderia que a coima pudesse ser fixada mais perto da metade legal da moldura, do que propriamente no primeiro terço, como ocorre in casu*».

3670. Em sétimo lugar, quanto ao argumento referido na alínea (ix) do §3647 relativo às vantagens de que as visadas hajam beneficiado, a AdC recorda que, face ao tipo contraordenacional em causa nos presentes autos, não é necessário averiguar os efeitos concretos no mercado para que se possa concluir pelo preenchimento dos elementos constitutivos (cf. capítulo IV.1.3.3da presente Decisão).

3671. Como refere o TCRS:

«*Pelo exposto, também consideramos totalmente despiciendas as asserções dos Recorrentes, data vénia, quando tentam justificar uma ausência de efeitos no mercado, decorrentes das práticas em causa. Na verdade, não integra o elemento do tipo a existência de efeitos. A existência ou inexistência de efeitos poderá ser eventualmente ponderada numa perspectiva de determinação da sanção concretamente aplicável. Quando a acusação não prova os efeitos, tal é uma circunstância que apenas pode beneficiar os Arguidos, mas esse benefício cinge-se à medida da sanção e em termos muito mitigados*»[1556].

3672. Não obstante, face à prova constante dos autos, a AdC não poderá deixar de referir que é expectável que existam vantagens para as visadas e prejuízos para os consumidores; na realidade, o facto de ficar demonstrado que em determinadas ocasiões o alinhamento de PVP pretendido foi bem-sucedido atesta, por si só, a existência de tais benefícios e/ou prejuízos, na medida em que as visadas alcançaram uma uniformidade e/ou estabilidade de preços contrária àquela que resulta de um mercado funcionando em plenitude, dotado de risco, de incerteza quanto às estratégias comerciais adotadas pelos concorrentes e de volatilidade nos preços (cf. capítulo IV.1.3, *supra*).

3673. O que, de facto, fica por demonstrar – porque era inexigível[1557] – é a exata quantificação de tais benefícios e/ou prejuízos, razão pela qual, conforme anteriormente referido, a Autoridade não terá em consideração vantagens económicas específicas na determinação da medida concreta da coima nos termos e para efeitos dos §§13, 37 e 38 das Linhas de Orientação, apesar de as vantagens que as visadas retiraram da infração se encontrarem, de qualquer modo, subjacentes ao método empregue no cálculo das coimas, uma vez que

[1555] Cf. Sentença do TCRS, de 10 de agosto de 2022, processo n.º 309/19.0YUSTR, ainda não transitada em julgado, §197.

[1556] Sentença proferida em 6 de outubro de 2021 pelo 3.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 71/18.3YUSTR-M, disponível em http://www.concorrencia.pt/.

[1557] Cf. capítulo IV.2.2.2.5 da presente Decisão.

o montante de base da coima aplicável é determinado com base no volume de vendas das empresas visadas nos mercados afetados.

3674. Em oitavo e último lugar, no que concerne aos argumentos enunciados nas alíneas (x) e (xi) do §3647 e pelas razões já expostas nos capítulos IV.1.7, II.1 e IV.2.2.3, a considerar no cálculo da coima a aplicar será tida em conta a responsabilidade solidária da Gestvinus pelo pagamento da mesma.

3675. A este propósito, no que concerne ao volume de negócios utilizado para efeitos de determinação do limite máximo da coima, o TCRS[1558] entendeu recentemente que é possível considerar o volume de negócios total da unidade económica, desde que o Grupo/empresa-mãe seja também destinatário da decisão, (*i.e.*, ser visada, o que acontece no presente caso), a par da existência de factos que lhe sejam imputados (o que também sucede).

3676. A este respeito faz-se notar, adicionalmente, que, no que concerne à aplicação do n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003, em concreto quanto à determinação do limite máximo do 10% do volume de negócios na determinação da coima, os tribunais da União Europeia confirmaram que deve ser considerado o volume de negócios total da unidade económica à qual é imputada a infração, independentemente de as sociedades que fazem parte desse grupo económico terem ou não participado diretamente na infração.

3677. Neste sentido, o Tribunal Geral estabeleceu no Acórdão T-72/06 Groupe Gascogne v. Comissão[1559] que «(...) *o limite superior do montante da coima mencionado no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 deve ser calculado com base no volume de negócios da empresa na aceção das regras de concorrência, isto é, do volume de negócios acumulado de todas as sociedades pertencentes ao grupo cuja holding é a recorrente*».

3678. Esclarece, ademais, o Tribunal, no mesmo Acórdão, que *«(...) a tomada em consideração do volume de negócios consolidado da sociedade-mãe para efeitos da aplicação do limite de 10% do volume de negócios da empresa em causa não está condicionada pela demonstração de que cada filial que integra o grupo não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado*», bem como que «(...) a *tomada em consideração do volume de negócios consolidado da sociedade-mãe* (...) *não equivale a imputar a responsabilidade pela infração constatada às filiais que integram o grupo liderado por essa sociedade*», sendo que «(...) *a tomada em consideração do volume de negócios consolidado da sociedade-mãe para efeitos do cálculo do limite de 10% do volume de negócios da empresa em causa não exige que as filiais que integram*

[1558] Cf. Sentença proferida em 13 de junho de 2022 pelo 2.º Juízo do TCRS, no âmbito de Processo n.º 328/21.6YUSTR, ainda não transitada em julgado.

[1559] Cf. Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 16 de novembro 2011, Groupe Gascogne/Comissão T-72/06; https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=114408&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1406058.

o grupo estejam todas ativas no mesmo mercado, nem que exista uma ligação entre essas filiais e a infração».

3679. Neste contexto, considera o TJUE, no Acórdão C-58/12 P Groupe Gascogne v. Comissão[1560], que «(…) *quando se trata de avaliar os recursos financeiros de uma empresa à qual é imputada uma infração às regras de concorrência do direito da União, parece justificado ter em conta o volume de negócios de todas as sociedades relativamente às quais a empresa em causa goza da possibilidade de exercer uma influência determinante.*

Em especial, quando a empresa à qual é imputada a infração detém a liderança de um grupo que constitui uma unidade económica, o volume de negócios a ter em conta para o cálculo do limite superior do montante da coima mencionado no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 é o da totalidade desse grupo.

Esse último valor constitui, de facto, o melhor indicador da capacidade da empresa em causa em mobilizar os fundos necessários para o pagamento da coima»[1561].

3680. Por todo o exposto, a Autoridade considera o volume de negócios total da unidade económica para efeitos de cálculo do limite máximo da coima aplicável, por se tratar das empresas infratoras nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3681. Adicionalmente, esclarece-se que, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e de acordo com os §§19 a 21 das Linhas de orientação sobre a aplicação de coimas, , a AdC incorpora no seu exercício de cálculo de coima o volume de negócios realizado pelas visadas na venda de bens ou na prestação de serviços direta ou indiretamente relacionados com a infração, durante o período de vigência da mesma, ponderando um referencial desse valor nos termos expostos nas referidas Linhas de orientação.

3682. Assim, e nos termos apresentados *supra*, a AdC considerou o volume de negócios total da Gestvinus realizado no exercício imediatamente anterior à adoção da presente Decisão tão-somente para efeitos de determinação do limite máximo da coima aplicável (cf. capítulo III.1.1), tendo utilizado para efeitos de determinação da medida concreta da coima a aplicar o volume de negócios respeitante à comercialização e distribuição de bebidas para revenda

---

[1560] Cf. Acórdão de 26 de novembro de 2013, *Groupe Gascogne v. Comissão*, C-58/12 P, parágrafos 51 a 53, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0058&from=GA.

[1561] Cf., no mesmo sentido, a sentença do TCRS de 4 de julho de 2022, Juiz 3, processo n.º 18/19.0YUSTR-N(MEO/AdC), no qual se refere «d*ecorre do disposto na al. a) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 2 do artigo 69.º do RJC que a contra-ordenação cometida pela Recorrente MEO em causa nos autos é punível com coima cujo limite máximo da respectiva moldura não pode exceder 10% do volume de negócios daquela realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência.*

Este limite refere-se ao volume de negócios global e não apenas aquele em que é realizado no sector afectado pela infracção vide, acórdão da Relação de Lisboa de 07.11.2007, processo n.º 7251/07-3 Vatel Companhia de Produtos Alimentares, SA e de 01.06.2010, processo n.º 7381/08-5, Rebonave citados por Miguel Moura e Silva, in Direito da Concorrência, Reimpressão 2020, AAFDL Editora, pág. 440.» - decisão ainda não transitada em julgado.

no canal alimentar, que constitui o volume de negócios relacionado com a infração em causa nos presentes autos (cf. Tabela 1).

Quanto à determinação da coima aplicável à Auchan

3683. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Auchan para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

3684. Quanto aos elementos relativos ao grau de participação a considerar, há efetivamente diferenças a refletir na determinação das coimas concretamente aplicáveis a cada visada, não obstante a prática em causa se traduzir na realização de um objetivo comum prosseguido pela ação conjunta de todas as empresas visadas (cf. §§3556 a 3567 da presente Decisão).

3685. No que se refere à Auchan, não obstante a prova não ser tão abundante como no caso das outras visadas, a Autoridade concluiu, pelas razões aduzidas nas secções III.3.4.3 e IV.1.4 da presente Decisão, que esses motivos não são suficientemente atendíveis para afastar a sua participação, tão-pouco a ilicitude, a culpa ou as condições de punibilidade associadas à infração que lhe é imputada, na medida em que o comportamento da Auchan manteve-se consistente ao longo do período da prática, tendo a mesma contribuído para o alinhamento de preços e para uma implementação bem sucedida desse alinhamento e tendo adotado todo o tipo de comportamentos identificados.

3686. Trata-se, no entanto, de fatores que foram e seriam sempre ponderados em termos de grau de participação desta visada na referida infração.

3687. Para além disso, a Autoridade recorda que, pelos motivos invocados no capítulo IV.1.5 da presente Decisão, a circunstância de se verificarem períodos de intermitência entre os *e-mails* utlizados como meio de prova, não tem 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.

3688. Conclui-se, assim, que os argumentos da Auchan quanto ao seu grau de participação são parcialmente procedentes, atribuindo-se à visada um grau menor de participação face às restantes empresas visadas, nos termos acima explicitados (cf. capítulo IV.2.2.2.4).

3689. Deste modo, conforme referido anteriormente, a Autoridade considera que a Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta de 8 de julho de 2009 a 19 de maio de 2017, na qualidade de agente participante na concertação de PVP, com um grau de participação menor face às demais empresas visadas.

3690. 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 concretos, confrontada com a matéria de facto provada a Autoridade formou a sua convicção de que o objetivo prosseguido pelo conjunto de empresas visadas foi muitas vezes atingido, resultando

provadas situações concretas de alinhamento do mercado em conformidade com os PVP previamente concertados (cf. capítulos IV.1.3.2 e IV.1.3.3 da presente Decisão).

3691. Para além disso, há, efetivamente, vários elementos de prova que demonstram que a Auchan contribuiu diretamente para a concretização do objetivo comum de fixação e alinhamento de PVP nos mercados afetados (cf. capítulo III.3.4.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

3692. Há, inclusivamente, prova que revela a Auchan alinhada com insígnias concorrentes, fazendo cair por terra o argumento da «*empresa desviante*» que se posiciona sistematicamente 3% abaixo da concorrência (cf. documentos ActiveBrands703, ActiveBrands638, ActiveBrands780, ActiveBrands119, ActiveBrands123, ActiveBrands778, ActiveBrands723, ActiveBrands191, ActiveBrands822, ActiveBrands220, ActiveBrands182, ActiveBrands151, ActiveBrands689, ActiveBrands1098, ActiveBrands201).

3693. Pelo exposto, a Autoridade conclui pela improcedência do argumento da visada e pela evidente relevância do impacto da infração no mercado.

3694. Por fim, quanto aos antecedentes contraordenacionais, a Autoridade recorda que, não obstante a Auchan ter sido recentemente objeto de decisões condenatórias nos processos n.os PRC/2017/1, PRC/2017/7, PRC/2017/13, PRC/2017/5, PRC/2017/8, PRC/2017/4, PRC/2017/11 e PRC/2017/3, nenhuma decisão será considerada como antecedente para efeitos da determinação da coima aplicável, pelo facto de inexistir trânsito em julgado em relação a qualquer uma delas.

Quanto à determinação da coima aplicável à Pingo Doce

3695. Quanto à alegada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, suscitada pela Pingo Doce, a Autoridade remete para a sua apreciação sobre esta questão constante do capítulo II.10 da presente Decisão, recordando que, pelas razões ali indicadas, não assiste razão à visada, inexistindo a alegada inconstitucionalidade.

3696. 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 nos capítulos IV.2.2.1 e IV.2.2.2 da presente Decisão.

IV.2.6 Conclusão relativa à determinação das coimas aplicáveis

3697. Para efeitos do cálculo do montante de base das coimas aplicáveis, a Autoridade considerou, para todas as empresas visadas, o volume de negócios no mercado afetado (nos termos enunciados *supra* nos §§3488 a 3492, à luz dos princípios definidos nos §§19 a 22 das Linhas de Orientação.

3698. 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 no mercado afetado a considerar para cada visada, nos termos dos §§24 e 25 das Linhas de Orientação.

3699. A Autoridade considerou, assim, as seguintes percentagens do volume de negócios relativo a cada visada quanto aos bens relacionados com a infração: 6,5% no caso da Active Brands, 7,0% no caso da MCH, 5,5% no caso da Auchan e 6,0% no caso da Pingo Doce.

3700. Por força do §29 das Linhas de Orientação, a AdC aplicou um multiplicador correspondente à duração da respetiva participação na infração, de oito anos no caso de todas as visadas.

3701. Determinado o montante de 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 §§32 e 33 das Linhas de Orientação.

3702. No entanto, no presente caso não foram aplicados no cálculo da coima fatores agravantes ou atenuantes.

3703. Não obstante a AdC poder aumentar o montante das coimas calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração até 100%, a fim de assegurar o carácter suficientemente dissuasor e proporcionado da coima a aplicar ao abrigo do §34 das Linhas de Orientação, a Autoridade também não considerou necessário proceder ao referido aumento no presente caso.

3704. O exercício precedente, no caso da Gestvinus/Active Brands, levaria a que a coima aplicável a esta visada ultrapassasse o limite máximo de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, previsto na Lei n.º 19/2012, totalizando € 4.779.787,03 (quatro milhões, setecentos e setenta e nove mil, setecentos e oitenta e sete euros e três cêntimos), pelo que se imporia a sua redução ao referido limite, nos termos previstos nas Linhas de Orientação.

3705. Considerando o referido no capítulo IV.1.7 e, em particular, o facto de a AdC apenas responsabilizar a Gestvinus pela infração no período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 19 de maio de 2017, a coima foi ajustada de modo a considerar apenas este período, num exercício que se revela mais favorável às visadas Active Brands e Gestvinus.

3706. Para a pessoa singular visada, considerando o n.º 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e o parágrafo 28 das Linhas de Orientação para a aplicação de coimas, bem como a necessidade de assegurar, em sede de prevenção geral e especial, o caráter dissuasivo e proporcionado das coimas a aplicar, a Autoridade aplicou um coeficiente de 10% à remuneração anual aferida no ano de 2016 por [Diretor Off-Trade - Active Brands].

IV.2.7 Sanções acessórias aplicáveis

3707. Nos termos do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, sendo proferida uma decisão condenatória e caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade 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.

3708. 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 considera justificada, no presente caso, a aplicação da sanção acessória referida no parágrafo anterior.

IV.2.7.1 Pronúncia das visadas

3709. A Active Brands vem alegar que a NI apresenta uma «*ausência de factos suficientes para concluir pela gravidade do ilícito e culpabilidade das Visadas*»[1562], o que impacta na possibilidade de aplicação de sanções acessórias prevista na NI, porquanto «*não são indicados na NI os concretos factos e razões determinantes do entendimento da AdC de que tais sanções deverão ser aplicadas às Visadas, o que as coloca perante uma repetida violação do direito de defesa, com a criação de uma situação equivalente à aplicação automática de uma sanção, o que contende com os princípios constitucionais relativos à aplicação de sanções penais e contraordenacionais*»[1563].

3710. A falta de tal indicação constitui, no seu entendimento, uma «(…) *violação* (…) *do princípio da presunção de inocência, proclamado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP*»[1564], ficando «*as Visadas impossibilitadas de, mais uma vez, se pronunciarem sobre esta parte da NI, essencial à sua defesa porquanto reportada aos fundamentos daquelas que poderão vir a ser as sanções aplicadas pela Autoridade na decisão final*.»[1565].

3711. Conclui também que «*a AdC, também nesta parte, violou o direito de audiência e o direito de defesa consagrados no artigo 32.º da CRP e nos artigos 50.º do RGCO e 25.º, n.º 1, do RJC e que tal violação redunda numa nulidade insanável, nulidade que desde já se deixa arguida para todos os efeitos legais, correspondendo à falta de fundamentação da NI, em violação direta do disposto nos artigos 205.º, n.º 1, da CRP, 58.º, n.º 1, al. b), do RGCO e 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CPP.*»[1566].

IV.2.7.1.1 Apreciação da Autoridade

3712. Analisados os argumentos apresentados, a Autoridade conclui pela inexistência de qualquer nulidade nos termos já *supra* descritos nos capítulos II.5 e II.10 e pelas razões que se passam a expor.

[1562] Cf. §725 da PNI Active Brands.

[1563] Cf. §727 da PNI Active Brands.

[1564] Cf. §728 da PNI Active Brands.

[1565] Cf. §729 da PNI Active Brands.

[1566] Cf. §731 da PNI Active Brands.

3713. No que refere à alegada violação do disposto no artigo 32.º da CRP, importa desde logo esclarecer que aquela disposição condensa, no essencial, as garantias de defesa do arguido, que, na sua maioria, estão direcionadas especificamente para o processo criminal.

3714. Ainda que as normas de processo penal tenham aplicação subsidiária, por força do disposto no n.º 1 do artigo 41.º do RGCO (também este aplicável a título subsidiário por força do artigo 13.º da LdC), além do já referido *supra* nos parágrafos 294 a 297, tem sido entendimento consolidado do Tribunal Constitucional que «*não é constitucionalmente imposta a equiparação de garantias do processo criminal e do processo contraordenacional*»[1567].

3715. Este entendimento parte da ideia, já diversas vezes salientada pelo Tribunal Constitucional, de que «*no domínio do processo contraordenacional, não se verifica uma estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal, face à menor ressonância ética do primeiro, o que o subtrai às mais rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal*»[1568].

3716. Conclui-se, assim, que «*esta variação do grau de vinculação aos princípios do Direito Criminal, e a autonomia do tipo de sanção previsto para as contraordenações, repercute-se a nível adjetivo, não se justificando que sejam aplicáveis ao processo contraordenacional duma forma global e cega todos os princípios que orientam o Direito Processual Penal*».

3717. É compreensível, por isso, que na génese da consagração legal do processo contraordenacional, EDUARDO CORREIA[1569] defenda uma tramitação processual reduzida ao mínimo e que, em consequência, tenha sido essa a orientação seguida pelo legislador. Contudo, o mesmo autor salientava que tal não podia conduzir a uma diminuição das garantias de defesa em termos inaceitáveis.

3718. É também este o entendimento do Tribunal Constitucional, nomeadamente no referido Acórdão n.º 99/2009, quando pôs em evidência que «*a reconhecida inexigibilidade de estrita equiparação entre processo contraordenacional e processo criminal é, contudo, conciliável com a necessidade de serem observados determinados princípios comuns*» (sublinhado da Autoridade). Esses princípios correspondem às garantias constitucionalmente impostas no âmbito do processo contraordenacional e constituem um «*standard representativo e concretizador dos limites constitucionais ao exercício do poder estadual sancionatório, às quais não é por isso possível opor argumentos relacionados com a projeção processual da diferente natureza dos ilícitos em causa ou da menor ressonância ética e consequencial do ilícito de mera ordenação social*».

[1567] Cf. Acórdão n.º 99/2009, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090099.html.

[1568] Cf. Acórdão n.º 537/2011, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110537.html.

[1569] "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", publicado em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra Editora, 1998, página 14.

3719. Entre essas garantias constitucionalmente impostas no âmbito do processo contraordenacional incluem-se, no seu *epicentro*, os direitos de audiência e de defesa, que se encontram expressamente consagrados no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, entre o mais, para os processos de contraordenação.

3720. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional[1570], esse direito tem um alcance bastante restrito, implicando, no essencial, «*a inviabilidade constitucional da aplicação de qualquer tipo de sanção, contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), reagindo contra uma acusação prévia, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade*».

3721. Através desta fórmula, o Tribunal Constitucional procurou evidenciar que o n.º 10 do artigo 32.º da CRP não é fundamento geral para a aplicação ao processo de contraordenação das demais garantias de defesa do processo criminal, tendo o alcance limitado que se referiu.

3722. Ainda que, na esteira do alegado na PNI da Active Brands a que ora se responde, os direitos de audiência e de defesa tenham previsão, no plano infraconstitucional, no artigo 50.º do RGCO, o citado preceito padece, contudo, de uma insuficiente concretização do conteúdo dos direitos em causa, especificamente quanto aos elementos que devem ser fornecidos ao arguido.

3723. Sendo uma concretização, no plano infraconstitucional, do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tem-se entendido que o artigo 50.º do RGCO deve, desde modo, assegurar essencialmente o núcleo destes direitos, que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, se traduz no seguinte:

- «*o artigo 50.º do RGCO apenas exige que sejam comunicados aos arguidos os factos que lhe são imputados, a respetiva qualificação jurídica e sanções em que incorrem, não impondo que a aludida notificação contenha a alusão às provas tidas em conta pela autoridade administrativa e que sustentam a imputação que lhes é dirigida*»[1571]; e

- «*dos direitos de audição e de defesa consagrados no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição, e densificados no artigo 50.º do RGCO, extrai-se com toda a certeza que qualquer processo contraordenacional deve assegurar ao visado o contraditório prévio à decisão; que este só poderá ser plenamente exercido mediante a comunicação dos factos imputados; que a comunicação dos factos imputados implica a descrição sequencial, narrativamente*

[1570] Cf. Acórdão n.º 659/2006, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060659.html, jurisprudência reiterada nomeadamente nos Acórdãos n.º 461/2011, disponível emhttp://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060659.html, e n.º 73/2012, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120073.html.

[1571] Cf. Acórdão n.º 537/2011, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110537.html.

orientada e espácio-temporalmente circunstanciada, dos elementos imprescindíveis à singularização do comportamento contraordenacionalmente relevante; e que essa descrição deve contemplar a caracterização, objetiva e subjetiva, da ação ou omissão de cuja imputação se trate»[1572].

3724. Trata-se, no essencial, da fórmula adotada pelo STJ, no Assento n.º 1/2003, e que prescreve que deverão ser obrigatoriamente fornecidos apenas «*os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de Direito*». Conforme resulta do entendimento que tem vindo a ser sufragado pelo Tribunal Constitucional, esta formulação respeita as exigências constitucionais aplicáveis aos direitos de audiência e de defesa do arguido na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação.

3725. Ora, de acordo com a jurisprudência aí fixada, «*se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspetos de facto ou de Direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação) a nulidade considerar-se-á sanada*», sendo que a leitura das conclusões III e IV desse Assento permite concluir que o mesmo princípio se aplica à PNI apresentada em resposta à NI adotada por esta Autoridade e notificada às visadas.

3726. Assim, uma hipotética nulidade – que não se admite existir –sempre estaria sanada, uma vez que, na pronúncia escrita apresentada, as visadas pronunciaram-se sobre toda a matéria ali em causa (cf. capítulos II a IX da PNI Active Brands).

3727. Ademais, a NI adotada no presente processo contém indubitavelmente todos os elementos relevantes para a decisão da matéria de facto, designadamente as indicações necessárias à imputação objetiva e subjetiva dos comportamentos (vejam-se os capítulos II, III.1.3 e III.1.4 da NI, correspondentes aos capítulos III, IV.1.3 e IV.1.4 da presente Decisão).

3728. No que se refere ao alegado pela Active Brands quanto ao facto de não lhe ter sido dado a compreender a forma como esta Autoridade pretendia considerar os critérios de aplicação e determinação das sanções acessórias e que se «*limita*[ndo]-*se a enunciar o conteúdo do artigo, indicando como possível a aplicação de tais sanções*»[1573], deve referir-se que os critérios previstos no n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012 para a aplicação de sanções acessórias (a saber, a gravidade da infração e a culpa do infrator) são claros e decorrem de forma evidente da própria letra da lei, devendo ser indicados e ponderados na decisão final, não exigindo este preceito que constem da nota de ilicitude.

3729. Com efeito, a adoção da NI constitui uma fase da tramitação processual em que a AdC ainda não formulou um juízo definitivo acerca do comportamento ilícito em causa e da culpa das visadas, aspetos necessariamente analisados em função do que as visadas

[1572] Cf. Acórdão n.º 99/2009, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090099.html.

[1573] Cf. §726 da PNI Active Brands.

vierem alegar nas suas pronúncias e à luz da prova produzida ou junta aos autos no decurso da fase de instrução e após a pronúncia à NI.

3730. A ser de outro modo, estar-se-ia (aí sim) a violar o princípio da presunção de inocência, pelo facto de a autoridade administrativa partir para a acusação com pré-juízos formulados.

3731. Aliás, nem na decisão final aqueles critérios têm que ser expressamente mencionados, sendo mais que suficiente que sejam enumerados os factos que consubstanciem circunstâncias relevantes relativamente aos mesmos. E não podem restar dúvidas de que todos aqueles factos foram e estão referidos na NI e na Decisão adotadas nos presentes autos (cf. os capítulos II da NI e 0 da presente Decisão).

3732. Mesmo que se considerasse que não constavam da NI elementos suficientes sobre a eventual sanção acessória a aplicar, sempre se diga que também não tinham de constar, desde logo por um argumento de maioria de razão. Efetivamente, no processo criminal, o direito de defesa do arguido, que concretiza o princípio do contraditório consagrado na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 32.º da CRP, não exige, em momento algum do processo anterior à prolação da decisão, que o tribunal dê a conhecer ao arguido a sua posição sobre os diversos critérios relevantes para a determinação da medida da pena.

3733. E não o exige, porque o que importa, para que o arguido (ou, *mutatis mutandis*, as visadas) se possa defender, é que tenha conhecimento dos factos pertinentes e do enquadramento legal aplicável.

3734. Perante os factos e as normas legais aplicáveis, as visadas estavam em condições de exercer, de forma cabal, o seu direito de defesa (ou, *in casu*, de pronúncia), podendo formular o seu próprio juízo acerca dos critérios relevantes para efeitos de determinação da medida da coima e da eventual aplicação de sanções acessórias e, por conseguinte, apresentar os seus argumentos – o que fizeram no caso *sub judice* (as visadas pronunciaram-se relativamente a toda a matéria de facto e de direito em causa nos presentes autos, incluindo os elementos de prova).

3735. Conclui-se, assim, que os termos em que a acusação foi deduzida permitiram às visadas defender-se devidamente, já que lhes foram indicados, com clareza, os factos de que foram acusadas, a respetiva qualificação jurídica e imputação subjetiva, não existindo, assim as invocadas nulidades. A Nota de Ilicitude não padece pois, de nenhum dos vícios invocados pela visada, respeitando-se igualmente o princípio da presunção de inocência e os restantes preceitos constitucionais.

3736. Para além da matéria de facto dada como provada e respetiva fundamentação – que como já ficou patente era suficiente para efeitos do exercício do direito de defesa e do direito ao recurso – a Nota de Ilicitude apresenta uma extensa análise sobre a subsunção dessa matéria de facto relevante ao direito aplicável, designadamente no que diz respeito ao preenchimento dos elementos objetivo e subjetivo da infração em causa nos presentes autos, donde resulta, sem qualquer dúvida, que as visadas tinham consciência da ilicitude das suas condutas (como se demonstrou *supra* – cf. capítulos IV.1.3 e IV.1.4).

3737. Assim, encontrando-se naquela NI previstos e integrados todos os elementos necessários, não se verifica, portanto, qualquer nulidade por violação do direito de defesa e do direito de recurso, ou falta de fundamentação, nos termos do disposto no artigo 58.º do RGCO e no n.º 2 do artigo 374.º do CPP, *ex vi* do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.

3738. Mas ainda que assim não se entendesse – o que não se concede –, certo é que não são aplicáveis à Nota de Ilicitude adotada os vícios imputáveis à sentença penal, as nulidades previstas no artigo 379.º do CPP.

3739. Ademais, o artigo 58.º do RGCO – sob a epígrafe «*Decisão condenatória*» – regula, de forma completa, os requisitos a que deve obedecer a decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima, pelo que mobilizável nos termos em que o fazem as visadas Active Brands e Gestvinus.

3740. Não se vislumbrando, assim, em que medida possa ter sido violado, atendo o teor da NI, o disposto no artigo 58.º do RGCO, apenas se podendo concluir que aquela não padece de qualquer falta de fundamentação, improcedendo as alegações da visada também quanto à violação das disposições legais ínsitas nos artigos n.º 2 do artigo 74.º e alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 379.º do CPP.

3741. Deve referir-se ainda que a alínea *d)* do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO apenas refere que **a decisão** deve conter «*a coima e as sanções acessórias*» – informação essa que será aplicável à decisão e não à acusação, sendo a nulidade invocada pela Active Brands relativa à NI e não a uma decisão condenatória, a que corresponderá à presente decisão final.

3742. Por sua vez, a alínea *c)* do mesmo preceito, relativo à necessidade de fundamentar a decisão condenatória que aplica uma coima, é respeitada «*se, por um lado, possibilitar ao arguido um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial, e, por outro lado, permitir ao tribunal conhecer o processo lógico de formação da decisão administrativa*» – o que efetivamente acontece na NI e resulta ainda mais clarificado pela presente Decisão.

3743. Com efeito, a NI, nos seus §§1205 e 1206 dispõe que «*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 suprarreferidas, poderá vir a justificar-se, no presente caso, a aplicação da sanção acessória referida no parágrafo anterior, bem como de outras medidas de conduta, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012*», enunciando com clareza os critérios que determinarão a eventual aplicação de sanções acessórias, elencando inclusivamente quais poderão ser, o que permite, sem margem para dúvidas, às visadas exercer a sua pronúncia em termos que fundamentem a sua não aplicação.

3744. Atendendo à redação supracitada, verifica-se que, no caso vertente, não existe uma aplicação automática de sanções acessórias, já que estas dependem de juízos que serão feitos com base na prova produzida, como referido e com base também nas pronúncias apresentadas pelas visadas, não podendo, por essas razões, estar já contidos num documento com a natureza e enquadramento jurídico da NI.

3745. Argumento que se torna ainda mais premente quando, como já referido acima, se constata que as normas do RGCO não têm uma correspondência direta na aplicação à NI, devendo considerar-se que a nulidade invocada pela visada de violação da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO e n.º 2 do artigo 374.º e alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 379.º do CPP não existe.

3746. A própria visada, de resto, refere no §730 da sua PNI que «atentas as específicas circunstâncias do caso concreto, a gravidade da ofensa e a culpa do agente, tais sanções acessórias devem sempre ser adequadas e proporcionais, sendo certo que a adequação e a proporcionalidade da sanção a aplicar não foram sequer abordadas na NI».

3747. Ora, pelo acima descrito, a NI não era, nem é, o momento processual correto para «*abordar*» a «*adequação e a proporcionalidade da sanção a aplicar*», tanto mais que a sua aplicação depende dos juízos e fundamentos que constam do Capítulo IV da presente Decisão.

3748. E da citação da visada ora transcrita, verificamos que, muito embora esta refira que a «*adequação e a proporcionalidade da sanção a aplicar não foram sequer abordadas na NI*», não se coíbe de alegar que as sanções devem sempre ser «*adequadas e proporcionais», «atentas as específicas circunstâncias do caso concreto, a gravidade da ofensa e a culpa do agente*».

3749. Ora, articulando tal afirmação com o conteúdo da PNI, apenas se pode concluir pela total improcedência dos seus argumentos, porquanto a Active Brands teve oportunidade, como acima se referiu e se reitera, de se pronunciar em termos bastante abrangentes sobre toda a matéria de facto e de direito constante da NI – com as exigências legais que lhe são admissíveis – e sobre a eventual aplicação de sanção acessória, incluindo a sua proporcionalidade e adequação.

3750. Ademais, pronunciou-se o TCRS recentemente[1574] sobre a aplicação da mesma sanção acessória que está em causa no presente processo, da seguinte forma:

3751. «*Do mesmo modo se infere, em face da caracterização já expendida sobre a gravidade da infração e culpa do infrator, que se mostra inteiramente adequado e proporcional a sanção acessória em que a Arguida foi condenada, em harmonia com o disposto no artigo 71.º, do Regime Jurídico da Concorrência*».

3752. Por tais razões, improcedem também os argumentos da visada Active Brands quanto às nulidades invocadas.

[1574] Cf. Sentença do TCRS, de 10 de agosto de 2022, processo n.º 309/19.0YUSTR, ainda não transitada em julgado, §200.

V CONCLUSÃO

A. Os comportamentos das visadas Active Brands, Auchan, MCH e Pingo Doce, detalhadamente descritos na presente Decisão, consubstanciam uma fixação de PVP no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, alcançada de forma indireta, por via de uma prática concertada entre todas as empresas visadas, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias (prática designada de «*hub and spoke*»), com o objetivo de alinhar (subindo) os preços dos produtos da Active Brands de forma a criar estabilidade e por consequência maior rentabilidade nas operações comerciais, que se manteve, de forma permanente e ininterrupta, durante, pelo menos, aproximadamente oito anos;

B. Na prática da referida infração, para além das empresas visadas, esteve diretamente envolvido, também, o Diretor *Off-Trade* da Active Brands, [Diretor Off-Trade - Active Brands];

C. A sociedade-mãe visada Gestvinus é solidariamente responsável, com a Active Brands, pela infração cometida por esta última, durante o período compreendido entre 1 de novembro de 2013 e 29 de maio de 2017;

D. A prática de fixação indireta dos PVP dos produtos da Active Brands qualifica-se como uma restrição da concorrência por objeto, proibida nos termos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 9.º da LdC e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE;

E. Os comportamentos das visadas Active Brands, 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, consubstanciariam, em si mesmos, infrações 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, constituindo contraordenações puníveis nos termos descritos na alínea H;

F. 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*»;

G. Pela prática da referida infração, além das empresas visadas é igualmente responsabilizada a pessoa singular visada [Diretor Off-Trade - Active Brands], na qualidade de Diretor *Off-Trade* da Active Brands, nos termos e para os efeitos do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012;

H. A infração em causa consubstancia uma contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada umas das empresas visadas, 10% do volume de negócios realizado no ano de 2021 e, no caso da pessoa singular visada, 10% da remuneração anual auferida no ano de 2016, nos termos conjugados das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º e do n.ºs 2 e 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

I. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade considera ainda os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da LdC, bem como a metodologia estabelecida nas suas Linhas de Orientação para a aplicação de coimas;

J. Acessoriamente, a Autoridade promove a publicação de extrato da presente Decisão no Diário da República e num jornal nacional de expansão nacional a expensas das visadas, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º da LdC; e

K. Não sendo possível excluir que os comportamentos investigados estejam ainda em curso, a Autoridade deverá ainda impor, como 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 LdC.

VI DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da AdC decide:

Primeiro

Declarar que a Active Brands – Distribuição e Comercialização de Marcas, 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 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, e a Gestvinus – Investimentos e Serviços Vitivinícolas e Comerciais, S.A., ao ter intervenção direta na prática concertada de fixação de preços de venda ao público no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar entre 1 de novembro de 2013 e 19 de maio de 2017, e, bem assim, ao exercer uma influência determinante sobre a Active Brands e, concretamente, na sua atuação quanto a essa prática concertada praticaram 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 TFUE, 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 lhes é aplicável – e pela qual são solidariamente responsáveis, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012 – em € 2.390.000,00 (dois milhões e trezentos e noventa 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 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, 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 TFUE, 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 € 1.410.000,00 (um milhão e quatrocentos e dez 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 28 de agosto de 2009 e 18 de abril de 2017, 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 TFUE, 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 € 1.200.000,00 (um milhão e duzentos 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 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017, 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 TFUE, 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 € 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Declarar que [Diretor Off-Trade - Active Brands], por ter conhecimento e por ter participado ativamente, entre 8 de julho de 2009 e 19 de maio de 2017 na prática de fixação de preços condenada na presente Decisão, ocupando uma posição de liderança na Active Brands – Distribuição E Comercialização De Marcas, S.A., não tendo adotado qualquer medida que impedisse a infração ou lhe pusesse termo, é responsável por 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 TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 5.178,81 (cinco mil, cento e setenta e oito euros e oitenta e um cêntimos), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Sexto

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.

Sétimo

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.

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 € 6.000,00 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Active Brands – Distribuição e Comercialização de Marcas, S.A. e pela Gestvinus – Investimentos e Serviços Vitivinícolas e Comerciais, 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 € 6.000,00 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Modelo Continente Hipermercados, 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 € 6.000,00 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. no presente processo.

Décimo-Primeiro

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 € 6.000,00 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Auchan Retail Portugal, S.A. no presente processo.

Décimo-Segundo

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 € 50 (cinquenta euros), o montante das custas a suportar por [Diretor Off-Trade - Active Brands], no presente processo.

Décimo-Terceiro

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

e) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Lisboa, 13 de setembro de 2022

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

X

Margarida Matos Rosa
Presidente

X

Maria João Melícias
Vogal

X

Miguel Moura e Silva
Vogal